

HÉCTOR OLASOLO
PILAR EIRENE DE PRADA
Coordinadores

9

LA EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

La Contribución Iberoamericana y el Legado
del Tribunal Penal Internacional para
la ex Yugoslavia



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LA EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN
Y LA APLICACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO**

**La Contribución Iberoamericana y el Legado
del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia**

Volumen 9

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

La Contribución Iberoamericana y el Legado del
Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Volumen 9

Coordinadores

HÉCTOR OLASOLO
PILAR EIRENE DE PRADA



tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© Héctor Olasolo
Pilar Eirene de Prada (Coords.)

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1336-540-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario, donde dirige los Programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP); Coordinador General de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda).

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Co-directora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

*A Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores y
el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz,
los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH),
por haber hecho posible la creación de la Colección
Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia,
en la que se publica el presente trabajo.*

Coordinadores y Autores

COORDINADORES

HÉCTOR OLASOLO

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU.); Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda); Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario, donde dirige los Programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP); Coordinador General de la Red de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda).

PILAR EIRENE DE PRADA

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid (España); Maestría en *Peacebuilding* en el Humanitarian and Conflict Response Institute (Universidad de Mánchester) y doctoranda en el Instituto de Sociología Jurídica de Oñati (Universidad del País Vasco).

AUTORES

LUCÍA CARCANO

Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Candidata a Magister de Estudios Internacionales de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia).

CLAUDIA CÁRDENAS

Profesora Asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile. Doctora en derecho por la Universidad Humboldt. Autora de diversas publicaciones en materia de derecho penal internacional, transnacional y justicia de transición.

ENRIQUE CARNERO-ROJO

Abogado (Universidad de Deusto, España); LL.M. (Universidad de Leiden, Países Bajos); Letrado de Sala, Sección de Cuestiones Preliminares, Corte Penal Internacional.

JAVIER CHINCHÓN

Doctor (premio extraordinario) y licenciado en Derecho por la UCM, y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la UAM. Ha sido profesor en universidades españolas y extranjeras, docente en cursos de formación y capacitación en Europa, América y África, y conferenciante invitado en múltiples Seminarios y Congresos. Autor de cerca de un centenar de trabajos académicos, en la actualidad, es Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la UCM, y miembro/consultor de varios organismos españoles e iberoamericanos; entre ellos de *Rights International Spain*, del que fue cofundador.

ELISENDA CLAVET

Licenciada en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra y doctora en Derecho por la Universitat de Barcelona. Es profesora de Derecho Internacional Público y coordinadora de la Clínica Jurídica de Lucha contra la Impunidad de la Universitat de Barcelona. Ha trabajado en Cruz Roja Española, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

PILAR EIRENE DE PRADA

Ver sección de coordinadores.

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO

Licenciada en Derecho, Ciencias Políticas y de la Administración y Criminología y doctora en Derecho. Es profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Alicante (España). Entre sus líneas de investigación más destacadas se encuentra el Derecho Penal Internacional, destacando el estudio del delito de genocidio, sobre el que tiene publicados varios trabajos.

ALICIA GIL

Catedrática de Derecho penal. Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UNED). Codirectora de la Revista de Derecho Penal y Criminología. Ha sido profesora en la Universidad de Zaragoza (1994–1996), investigadora becada en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero de Friburgo (Alemania) (1996-1997), profesora en la UNED desde 1997 y subdirectora del Instituto Gutiérrez Mellado de Estudios sobre Paz, Seguridad y Defensa, desde 2009 hasta 2018. Autora de numerosas monografías sobre temas centrales de la teoría jurídica del delito y sobre distintos temas de Derecho Penal Internacional y de numerosos artículos publicados en libros y revistas españolas y extranjeras.

RICARDO IZQUIERDO

Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela); LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Penal (Universidad de Utrecht, Países Bajos); Oficial Jurídico de la Coalición por la Corte Penal Internacional (La Haya, Países Bajos).

ALFREDO LIÑÁN

Profesor Doctor de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Especializado en el ámbito del Derecho Penal Internacional, cuenta con varias publicaciones en esta materia, entre las que destaca una monografía titulada “El crimen contra la humanidad”.

MARÍA PAULA LÓPEZ

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia), Maestría avanzada en Derecho Internacional Público con énfasis en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Leiden (Países Bajos), Profesora de Derecho Internacional Público y Política Exterior de Colombia de la Universidad El Bosque (Colombia), Coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad El Bosque (Colombia).

ELENA MACULÁN

Investigadora posdoctoral en el marco del Programa de excelencia Ramón y Cajal financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español (Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED) de Madrid). Es Doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos por la Universidad de Trento (Italia) y en Paz y Seguridad Internacional por la UNED (España), en régimen de co-tutela (Doctor Europaeus y Premio Extraordinario). Ha sido también Profesora asociada en la Universidad de Trento (Italia).

TOMÁS MANGUEL

Magíster en Derecho Penal (Universitat Pompeu Fabra, España); LL.M. in International Crime and Justice (UNICRI, Italia); Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Profesor de grado y posgrado (Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo y Universidad de Lomas de Zamora, Argentina); ha trabajado en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; funcionario de la Cámara Federal de Casación Penal de Argentina.

HÉCTOR OLASOLO

Ver sección de coordinadores.

MANUEL OLLÉ

Profesor de Derecho penal y penal internacional, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense (España).

PIERGIUSEPPE PARISI

Investigador asociado (Centro de Derechos Humanos Aplicados, Universidad de York, Reino Unido); Doctorado en Estudios Internacionales (Escuela de Estudios Internacionales, Universidad de Trento, Italia); Maestría en Derecho (Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad London South Bank, Reino Unido); Maestría en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Trento, Italia)

MÓNICA ROCHA-HERRERA

Doctorado, Universidad de Warwick (Reino Unido); LLM, Universidad de Essex (Reino Unido); Lic. Relaciones Internacionales, UNAM (México); Presidenta del Foro de Justicia Internacional A.C., Ciudad de México; Investigadora Externa del Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México (SEMAR); Co-coordinadora del Grupo de Relaciones Internacionales y Ciencia Política del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

ANA LUCÍA RODRÍGUEZ

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora en el seguimiento al proceso de implementación del Acuerdo de Paz para la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. En el pasado se ha desempeñado como Pasante del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Países Bajos). Ha sido integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, realizada en *partnership* con la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la Corte Penal Internacional y el IIH.

ANIA SALINAS

Abogada (Universidad de Concepción, Chile), PhD (Universidad de Glasgow, Reino Unido), Letrada de Sala, Corte Penal Internacional; Especialista en Derechos Humanos (CPR), Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

IRENE SPIGNO

Doctora en Derecho Público Comparado por la Universidad de Siena (Italia). Magíster en Historia y Comparación de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Países de la Europa del Mediterráneo por las Universidades de Messina, Milán (Italia) y Córdoba (España). Catedrática de Teoría de la Constitución, Teoría de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional Comparado de la Universidad

Autónoma de Coahuila (México). Directora del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Academia IDH).

DANIELA SUAREZ

Candidata a Maestría en Derecho de *Queen's University Belfast* (Reino Unido), abogada con profundización en derecho penal de la Universidad del Rosario (Colombia). Gestora de Proyectos de Investigación de la Dirección de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

ANA LUCÍA UGALDE

Máster en Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Licenciada en Derecho con Mención en Ciencias Forenses de la Universidad de Costa Rica. Abogada de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica). Fue oficial jurídica asociada del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas de la Corte Penal Internacional (Países Bajos).

MANUEL VENTURA

LL.M (Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos). Director, *The Peace and Justice Initiative. Adjunct Fellow*, Facultad de Derecho, Universidad de Western Sydney. Oficial Jurídico Asociado, Oficina del Fiscal, Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Las opiniones expresadas en este capítulo son las del autor y no necesariamente reflejan las opiniones de la Naciones Unidas.

CARLOS ZAMORA

Investigador adscrito al Centro de Educación Jurídica de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Maestro en Derecho con especialización en Litigación Oral por la California Western School of Law; Maestro en Derecho con acentuación en Sistema Acusatorio Penal; y Especialista en Derechos de las Personas Desaparecidas y sus Familiares por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila (México). Actualmente es estudiante del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Palermo (Italia).

Índice

Coordinadores y Autores	11
Abreviaturas.....	21
Prólogo	23
<i>Elizabeth Odio Benito</i>	
Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio.....	29
<i>José Ricardo de Prada</i>	
Crónica de una matanza anunciada o crónica de un genocidio anunciado.....	75
<i>Gervasio Sánchez</i>	

Primera Parte

Los orígenes, el concepto y la definición del delito de genocidio en la Convención de 1948 y la contribución de Ibero-América a su evolución

Capítulo 1. Los orígenes del fenómeno del genocidio	93
<i>Irene Spigno</i>	
<i>Carlos Zamora</i>	
Capítulo 2. El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948	115
<i>Claudia Cárdenas</i>	
Capítulo 3. El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948	145
<i>Manuel J. Ventura</i>	
Capítulo 4. Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio	191
<i>Pilar Eirene de Prada</i>	
Capítulo 5. ¿Otras formas de genocidio?.....	231
<i>Ricardo Izquierdo</i>	
<i>Ana Lucía Ugalde</i>	
Capítulo 6. La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio	255
<i>Elena Maculan</i>	

Capítulo 7. El genocidio político en Ibero-América: particular atención a su desarrollo legislativo y jurisprudencial en Colombia 289
Lucía Carcano

Capítulo 8. La aplicación del delito de genocidio por la jurisdicción nacional de Guatemala en el caso Ríos Montt 305
Elisenda Calvet

Segunda Parte

La contribución del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a la definición y aplicación del delito de genocidio

Capítulo 9. Vicisitudes en el proceso de creación del TPIY y su función en el desarrollo del Derecho Internacional Penal..... 337
Piergiuseppe Parisi

Capítulo 10. Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad..... 365
Alfredo Liñán

Capítulo 11. Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad 399
Mónica Rocha-Herrera

Capítulo 12. El principio *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio..... 425
Héctor Olasolo
Daniela Suárez
María Paula López

Capítulo 13. El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual 453
Alicia Gil

Capítulo 14. La definición del grupo protegido en el delito de genocidio.. 497
Cristina Fernández-Pacheco

Capítulo 15. ¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo 521
Manuel Ollé

Índice	19
Capítulo 16. La responsabilidad por genocidio conforme a la empresa criminal común: particular atención a la jurisprudencia relativa a su tercera categoría	547
<i>Ania Salinas</i>	
Capítulo 17. La responsabilidad por genocidio conforme al concepto de responsabilidad del superior	571
<i>Tomas K. Manguel</i>	
Capítulo 18. Aportes probatorios para la elaboración de contextos repetidos: particular atención al caso <i>karadžić</i>	601
<i>Enrique Carnero-Rojo</i>	

Tercera Parte

Conclusiones

Capítulo 19. La definición del delito de genocidio en la convención de 1948, la contribución iberoamericana a su evolución y el legado del TPIY con respecto a la interpretación de su definición y aplicación	661
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Javier Chinchón</i>	
<i>Ana Lucía Rodríguez</i>	

Abreviaturas

AJR	Asociación para la Justicia y la Reconciliación
CACIF	Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras
CALDH	Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos
CC	Corte de Constitucionalidad (Guatemala)
CCH	Crímenes Contra la Humanidad
CDI	Comisión de Derecho Internacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CEH	Comisión de Esclarecimiento Histórico (Colombia)
CESL	Corte Especial para Sierra Leona.
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
EC	Elementos Contextuales
EC CPI	Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional
ECC	Empresa Criminal Conjunta
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
ECPI o ER	Estatuto de la Corte Penal Internacional – Estatuto de Roma
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
EE.UU.	Estados Unidos de América
MRITP	Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales
LCA	Ley de Control Aliado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (Guatemala)
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares (Corte Penal Internacional)
SECC	Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya
RFSY	República Federal Socialista de Yugoslavia
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TMI	Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg)
TMILO	Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)
TOFC	Tribunal Oral Federal Criminal (Argentina)
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TPIs <i>ad hoc</i>	Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i>
TS	Tribunal Supremo (seguido del país al que pertenece)
UP	Unión Patriótica (Colombia)
URNG	Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca
URSS	Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas

Prólogo

El 70 aniversario de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (la Convención) se conmemoró el pasado 9 de diciembre de 2018. Al siguiente día, 10 de diciembre, la conmemoración fue de los 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Debemos a la infatigable entrega, investigación, compromiso y lucidez de dos eminentes juristas judíos polacos. Hersch Lauterpacht (1897/1960) y Rafael Lemkin (1900/1959) el que las casi recién nacidas Naciones Unidas, aprobaran primero la Convención y al día siguiente la Declaración Universal.

Los aportes y documentos preparados durante años por Lauterpacht sobre los derechos inherentes a la condición humana de cada persona fueron fundamentos esenciales en el juicio y sentencia de Nuremberg en 1945/1946. A él se debe la idea de introducir el concepto “crímenes contra la humanidad” en el Estatuto de Nuremberg. Y a él se atribuye, junto con Eleonor Roosevelt, Rene Cassin y otros juristas, que se adoptara la Declaración Universal de los Derechos Humanos ese 10 de diciembre de 1948.

Por su parte, Rafael Lemkin escribió en 1944:

“Los ataques a grupos nacionales, religiosos y étnicos deberían pasar a considerarse delitos internacionales”.

Desde 1933 Lemkin había acuñado el término “genocidio” (del griego “genos”: raza, tribu y del latín “caedere”: matar) en una ponencia ante la Sociedad de Naciones.

Pero “genocidio” no se acogió en Nuremberg, cuyos jueces y fiscales prefirieron “crímenes contra la humanidad” con su énfasis diferenciado en el individuo y no en el grupo, para juzgar a los máximos responsables de los crímenes nazis.

La conmemoración del 70 aniversario de la Convención de 1948 constituye, sin duda, una oportunidad única para recoger distintos puntos de vista, desde la academia y la práctica, sobre el fenómeno del genocidio. También para examinar la restringida definición del delito de genocidio recogida en la Convención y su evolución socio-jurídica

desde 1948, con particular atención a la contribución de la realidad y práctica judicial iberoamericanas y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales establecidos a partir de la creación en 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY).

El 70 aniversario de la Convención coincide además con la finalización, después de 25 años de trabajo, de las actividades del TPIY, que fue el primer órgano jurisdiccional internacional establecido en materia penal desde la creación de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio al final de la II Guerra Mundial.

Finalizada la actividad del TPIY (así como la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda creado un año después, en 1994, para sancionar el genocidio ruandés), su actividad ha sido reemplazada de manera transitoria por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP), que el pasado 20 de marzo de 2019 emitió la sentencia de apelación contra el líder político serbo-bosnio más importante durante el conflicto en los Balcanes, Radovan Karadžić, quien actuó como presidente de la autoproclamada República Serbia de Bosnia entre 1992 y 1995.

En su sentencia de apelación, el MRITP confirma la sentencia de primera instancia dictada por el TPIY el 24 de marzo de 2016, en la que se condena a Radovan Karadžić por actos de genocidio cometidos en el enclave de Srebrenica (que, antes de ser tomada por las fuerzas armadas serbo-bosnias en julio de 1995, había sido declarada ‘zona de seguridad’ por las Naciones Unidas en 1993).

Se le condenó también por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ocurridos en aquellas municipalidades de la actual República de Bosnia y Herzegovina que durante el conflicto armado se encontraron bajo el control de las fuerzas serbo-bosnias.

En los años que duró esa guerra se desarrolló una meticulosa política de limpieza étnica contra cientos de miles de bosnio-musulmanes y bosnio-croatas. Como instrumentos del terror se cometieron crímenes de una atroz violencia sexual, actos de tortura y otras prácticas crueles e inhumanas cometidas en decenas de campos de concentración. Víctimas de estos crímenes fueron miles de mujeres, fundamentalmente musulmanas. También se perpetraron ataques contra la población civil sitiada en Sarajevo durante 4 años, y la toma como rehenes de

miembros de la misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en Bosnia y-Herzegovina.

De esta manera, la finalización de las actividades del TPIY y la emisión por el MRITP de la sentencia de apelación en el caso *Karadžić* ofrecen una magnífica ocasión para reflexionar sobre el legado del sistema de justicia internacional penal del TPIY, analizar sus aportaciones, aciertos y desaciertos, y valorar la posibilidad de que las lecciones aprendidas en el TPIY puedan ser aplicadas por otros tribunales penales internacionales, híbridos y nacionales. La conmemoración del 70 aniversario de la Convención justifica plenamente la opción adoptada por los coordinadores de la presente obra colectiva, el profesor Héctor Olasolo y la candidata al doctorado Pilar Eirene de Prada, de concentrar el estudio del legado del TPIY en su contribución a la aplicación del delito de genocidio.

El libro que me honro en prologar se divide en tres partes. Les sirve de prelude la excelente introducción del magistrado del MRITP y de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, José Ricardo de Prada, y la interesantísima crónica periodística del experimentado corresponsal de guerra, Gervasio Sánchez, quien vivió sobre el terreno en primera persona la extrema violencia que caracterizó el conflicto en la ex Yugoslavia, y en particular en Bosnia y Herzegovina.

La primera parte de la obra, titulada ‘Orígenes, concepto y definición del delito de genocidio en la Convención de 1948 y contribución de Ibero-América a su evolución’ se compone de ocho capítulos, que comenzando con un análisis histórico sobre los orígenes del fenómeno del genocidio (capítulo 1), aborda a continuación las vicisitudes del proceso de definición del delito de genocidio en los trabajos preparatorios de la Convención (capítulo 2), con particular atención al contenido del deber de los Estados Parte de prevenir su comisión y a la determinación de los grupos protegidos (capítulo 3).

El capítulo 4 analiza el concepto de genocidio desde una perspectiva socio-jurídica (con particular atención al denominado genocidio cultural), que va a más allá de los estrechos límites recogidos en la definición jurídica del delito de genocidio contenida en la Convención. Por su parte, el capítulo 5 centra su atención en la posible existencia de otros tipos de genocidio, que, si bien no se incluyen en la definición de la Convención, no resultan extraños ni al fenómeno del genocidio,

ni a su concepto socio-jurídico. En este contexto se abordan, entre otros, el genocidio por razón de género, el genocidio económico y el genocidio contra grupos socioeconómicos, el genocidio lingüístico, el genocidio de otros grupos diferenciados (incluyendo a las personas con discapacidades o de edad superior a los 65 años) y el ecocidio.

En cuanto a los capítulos 6, 7 y 8, estos se dedican al estudio de la contribución de Ibero-América a la evolución de la definición jurídica del delito de genocidio, con particular atención a los desarrollos legislativos y jurisprudenciales que se han producido en las últimas dos décadas en la región. Los casos de Argentina, Colombia, España y Guatemala, así como el desarrollo del denominado ‘genocidio político’, concentran buena parte del análisis recogido en estos capítulos.

La segunda parte de la obra contiene diez capítulos en los que se desbroza en detalle la contribución del TPIY con respecto a la definición y aplicación del delito de genocidio, prestando para ello una especial atención al caso *Karadžić*. De este modo, se comienza en el capítulo 9 con el estudio del proceso de creación del TPIY y de la función que ha desempeñado en el desarrollo del Derecho Internacional Penal, para a continuación pasar a establecer las principales diferencias entre el delito de genocidio y la categoría de los crímenes de lesa humanidad (capítulo 10), de la que originalmente formó parte antes de la adopción de la Convención.

Los capítulos 11 y 12 están consagrados al análisis de los elementos objetivos del delito de genocidio. Así, mientras el capítulo 11 se centra en las modalidades objetivas de comisión y en los denominados ‘otros actos genocidios’ (que, según la Convención y el propio Estatuto del TPIY, incluyen la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad), el capítulo 12 aborda el contenido del controvertido elemento contextual del delito de genocidio. Este último capítulo estudia también las especificidades del desarrollo del principio *nullum crimen sine iure* en la jurisprudencia del TPIY.

Los capítulos 13, 14 y 15 se dedican al análisis del tipo subjetivo del delito de genocidio, con particular atención al tratamiento por la jurisprudencia del TPIY de la figura del dolo eventual (capítulo 13), la definición de los grupos protegidos como elemento central del dolo especial requerido por el delito (capítulo 14) y el contenido de la expresión ‘con la intención de destruir una parte de un grupo’, con

especial atención a su aplicación a los ataques contra la dirigencia de los grupos protegidos (capítulo 15).

Los capítulos 16 y 17 se consagran al análisis de la aplicación al delito de genocidio de dos de las formas de responsabilidad penal más desarrolladas por la jurisprudencia del TPIY: la empresa criminal común y sus tres categorías, y la responsabilidad del superior. Su consideración como formas de autoría o participación, así como los problemas que presenta la aplicación de sus elementos subjetivos a un delito que exige un dolo especial como el genocidio, concentran, en buena medida, el análisis realizado en estos capítulos.

La segunda parte de la obra finaliza con el capítulo 18, que está específicamente dedicado a uno de los aspectos más relevantes en la aplicación del delito de genocidio en el caso *Karadžić*: los medios de prueba relativos a hechos que forman parte de contextos repetidos en otros casos ante el propio TPIY.

La tercera y última parte del volumen aquí presentado, está conformada por el capítulo 19, que, de forma ampliamente detallada, expone las conclusiones alcanzadas sobre la definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, la contribución de Ibero-América a su evolución y el legado del TPIY con respecto a la interpretación de su definición y aplicación.

Una observación final que encuentro necesaria: los trabajos de este libro se enfocan exclusivamente en el legado del TPIY al delito internacional del genocidio, el “crimen de los crímenes” como algunos autores lo han llamado. Ese es su objetivo y será un inmenso aporte, sin duda alguna, a la teoría y práctica del Derecho Penal Internacional. Nos queda pendiente dedicar un esfuerzo similar al extraordinario legado del TPIY a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad, con especial énfasis en los crímenes internacionales de violencia sexual cometidos contra mujeres. Y a su elaboración del enfoque de género que luego se recogieron en el Estatuto de Roma (1998).

Para concluir no puedo sino felicitar a la Editorial Tirant lo Blanch (España), al Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y al Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil/España) por haber acertado a incluir esta excelente obra en la colección *Perspectivas Iberoamericanas*

sobre la Justicia. Mis cálidas felicitaciones también a los directores de la Colección, así como a los coordinadores y autores de la obra por la relevancia, rigor metodológico y profundidad de este trabajo, inédito en lengua española, que estoy convencida de que colmará las expectativas de académicos, estudiosos y operadores jurídicos de todos los sistemas de justicia penal, nacionales e internacionales que lo lean y consulten.

San José de Costa Rica, 25 de julio de 2019.

Elizabeth Odio Benito

*Magistrada, Corte Interamericana de
Derechos Humanos (2015-2019)*

*Magistrada y vicepresidenta, Corte
Penal Internacional (2003-2012)*

*Magistrada y vicepresidenta, Tribunal Penal
Internacional para la ex Yugoslavia (1994-1998)*

Introducción

Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio

1. LOS ORÍGENES DEL CRIMEN DE GENOCIDIO DESDE EL PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL TRAS EL HOLOCAUSTO JUDÍO, EN EL CONTEXTO DE LA REALIDAD SOCIOPOLÍTICA INTERNACIONAL TRAS LA II GUERRA MUNDIAL

Las provisiones que se contienen en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) (Convención del Genocidio o la Convención, en lo sucesivo) fueron fruto de los intensos trabajos por parte de la comunidad internacional en la preparación de su texto¹. Se optó, como posible sistema más eficaz de prevención, por crear un sistema mixto de protección internacional, a través de la responsabilidad penal individual de los posibles autores y partícipes de determinados crímenes relativos al genocidio, como a través de otros mecanismos de responsabilidad internacional de los Estados². Esta última dimensión queda con frecuencia en un segundo plano, además de estar en gran medida condicionada por la primera, al prevalecer el aspecto del genocidio como crimen internacional.

Se abordó, como punto de partida, su conceptualización a través de una definición, con pretendido valor universal, que dotara de contenido al término hasta entonces inexistente³, de genocidio, acuñado y después promocionado por el jurista y lingüista Rafael Lemkin (1944).

¹ Para más detalle sobre los *travaux préparatoires* de la Convención véase: Capítulo 3 de este volumen. El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos protegidos en la Convención de 1948, por Manuel J. Ventura.

² Véase: CIJ, *Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro*, 26/02/2007 y CIJ, caso *Croacia c. Serbia*, Excepciones Preliminares, 18/11/2008.

³ El genocidio nace como un fenómeno histórico, de carácter sociopolítico, con una fuerte base antropológica y cultural, sin significación ontológica. La intención de Lemkin sería dar nombre y reconocimiento jurídico a este fenómeno social preexistente, identificables en todas las culturas, que tuvo una indiscutible presencia y protagonismo en las épocas previas y coetáneas a la Segunda Guerra

Va mucho más allá de lo que pretende esta introducción, determinar en profundidad las razones histórico-políticas que hicieron percibir como necesaria la protección de los grupos humanos minoritarios, ciertamente por ello muy vulnerables, pero haciéndolo más allá del significado de los propios ataques a los bienes jurídicos individuales de sus miembros, personas, seres humanos directa y primeramente afectados.

Las razones inmediatas de la tarea internacional que se pretendía acometer se encontraban en la necesaria respuesta a los terribles sucesos de extrema violencia, destrucción y exterminio sobre determinados grupos humanos que se habían producido durante la Segunda Guerra mundial: con el holocausto judío, gitano y de otros grupos perseguidos, como telón de fondo e inmediato punto de referencia.

Pero no se trataban de situaciones únicas que se hubiesen producido en la historia. La memoria colectiva guardaba otros significativos hechos de agresión y destrucción contra grupos humanos producidos en las proximidades de Europa, en los que estaban identificados y diferenciados momentos históricos, en los que la percepción de la agresión sobre el grupo se sobreponía incluso sobre la brutalidad de los ataques contra incontables víctimas individuales⁴.

Mundial en Europa. Para más detalle véase: Capítulo 1 de este volumen. Los orígenes del fenómeno del genocidio, por Irene Spigno y Carlos Zamora.

⁴ Resulta sumamente ilustrativo el texto de la Resolución 96 (I) de la AGNU, de 11 de diciembre de 1946, en relación con el crimen de genocidio:

“El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas.

Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos y políticos han sido destruidos parcial o totalmente.

El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional. *Asamblea General, por lo tanto,*

Afirma que el genocidio es un crimen de el Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza.

El surgimiento y choque de los nacionalismos y de las identidades nacionales, como realidades que cobraban un nuevo ímpetu, frente a los planteamientos que pretendían su contención cuando no su destrucción bajo el ideal del Estado-nación y de una sola nación dentro de cada Estado, crearon una nueva sensibilidad, que permeó, alcanzando importantes repercusiones que se proyectaron en el ámbito de lo jurídico, hasta el punto de hacer surgir la necesidad de defender y proteger no únicamente a los individuos, personas, sino también a los grupos humanos, tenidos en consideración como tales.

En muchos casos, la particularidad de tratarse de grupos humanos con un interés identitario en contra de los intereses del propio Estado implicaba la necesidad imperiosa de obtener protección a través del derecho internacional, más allá de la que eventualmente pudieran dar los propios Estados, como única garantía de salvaguarda de su supervivencia como grupo y del respeto de los más elementales derechos humanos fundamentales de sus integrantes.

La singular figura de Rafael Lemkin⁵ y su apasionada forma de defender sus ideas en un momento propicio tuvo sin duda mucho que ver con el éxito de la difusión de lo que estaba detrás de la palabra y del concepto de genocidio. Como también, de la percepción de la necesidad de su protección internacional, ante la imposibilidad y sobre todo la imprevisibilidad de que los propios Estados lo fueran a hacer,

Invita a los Estados que son Miembros de las Naciones Unidas, a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo de este crimen;

Recomienda que se organice la cooperación internacional entre los Estados, con el fin de facilitar la rápida prevención y castigo del crimen, de genocidio y, con este fin;

Solicita del Consejo Económico y Social que emprenda los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio, para que sea sometido a la Asamblea General en su próxima sesión ni ordinaria”.

Para más detalle sobre estos aspectos véase: Capítulo 2 de este volumen. El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, por Claudia Aravena.

⁵ Rafael Lemkin llamó la atención sobre la necesidad de fijarse no solo en los graves y atroces crímenes cometidos contra personas, bien en forma individual o colectiva, sino que, atendiendo a los vínculos que unían entre sí e identificaban a dichas personas como grupo, a protegerlas en cuanto grupo humano frente a los ataques que precisamente pretendieran la destrucción del grupo en cuanto tal.

siendo ésta una de las razones de la premura para su consideración como crimen internacional.

Sin perjuicio de su significado literal evidente, derivado de la conjunción del término griego *genos* y latino *cedes*, de sus manifestaciones históricas como innominado fenómeno político social destructivo y violento de grupos humanos, al que por primera vez se le denominaba con un nombre propio creado ex profeso para describirlo, para la elaboración convencional de un concepto jurídico de genocidio que fuera penalmente protegible, se debían dar determinados y paulatinos pasos hacia su concreción.

Había que determinar: cómo se tenían que proteger; qué situaciones deberían obtener esta consideración de genocidio y quedar bajo el manto de cobertura del Convenio; a qué manifestaciones o ataques en concreto se debía de referir, con la consideración de genocidas.

Aspectos que habrían de condicionar el alcance de la propia definición y también de los instrumentos de protección que se establecieran.

Lo expresó el propio Lemkin (1944) de una manera muy gráfica: *Genocidio* es la destrucción de una nación o de un grupo étnico⁶. Sin embargo, el propio Lemkin (1944) pone de manifiesto la inutilidad de quedarse con un concepto como este a efectos de su protección, dada la excepcionalidad o incluso imposibilidad material de que se produjera de forma inmediata o instantánea esta destrucción.

Por ello, consideró necesario ir a otro concepto, proyectado para la elaboración de un crimen de genocidio, más funcional y útil desde esta

⁶ Cita original: “By ‘genocide’ we mean the destruction of a nation or of an ethnic group. This new word, coined by the author to denote an old practice in its modern development, is made from the ancient Greek: word *genos* (race, tribe) and the Latin *cide* (killing) [...] Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group”.

perspectiva de protección, que hiciera hincapié en las acciones genocidas, como planes o acciones coordinadas dirigidas a la destrucción de los elementos básicos y fundamentales para la vida de los grupos nacionales, con el ánimo de destruir a los grupos. Se tratarían, pues, de ataques contra elementos básicos para la subsistencia de los grupos, que se dirigirían fundamentalmente contra personas, aunque no como tales, sino en su consideración de miembros de un grupo nacional.

Pero como ha sido profusamente señalado por los comentaristas (Cassese, Melacrino, y de Madariaga, 1993), el tema de la concreción de un concepto convencional de genocidio no fue en absoluto pacífico⁷, como tampoco lo sigue siendo en la actualidad.

Además de por las indudables dificultades técnicas de la tarea, por la razón de realizarse en un particular momento histórico, tras la finalización de una guerra de alcance mundial, como respuesta a un paradigma de aniquilación y destrucción masiva de derechos humanos concretada en determinados grupos humanos⁸ y en un contexto geopolítico mundial, de división en bloques y necesarios y muy complejos equilibrios de poderes, viéndose por ello enormemente condicionado por el juego de los intereses de los Estados involucrados en la elaboración de un texto consensuado, con vocación de convertirse en una norma internacional en forma de tratado.

Las dificultades se derivarían también por haberse optado por la comunidad internacional, fundamentalmente, aunque no fuera única-

⁷ Nos estamos refiriendo al establecimiento del propio concepto, de la definición que lo comprenda, del diseño del método o dispositivo jurídico de protección y llenarlo de contenidos y determinación de su alcance y contenido, tanto en positivo como en negativo y la elaboración del propio artefacto jurídico para dichos fines.

⁸ Consideramos necesario hablar del *paradigma histórico del Holocausto*, históricamente suficientemente descrito, pero en lo que nos interesa en este análisis constitutivo de un fenómeno o proceso histórico de aniquilación dirigida contra determinados colectivos humanos perfectamente definidos: judíos, gitanos, homosexuales, etc., mucho más allá de episodios concretos de destrucción humana como se han producido en otros momentos, piénsense por ej. en el episodio de Srebrenica, en julio de 1995, durante la guerra de Bosnia Herzegovina, y que tampoco se ajusta por muchas razones a las realidades actuales violación de derechos humanos fundamentales instrumentales y conducentes a la destrucción de grupos humanos.

mente⁹, por una forma de protección con características tan específicas y pionera en aquel momento como la penal, con la creación por vía convencional en el marco de la recién creada Naciones Unidas (1945) de un novedoso instrumento de derecho internacional penal, integrando y consolidando la nueva categoría de crímenes internacionales; y por ello susceptible de ser perseguido internacionalmente, interpelando y dialogando directamente con el concepto de soberanía de los Estados, como cultura política vigente y dominante¹⁰, incuestionada hasta ese momento.

Por estas razones resultaba en aquel momento imprescindible lograr un consenso en, cuando menos, la técnica o forma de protección y, a partir de ella, la identificación de aquellos fenómenos en que se conviniera que resultaban de tal gravedad que merecieran su consideración como crímenes internacionales, perseguibles universalmente, pudiendo ser juzgados sus perpetradores incluso por tribunales internacionales y no únicamente por los nacionales del lugar de los hechos, además de generar la obligación de extraditar —*aut dedere aut iudicare*— o de cooperar judicialmente internacionalmente para su persecución, como también poder ser objeto de otras medidas de prevención en el ámbito internacional.

1.1. Definición jurídico-penal selectiva de genocidio

Sobre las indicadas bases se trabajó para la elaboración de una definición de genocidio, integrándola en la categoría de derecho internacional, de crimen internacional, comprensiva de una variada tipología

⁹ La otra forma de responsabilidad internacional que se manejaba, por vía de la responsabilidad de los Estados, quedaba fuertemente condicionada por la responsabilidad penal individual, adquiriendo, al menos en apariencia, un papel secundario, aunque no puede decirse que tuviera que actuar subsidiariamente, sino de que podían actuar de forma complementaria.

¹⁰ Significaba un auténtico nuevo paradigma. Desde un punto de vista histórico-político y jurídico, se pasa de un planteamiento histórico de existencias de irreductibles áreas de soberanía protegida, según el orden westfaliano, a la proclamación del genocidio como un crimen de derecho internacional, que establece una responsabilidad individual, incluso absoluta, que pasa por casi todas las barreras e impedimentos y no se ve afectada por prácticamente ninguna circunstancia, bien sean “*state action requirement or head-of-state immunity*”, o de “*constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals*”.

de fenómenos de agresión a los grupos¹¹, que abarcaría una selección de, en principio, algunas de las formas más graves, características y destructivas de grupos humanos protegibles, a través del ataque a sus miembros.

Sin embargo, se limitaron y excluyeron por razones puramente contingentes determinados tipos de agresiones debido a su naturaleza, como también a determinados grupos humanos, por igualmente razones políticas y de intereses de los Estados que querían preservarse de los efectos contrarios que pudiera tener contra ellos¹².

Una de las características esenciales de la definición tenía lógicamente que ser que el ataque estuviera dirigido a la destrucción total o parcial del grupo en sí mismo considerado, es decir como tal grupo humano¹³.

Se elaboró, por tanto, una definición, de un concepto funcional, además de políticamente tamizado, de genocidio, de la que se habría de derivar el crimen o delito de genocidio, pero no únicamente a efectos penales, también para cualquier otra consecuencia jurídica derivada de su consideración como crimen internacional¹⁴.

¹¹ En realidad no es de todos los fenómenos sino sobre aquellos en los que hubiera consenso internacional. En principio este consenso abarcaba tanto a las destrucciones culturales como a los grupos políticos que aparecen en la resolución 96 I de la AGNU que refiere expresamente al “aspecto cultural” de la humanidad y a los grupos políticos. Su exclusión se produjo tras en las discusiones para la elaboración del borrador por parte del ECOSOC y posteriores discusiones en la Sexta Comisión de la AGNU.

¹² Por ejemplo, el borrador del art. III, que se refería al genocidio cultural fue rechazado por la Sexta Comisión de la AGNU por 25 votos contra 16, con 4 abstenciones.

¹³ Es una definición normativa, consensuada internacionalmente, que opta por unas determinadas soluciones y excluye otras por razones puramente políticas.

¹⁴ La Convención se refiere tanto a prevenir como a castigar el delito de genocidio. Es decir, no pretende solo el castigo, también la prevención y para ello se requiere con carácter previo la existencia de un concepto jurídico, elaborado sobre la base de una conducta reprobable en todas sus dimensiones y no exclusivamente como una norma penal sustantiva, a modo de cómo se concibe en los sistemas y en los derechos internos. Piénsese, por ejemplo, en responsabilidades económicas civiles o en el ámbito administrativo. Incluso reclamables en instancias internacionales o tribunales internos de otros estados por vía de reclamaciones civiles o administrativas. Por ejemplo, a través de la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) en EEUU. Recientemente, St 11.12.2019 de la Sección Cuarta de la Sala de lo

El resultado de esta definición elaborada internacionalmente por los Estados para los indicados fines fue de muy corta amplitud y versatilidad, pareciendo no tener en cuenta que el genocidio, además de un crimen, es un concepto con otras dimensiones, a la vez sociológico, jurídico y político, etc., y no meramente jurídico-penal¹⁵¹⁶.

Debe, por tanto, afirmarse el carácter relativo, instrumental e históricamente mediatizado por acontecimientos inmediatos de la definición convencional de genocidio, como medio de establecer un sistema de protección jurídica internacional, aunque sin que en sí mismo contenga una norma penal, sino el acuerdo internacional para su persecución en el ámbito internacional, bien, como responsabilidad penal individual, como delito, o estableciendo una responsabilidad de Estados, fijando un determinado formato o manifestación de conductas sancionables, además de establecer un juego de obligaciones y compromisos a asumir por los Estados para la consecución de esta meta.

Partiendo de este texto de la Convención se produce un subsiguiente paso, de apropiación del concepto por parte del derecho penal y de sus estudiosos, intérpretes y aplicadores. De tal manera, que en lo sucesivo las aproximaciones al concepto penal y su estudio mayoritariamente se realizan siguiendo la técnica habitual en la dogmática penal para la interpretación y análisis de los tipos penales.

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de España en el asunto conocido como “Caso Couso”, de responsabilidad patrimonial del Estado por falta de protección diplomática.

¹⁵ En realidad, no responde ni resuelve la gran pregunta, que sigue vigente 70 años después de aprobarse la Convención, sobre: ¿Qué es genocidio? La respuesta es que el concepto de genocidio, como fenómeno histórico, social y político debe ser buscado fuera de esta definición convencional, que es limitada y que excluye sin una explicación que no sea meramente política y contingente, determinados fenómenos y situaciones, que restringe las categorías de posibles víctimas y las reduce a unas muy concretas —de determinados grupos—, efectuando una clara elección al respecto, al no contemplar por ejemplo la protección de los grupos políticos o sociales. De igual manera, la acción del genocidio se contrae a distintas y específicas formas de destrucción física, total o parcial, u otras conductas, a través de determinadas formas comisivas, pero excluye, o al menos no contempla, otras, como puede ser la destrucción cultural.

¹⁶ Para más detalle sobre los aspectos socio-jurídicos véase el capítulo 4 del presente volumen: Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio, por Pilar Eirene de Prada.

Se termina dando con ello un valor absoluto a la definición de genocidio elaborada en el Convenio, consolidándose como un tipo penal autosuficiente, directamente aplicable como norma penal, al contener de forma definitiva e inamovible los elementos típicos penales del delito. Sin, aparentemente, en los sucesivos, más cuestionamiento ni consideraciones críticas respecto de la función esencialmente conceptualizadora de los elementos integrantes de la definición de genocidio en la Convención ni de la definición misma.

Se produjo, pues, una traslación monoenfocada y de alcance intencionalmente limitado, de un concepto funcionalmente polivalente y mucho más amplio, reduciéndolo como consecuencia de todo este proceso a una definición legal “universal” del delito comprensiva de los elementos típico-penales que lo integran.

De tal manera que el concepto, aunque naciera con vocación también de ser o incluso fuera fundamentalmente jurídico, como basilar de un sistema de responsabilidad internacional por lo que era un “crimen internacional”, ni era única y estrictamente penal, ni se siguió para su confección la técnica de elaboración de las normas penales que se utilizan para legislar por parte de los Estados, ni utilizó exactamente categorías dogmático-penales universalmente aceptadas para ello, sino elementos descriptivos generales nacidos en gran medida sobre la marcha, aunque tuvieran determinados significados jurídicos, en muchos casos no idénticos para todos los sistemas jurídicos implicados, pero sobre todo respondió a un proceso político y diplomático al que se encomendó la tarea de elaborar una definición de lo que constituiría una conducta universalmente odiosa y en extremo reprobable, respecto de la que existía un claro modelo de referencia.

Con menos razón, los ingredientes con los que se conformó la definición de genocidio pueden tenerse por conceptos jurídico-penales que tuvieran un significado y una interpretación pacífica¹⁷, ni que tampoco integraran mandatos que estuvieran directa ni únicamente dirigidos a sujetos individuales¹⁸, aunque como unas de las formas

¹⁷ Debe tenerse en cuenta la convivencia en los trabajos de preparación de sistemas de *common law* y de *civil law*, y el distinto significado que tienen en uno y otro determinados conceptos, dependiendo del sistema y de la dogmática penal en uso.

¹⁸ Se trata de una norma de derecho internacional público y, por tanto, dirigida y referida a sujetos de derecho internacional, en la que se establece una categoría

de protección establecieran la responsabilidad penal de personas individuales. Así, por ejemplo, se subraya frecuentemente que, aunque en la Convención se utilice el concepto de “*persons*”¹⁹, este término no se corresponde con los que son los sujetos propios del derecho internacional, que lo son únicamente los Estados (Henkin, 1989), en cuanto que sujetos políticos integrantes de la sociedad internacional, como sistema de relaciones interestatales²⁰ y que son los destinatarios directos del mandato que contiene la Convención y no las personas físicas individuales.

Sin embargo, aunque quepa negar o sea muy discutible su aplicabilidad directa como norma penal, lo que en mi opinión²¹ si hace es resolver de forma definitiva y sin ningún género de dudas las exigencias y problemas básicos que pudieran suscitarse respecto de la regulación internacional del genocidio, desde el punto de vista del principio de legalidad penal y de su previsibilidad y certeza, en el sentido de que son conductas que se contemplan o prevén como crímenes internacionales en derecho internacional penal y que en gran medida cristalizan parte del derecho internacional consuetudinario, que discurre en un plano paralelo pero que no son exactamente coincidentes.

de hechos que serían delitos para el derecho internacional, con la consecuencia correlativa de su perseguibilidad internacional, sin que sea exactamente una definición de delito.

¹⁹ Véase: art. IV de la Convención: “*persons committing genocide*”.

²⁰ Obviamente, el Convenio en una norma dirigida a los Estados y no a los individuos o personas, por más que entre sus objetivos estuviera establecer un sistema de responsabilidad penal individual, por los hechos que contempla como delictivos. Son los Estados los que deben dar los pasos para ajustar sus ordenamientos jurídicos o los organismos internacionales —tribunales— a su texto y extender su jurisdicción, sin perjuicio de los principios que sobre persecución internacional y jurisdicción pueda establecer la Convención.

²¹ En el ámbito del derecho internacional penal aplicado por los Estados, la previsión del castigo de las conductas suficientemente definidas debería en principio satisfacer las exigencias derivadas del principio de legalidad penal y de prohibición de la retroactividad penal, aunque corresponda a estos la concreta definición de la conducta prohibida, de acuerdo con sus propias herramientas de derecho, siempre que se haya adaptado la norma jurídica interna a la internacional y no haya extravesado sus límites. También esto mismo sería aplicable a los tribunales internacionales.

1.2. *La consolidación del crimen de genocidio en el derecho internacional penal*

El crimen de genocidio, refiriéndonos específicamente al tipo penal de este delito, en la forma en que a él se refiere mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia internacional, ha sido extraído directamente, podríamos decir que sin ninguna clase de adaptación o reinterpretación conceptual ni operación de traslación penal del concepto, es decir, en su literalidad, de esta definición de genocidio que se contiene en el texto del artículo II de la Convención, como acto o conducta sancionable según el artículo III, junto con (b) La conspiración (asociación) para cometer genocidio; (c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; (d) La tentativa de genocidio; (e) La complicidad en el genocidio, como modalidades comisivas²².

Esta definición elaborada en la Convención es también la que pasa, de la misma manera, sin ser objeto de depuración o traslación a estrictos conceptos penales, a los Estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc* de la Ex Yugoslavia (art. 4) y Ruanda (art. 2) y del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6)²³.

Es únicamente a partir de este momento cuando esta definición adquiere, en la consideración general, verdadero valor normativo, con carácter de norma penal de derecho positivo internacional, tipificando y atribuyendo la correspondiente competencia sobre el delito, dentro del ámbito de cada Estatuto. Igualmente, cuando verdaderamente se configura como definición legal universal del crimen de genocidio,

²² Para más detalle sobre la conspiración, instigación, tentativa y complicidad véase el capítulo 11 del presente volumen: Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad, por Mónica Rocha-Herrera.

²³ Sin embargo, en mi opinión, más allá de la definición del crimen de genocidio “en abstracto”, son elementos complementarios que mediatizan o modulan sustancialmente el significado de sus elementos, las referencias interpretativas al art. 6 del Estatuto, en sus distintos apartados del (a) al (e), que se contienen en los Elementos de los crímenes junto con las normas del art. 25 del Estatuto, referidas a la Responsabilidad penal Individual, que contienen una mezcla de reglas, criterios o títulos de atribución de responsabilidad y de formas imperfectas de ejecución y singularmente el art. 30 que se refiere al elemento de la intencionalidad.

integrando el *ius cogens* internacional²⁴, universalmente obligatoria, con independencia de la ratificación de la Convención, adquiriendo la consideración de inderogable y obligatorio para todos los Estados²⁵.

En el ámbito interno de los Estados se produce un efecto parecido y los Estados signatarios de la Convención igualmente en la mayoría de los casos se limitan a trasladar a sus ordenamientos internos dicha definición. Únicamente, en contadas ocasiones, se producen algunas singularidades, ampliando las conductas abarcadas o los grupos protegidos²⁶.

²⁴ Con independencia de que esta idea tiene un amplio reconocimiento doctrinal, suele citarse como base: Los razonamientos contenidos en la opinión separada del juez Lauterpacht en el caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia Montenegro, Orden de 13 de septiembre de 1993, Opinión Separada de Juez Lauterpacht, Párr. 100:

“[...] the prohibition of genocide has long been regarded as one of the few undoubted examples of jus cogens. Even in 1951, in its Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Court affirmed that genocide was “contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations” (a view repeated by the Court in paragraph 5 1 of today’s Order) and that “the principles underlying the Convention are provisions which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation” (I.C.J. Reports 1951, p. 22).

An express reference to the special quality of the prohibition of genocide may also be seen in the work of the International Law Commission in the preparation of Article 50 of the draft articles on the Law of Treaties (Year-book of the International Law Commission, 1966, Vol. II, pp. 248-249) which eventually materialized in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the same Commission’s commentary on Article 19 (international crimes and delicts) of the draft articles on State Responsibility (Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II, Pt. 2, p. 103).

The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot —as a matter of simple hierarchy of norms— extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens”.

²⁵ Corte Internacional de Justicia. Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: “*Los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios, sino un interés común*”.

²⁶ Véase el art. 607 del Código Penal español que en la redacción actual se refiere a grupo determinado por la discapacidad de sus integrantes. En su redacción

En algunos limitados, pero muy interesantes casos, sirva de singular ejemplo la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* canadiense, se establece una definición propia [artículos 4(3) y 6(3)]²⁷, que comprende las conductas omisivas, además de referencias al concepto de genocidio en el derecho internacional consuetudinario y en los principios generales del derecho internacional reconocidos por la comunidad de naciones.

Definiciones como la canadiense, permiten actualizar el debate, pero sobre todo evidenciar la existencia de un crimen internacional de genocidio más amplio que el de la definición que se fija en la Convención²⁸, que discurre en el ámbito del derecho consuetudinario y

inicial, el art. 173bis del Código Penal de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) incluía los grupos sociales.

Igualmente, en el Código Penal colombiano respecto de los grupos políticos, lo que ha producido el correspondiente debate doctrinal y jurisprudencial. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-177/01, en relación a la ampliación de la protección a los grupos políticos en la legislación interna, que se resume en que según entiende la regulación contenida en los Tratados Internacionales es mínima y que nada obsta para que los Estados en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección, siempre que se conserve la esencia del crimen (genocidio), que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida. Sobre estas posibilidades referidas al genocidio y otros crímenes internacionales en relación con Colombia y la jurisprudencia al respecto de su Corte Constitucional actuando en Control de Convencionalidad, véase: Maculan (2019, p. 170).

El art. 143 del nuevo Código Penal de Honduras (Decreto Legislativo 130/2017, publicado en la Gaceta de 10 de mayo de 2019) introduce la protección de los grupos ideológicos.

²⁷ La definición del genocidio tanto para los delitos cometidos en Canadá, como fuera de Canadá, es la siguiente: “[...] *an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission*”.

²⁸ Es claro a mi juicio, por lo que se ha expuesto con anterioridad, que existe un concepto genérico de genocidio mucho amplio, vigente en el ámbito de las ciencias sociales, que el concepto jurídico penal restringido que se define en la Convención. La cuestión que aquí se suscita es si efectivamente se puede efectuar esa afirmación y en caso afirmativo que alcance tiene, su aplicabilidad y su uti-

de los principios generales del derecho internacional²⁹, que resultaría de la observación de los fenómenos históricos y actuales, propios y universales, que se identifican como ataques destructivos a grupos humanos en tanto que grupos y no únicamente a sus individuos, sin limitaciones puramente contingentes derivadas de razones políticas o de oportunidad y no históricas y la incorporación de sesgos o enfoques más actuales, como los de género, el indigenista, ambientalista o de planteamientos no exclusivamente eurocéntricos, con la correspondiente ruptura del paradigma del holocausto judío y la desactivación subsiguiente de las rigideces que encorsetan el concepto.

En cualquier caso, nos obliga a poner en cuestión y tener en consideración el sentido relativo que ha de dársele a la definición del concepto de genocidio procedente de la Convención, que como se ha dicho responde a contingentes decisiones políticas y diplomáticas que se adoptaron respecto de sus ingredientes, técnica y forma de redac-

lidad como fuente de derecho internacional penal así como su legitimidad como cobertura a normas penales de Estados más amplias que las que se contienen en la Convención.

²⁹ Véase: TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 541:

“The Trial Chamber must interpret Article 4 of the Statute taking into account the state of customary international law at the time the events in Srebrenica took place. Several sources have been considered in this respect. The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter “the Convention”), adopted on 9 December 1948, whose provisions Article 4 adopts verbatim, constitutes the main reference source in this respect. Although the Convention was adopted during the same period that the term “genocide” itself was coined, **the Convention has been viewed as codifying a norm of international law long recognised and which case-law would soon elevate to the level of a peremptory norm of general international law (jus cogens)**”. (énfasis añadido).

En el mismo sentido: TPIR, Caso *Kayishema y Ruzindana*, 21/05/1999, párr. 88: “The concept of genocide appeared first in the International Military Tribunal (Nuremberg) Judgement of 30 September and 1 October 1946, referring to the destruction of groups. The prohibition of genocide then was recognised by the General Assembly of the United Nations as a principle of international law. Resolution 260(A)(III) of 9 December 1948, adopting the Draft Genocide Convention, crystallised into international law the prohibition of that crime. The Genocide Convention became widely accepted as an international human rights instrument. Furthermore, the crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of jus cogens”.

ción y subconceptos instrumentales que se utilizaron en el proceso de su elaboración.

Sin embargo, es algo que ha parecido olvidarse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos como en los Estatutos de tribunales internacionales en el momento de concretar una definición penal de genocidio a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones inmediatas derivadas de la Convención. Ello ha ido en detrimento y perjuicio de la elaboración de un concepto jurídico penal, que no simplemente se limitara a cumplir formalmente las obligaciones derivadas de la Convención, y que estuviese verdaderamente adaptado a las realidad social y jurídica del lugar donde debiera ser objeto de posible aplicación³⁰, identificando lo que son los aspectos nucleares de la definición de la Convención y abarcando a posibles conductas y situaciones de riesgo de destrucción de minorías, entendidas como grupos humanos minoritarios identificables, especialmente vulnerables, en cada lugar o contexto social de aplicación.

1.3. Planteamiento crítico sobre la eficacia del crimen de genocidio como instrumento internacional de protección de minorías vulnerables

Por tanto, el gran interrogante que se suscita es si el crimen de genocidio según se describe en la Convención y especialmente según es trasladado a la mayoría de los textos de derecho positivo es verdaderamente eficaz, en contra del sentido que debería haber tenido y su teórica vocación de ser un instrumento real y vigoroso para la protección de minorías vulnerables, en cuanto grupos humanos diferenciados, y no simplemente una norma formal y predominantemente simbólica de derecho internacional penal, referida predominantemente sino exclusivamente al elenco de los crímenes más graves y aborrecibles, como parece haberse convertido.

³⁰ Ver nota 24. La Sentencia Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-177/01 es expresiva en el sentido que entiende que la regulación contenida en los Tratados Internacionales es de mínimos y que nada obsta para que los Estados en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección, siempre que se conserve la esencia del crimen.

En ello abunda, que se hayan perpetuado sin más las cuestionables exclusiones o restricciones a su alcance y las opciones problemáticas en la definición, de difícil interpretación y significado dependiendo de qué sistema jurídico se trate.

El resultado es que han convertido el tipo penal de genocidio en una norma penal débil, de eficacia dudosa, de estructura frágil e insegura, y por tanto de difícil aplicación.

Se han consolidado en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, proyectándose a la de los Estados, irresolubles dilemas interpretativos, algunos de los que abordaremos después, con callejones sin salida jurídicos que, alimentados en la práctica por el necesario juego de las garantías procesales y probatorias en favor del reo, impiden de facto su aplicabilidad a determinadas situaciones que, por sus características o resultados destructivos de grupos humanos no deberían quedar fuera del ámbito natural de cobertura del crimen de genocidio (TPIY, Caso *Karadžić*, 20/03/2019, voto disidente del juez de Prada Solaesa).

Determina que, en muchos casos, una aproximación desde la práctica en relación con su posible aplicación a situaciones concretas actuales de graves riesgos reales de destrucción de minorías consecuencia de ataques indudablemente destructivos, en ocasiones violentos y letales o de diferentes formas o a través de otros medios, pero con la característica común de no seguir exactamente los patrones implícitos en el paradigma al que responde la Convención, produzca resultados que merecen ser calificados de profundamente insatisfactorios, frustrando las expectativas que están en la base de la norma internacional³¹.

³¹ Debe tenerse en cuenta que el paradigma del Holocausto —ver Nota 8— se refiere a un fenómeno y no a actos o episodios concretos, pero la concreción del genocidio como crimen requiere ser aplicado a hechos o episodios concretos, aunque puedan ser masivos, generalizados o sistémicos. Ello ha provocado que, por ejemplo, en el caso del conflicto de Bosnia Herzegovina solo se haya considerado genocidio los cargos del Fiscal referidos al “episodio de Srebrenica” y no otros como el denominado de las “Municipalities”, produciendo resultados jurídicamente insatisfactorios, por la que representa de aparente incapacidad o inadecuación por parte del derecho a la hora de abordar lo que más que episodios concretos son fenómenos o procesos.

De esta manera, es crítica frecuente que, en muchas ocasiones, su aplicación solo sea posible a puntuales situaciones extremas, dejando fuera ataques a grupos minoritarios, que sin duda estarían dentro de la propia esencia del concepto elaborado por Lemkin (1944)³², y del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional.

Tampoco contribuyen a la precisión de la definición penal la incorporación de conceptos prestados, que tienen en sí mismos significados antropológicos, sociológicos o políticos propios, en cualquier caso profundamente especulativos³³, con un carácter normativo muy difícilmente reconocible³⁴.

Lo mismo pasa con otros conceptos de incuestionable valor descriptivo y diferenciadores de conductas, que se optan por plasmar de una determinada manera, utilizando para ello términos con una concreta carga semántica tendente a expresar la diferencia de conductas, a través de los fines a los que se dirigen, pero que terminan siendo convertidos en un elemento subjetivo intencional del sujeto del delito, equivalente a un propósito o voluntad específica, de los que se exige su acreditación en el proceso a través de un estándar de prueba determinado.

³² Para quien lo crucial y diferencial sería la existencia de víctimas colectivas tenidas en consideración como grupo humano diferenciado y la naturaleza de los ataques particularmente destructivos, por la violencia o por otras razones y afectantes a determinados bienes jurídicos, incluso los culturales, relacionados con la propia sobrevivencia del grupo.

³³ Nos estamos refiriendo al propio concepto de grupo, los grupos protegidos, el concepto de destrucción, la intención de destruir misma, sometimiento a condiciones de existencia.

³⁴ No es, por tanto, una técnica que produzca resultados evidentes ni seguros, compatibles con el requisito de certeza de la norma penal, como tampoco es una vía fácil ni segura ni tan siquiera metodológicamente aceptable para buscar los consensos sobre su significado ni sobre lo que presumiblemente se quería proteger y su alcance en el momento histórico de su elaboración. Todo ello, teniendo especialmente en cuenta además la dificultad de los debates de los *travaux préparatoires*, extraordinariamente mediatizados por contingentes intereses de Estado de los Estados intervinientes, de sus agendas, las públicas y las ocultas, y la propia configuración de la política internacional de aquel preciso momento, que dista mucho de la posterior o de la actual.

Sin duda, la utilización de muchos de estos conceptos, que son abiertos, puramente funcionales y dinámicos, pero que se han visto cristalizados forzosamente en la norma penal como elementos del delito, con determinada significación dogmática penal, los ha enquistado y les ha hecho perder vida, en gran medida su riqueza descriptiva y conceptual y probablemente su significado original, transformándolos en meros requisitos típicos penales objetivos o subjetivos autónomos, desconectados de su origen.

Todo ello implica el peligro de en gran medida haber quedado reducidos a pura norma penal sustantiva, únicamente estudiados, analizados e incluso diseccionados por los juristas penalistas bajo el prisma técnico de su concreto significado en la dogmática penal de referencia que utilicen.

No debería perderse de vista esta perspectiva y, por ello, desde mi punto de vista, también convenir que ni la definición penal cristalizada puede condicionar indefinidamente, en lo sucesivo, y con carácter definitivo el concepto de genocidio aplicable a otras visiones o perspectivas de estudio o abordaje del fenómeno, como que también la propia norma penal debería desencorsetarse y atender más a su auténtico sentido, relativizando el valor de los conceptos jurídicos penales, reduciéndolos a ser meros conceptos penales instrumentales para una determinada finalidad, de tal manera que no sean ellos los que transvasen significación y terminen llenando de su propio significado al significante.

La definición penal es únicamente un subordinado mediatizado por su propia metodología y no debería tener verdadero valor epistémico para llegar al conocimiento y hallazgo del concepto original. Proponemos por ello, incluso para un correcto abordaje del concepto penal, la deconstrucción³⁵ del concepto de genocidio, más que un análisis del tipo penal siguiendo la técnica habitual de la dogmática penal.

Sin embargo, este trabajo y esta publicación no pretenden llevar a cabo la inabordable tarea de una completa deconstrucción, sino únicamente analizar algunos temas y dejar planteados otros, además

³⁵ No utilizamos aquí tanto el concepto de deconstrucción filosófica de Jacques Derrida como el de Martin Heidegger: *Destruktion*, que el autor emplea en *Ser y Tiempo* (2005) como equivalente a desmantelamiento del concepto.

de referirse críticamente, más en unos casos que en otros, a algunos de los elementos definidores del genocidio que aparecen como más contingentes, no solo conceptualmente, sino, como venimos afirmando, por su carácter puramente instrumental para calificar los ataques o actos genocidas, que deben ir dirigidos a una determinada finalidad, como es no únicamente la de lesionar, dañar, menoscabar o perjudicar, sino la de destruir total o parcialmente un grupo de los que son objeto de protección³⁶.

1.4. La intencionalidad genocida

En esta línea, elegimos hacer algunas reflexiones críticas sobre este elemento, que ha sido considerado como uno de los más característicos, diferencial y quizá oscuro del crimen de genocidio. Se ha convertido en objeto de interminables debates entre juristas especialistas en derecho penal, que especulan sobre su significado y alcance al haberse convertido en uno de los pretextos por parte de la jurisprudencia para la consolidación de las interpretaciones más restrictivas y puristas de la definición de genocidio.

En este caso, no mediante la exclusión de la protección de determinados grupos humanos o de los medios o conductas genocidas, sino a través de elementos estructurales de la definición, dando determinada significación al requisito de intencionalidad de la definición de la Convención, preservando el modelo resultante del paradigma del Holocausto.

La definición del crimen de genocidio, de forma común en los Estatutos de los Tribunales Internacionales, se construye a través de la descripción de una selección de actos subyacentes que se consideran como actos genocidas: (a) matanza de miembros del grupo; (b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (e) traslado

³⁶ Para profundizar a cerca de la destrucción parcial de un grupo véase el capítulo 15 del presente volumen: ¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo, por Manuel Ollé.

por fuerza de niños del grupo a otro grupo; tendentes a una finalidad, la de destruir, total o parcialmente, a un grupo, que se expresa a través de una determinada intención, siendo la intencionalidad genocida, sea cual fuere el significado de este concepto, uno de los elementos más característicos, en cuanto que diferenciador de otros relacionados, de este delito.

Hemos indicado más arriba, que la mayoría de los códigos penales de los Estados signatarios de la Convención y que han adaptado su legislación, han trasladado esta definición a sus leyes penales internas, pero han sustituido con frecuencia el término *intent*, por el de *purpose*, es decir, como un específico *intent*, que es una de sus posibles acepciones.

La jurisprudencia internacional también se ha decantado abiertamente por esta interpretación del *intent* genocida³⁷. Sin embargo, sectores de la academia han efectuado importantes intentos superadores de esta situación tratando de introducir matizaciones a las doctrinas máximas. El problema se plantea en términos de que mientras que

³⁷ En el asunto Akayesu (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998) el TPIR deja claro su planteamiento de que el autor debe haber netamente buscado provocar el resultado incriminado. De igual manera el TPIY ha rechazado expresamente el criterio del *knowledge-based*, en resoluciones posteriores (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999), de la misma manera que la Corte Internacional de Justicia en los asuntos Bosnia Herzegovina contra Serbia-Montenegro de 2007 (27/02/2007), con referencia a Kupresikic y otros del TPIY, de la misma manera Croacia contra Serbia de 3 de febrero de 2015 (párrs. 132 a 148) referido a la *mens rea* del genocidio, en relación con la “intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”, como la característica fundamental del genocidio que lo distingue de otros delitos graves, opta por el *dolus specialis*, lo cual quiere decir que para determinar la existencia de genocidio debe estar presente una intención determinada además de la intención correspondiente a cada uno de los actos separados en cuestión. Respecto de la prueba de este *dolus specialis*, posible a través de la prueba de indicios, viene a establecer (párrs. 143 a 148) que, a falta de un plan estatal en el que se exprese la intención de perpetrar genocidio, esta puede inferirse de la conducta individual de los responsables de actos enumerados en el artículo II de la Convención, pero que para poder inferir la existencia de un *dolus specialis* a partir de una pauta de conducta, tal inferencia deberá ser la única razonablemente posible a partir de los actos en cuestión, aplicando el estándar del *beyond a reasonable doubt*. La Comisión de Investigación sobre Darfur también se pronuncia en el mismo sentido de exigir un dolo agravado o un dolo específico.

para algunos sectores, el concepto de intención puede abarcar todas las posibilidades de dolo, incluido el dolo eventual, para otros, basándose especialmente en la unanimidad de los pronunciamientos jurisprudenciales, solo es admisible, además del dolo directo en relación con el acto genocida, una intencionalidad específica o *dolo specialis* del sujeto en relación con la finalidad perseguida de destrucción del grupo protegido (*purpose-based aproche*) más centrada, en el caso de la jurisprudencia, en el aspecto de la voluntad, que en el del conocimiento.

Frente a ellos, sectores de la doctrina han realizado otras aproximaciones al tema desde las perspectivas del *knowledge-based* y de la *structure based*, como sus nombres indican hacen hincapié en las características estructurales de esta clase de delito y en el conocimiento por parte del sujeto actor de la existencia de una finalidad destructiva³⁸.

³⁸ El primer autor que, en 1999, tras la sentencia Akayesu, propuso otro abordaje alternativo fue A. Greenawalt (1999), tras plantearse dos problemas de índole práctico: la invocación por los subordinados de actuar en cumplimiento de las ordenes de sus superiores, es decir sin intencionalidad propia; y las propias dificultades de la prueba del elemento interno de la voluntad del sujeto. La prueba del conocimiento de la finalidad destructiva de un acto es mucho más fácil de establecer indiciariamente que la voluntad, simplemente a través de elementos como la propia naturaleza destructiva del acto. Su análisis, que compartimos, se basa en el significado que tiene el propio término *intent*, bien sea en el *common law* o del *civil law*. Tampoco las prácticas internas de los estados avalan la posición máxima de la jurisprudencia internacional. Tampoco aporta soluciones definitivas respecto al significado del *intent* el examen de los vaivenes del procedimiento internacional que dio lugar al alumbramiento de la Convención. También A. Gil (1999), parte de que la intención genocida constituye un elemento subjetivo trascendente para el que basta un grado de voluntad equivalente al dolo eventual. El elemento subjetivo tiene la exclusiva función de configurar un tipo de consumación anticipada, de resultado cortado en algunas modalidades y mutilado en varios actos en otras, es decir, formalmente consumado, lo que todavía es una tentativa en relación con el bien jurídico protegido (la destrucción del grupo), existiendo una analogía estructural con la tentativa. Por su parte, K. Ambos (2009) y H. Van der Wilt (2006) distinguen, siguiendo la aproximación diferenciada de Bassiouni, entre el significado de la intencionalidad cuando se trata de los autores que ocupan las más altas posiciones —mandos y quienes toman las decisiones—, de aquellos otros que son meros subordinados y ejecutores. H. Vest (2007) propone una solución fundada en la particularidad estructural de esta clase de delitos, que participan de la misma necesidad de existencia de ataque generalizado y sistemático que los crímenes contra la humanidad, en los

El planteamiento que se efectúa en esta introducción recoge estas aportaciones que sintonizan plenamente con la necesidad de dar una autonomía y sustantividad propia a la tipificación penal del crimen de genocidio frente a la definición política y diplomática contenida en la Convención. Al respecto, caben varios argumentos que recogen diversas perspectivas interpretativas, sin despegarse de forma definitiva de la dogmático-penal, aunque no reduciéndose ni centrándose en ésta.

Una definición que no sea desde una estricta perspectiva penal, no utilizando sus herramientas en la construcción de los tipos penales, permitiría abordar el significado de los elementos que la componen de forma diferente, mucho más amplia, bajo otros parámetros distintos y, por supuesto, con otros resultados. Hacerlo, por ejemplo, desde una perspectiva diferente a la de la pura responsabilidad penal individual (de una persona física o en su caso jurídica), sino desde la responsabilidad de los Estados (Schabas, 2009), prevista también en la Convención -(artículo IX)³⁹, o incluso de grupos u organizaciones no estatales, como entidades militares o armadas paraestatales o incluso corporaciones económicas o empresariales, debería conllevar

que la intención específica genocida no será posible sin una acción sistemática y organizada, solo que en el delito de genocidio los actos se encaminan a la destrucción del grupo. Por su parte, C. Kreß (2005) distingue entre el plan genocida individual del colectivo. El propósito de destruir en todo o parte al grupo del plan colectivo no tiene porque se abarcado por la voluntad del sujeto, aunque deberá tener conocimiento de este propósito destructivo del grupo, además del dolo respecto del acto de destrucción misma, debatiéndose entre los conceptos de *foresight* y de *all likelihood* utilizados por la Comisión de investigación de Darfur y la sentencia *Krstić* del TPIY (2/08/2001). La intencionalidad quedaría definida como la exigencia de que el autor haya cometido el acto prohibido con el conocimiento de contribuir en una campaña enfocada hacia los miembros de un grupo protegido con la finalidad realista de destruir el grupo en todo o en parte. Para más detalle sobre estos aspectos véase los capítulos 13 y 14 del presente volumen: El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual, por Alicia Gil; y La definición del grupo protegido en el delito de genocidio, por Cristina Fernández-Pacheco.

³⁹ Artículo IX: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, **incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado** en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia” (énfasis añadido).

el replanteamiento del significado de algunos conceptos claves y, sin duda el de éste, de la intencionalidad.

Otra lectura sobre este elemento distintivo configurador de la definición de genocidio nos lleva a considerar que tiene un carácter predominantemente funcional y político, sin que necesariamente tenga razón de ser, como única explicación plausible, que constituya un elemento netamente subjetivo, a modo de elemento subjetivo del injusto, tal como es recogido por una gran parte de los penalistas; cuando el papel que juega dentro de la definición de genocidio, dependiendo de la perspectiva de partida, pueda ser diferente.

Así, lo que en mi opinión cobra singular importancia en la definición convencional del genocidio es la “intencionalidad de destruir a un grupo” incorporada a las acciones o conductas, que exceden de ser un mero ataque masivo o sistemático contra individuos, en el sentido de estar dirigidas a esta finalidad, a través de diversas formas, mediante violencia brutal o instantánea, que puede incorporar el sujeto activo por sí mismo, pero por qué no, a través de otros medios, quizá menos letales y más extendidos en el tiempo, incluso atacando a los elementos de cohesión social o cultural de un grupo diferenciado protegido. En cualquier caso, independientemente de cómo se manifieste, la “intencionalidad de destruir a un grupo” es el elemento característico diferenciador del genocidio respecto de otros crímenes internacionales, en los que la generalidad o la sistematicidad del ataque, no contra grupos, sino contra sujetos pasivos individuales, son los elementos característicos de los crímenes contra la humanidad.

Pero debemos llamar la atención de que la definición que hace la Convención aparenta construir este elemento diferencial a través de la “intencionalidad” incorporada a los actos, sin referirse de forma expresa a la intencionalidad o posición respecto de ella de los sujetos actores de los actos genocidas, a los que la definición del artículo II de la Convención no se refiere en ningún momento, ni a su posición cognitiva ni volitiva respecto ni de los actos ni de la finalidad de estos, ya que habla únicamente de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente un grupo protegido.

Esta frase sugiere varias posibilidades de incorporación de la finalidad al acto⁴⁰, desde que un sujeto actor individual disponga de un propósito propio o compartido con otros de destrucción instantánea de un grupo, es decir, que tenga una intención específica en tal sentido (supuesto máximo), sin que aparentemente sea relevante que disponga como sujeto de los poderes o facultades para ello, sino que simplemente realice la actividad subyacente con esta finalidad, a otras modalidades posibles, quizá más realistas y que implican un ataque y mayor peligro para el bien jurídico, en las que el sujeto realiza los actos de objetivo ataque destructivo subyacentes descritos, que se dirigen a una determinada finalidad, pero en virtud, no de una intencionalidad propia, sino confluendo con una externa al sujeto, bien sea puesta por un tercero, sujeto individual o colectivo —plan formal, informal, movimiento, confluencia de acciones, etc.—, de identidad conocida o desconocida, que es la que dirige la acción en un determinado sentido, hacia un determinado resultado buscado, sin que exista ninguna razón para exigir al actor que tenga ninguna otra intencionalidad extra o propia, sino simplemente que ostente algún grado de conocimiento (consciencia o tenga por posible) sobre las características tendenciales de la acción que realiza y de que sus actos pueden contribuir a un determinado resultado tendencial, con, en su caso, previsibilidad de esta posibilidad, o representación, por ser consecuencia lógica del curso normal de los acontecimientos⁴¹.

⁴⁰ En los Elementos de los Crímenes en la exigencia común a todas a todas las modalidades comisivas del art. 6 del Estatuto se da por hecho esa disyuntiva: o bien que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

⁴¹ Art. 30.2.b del Estatuto de Roma. Véase igualmente el artículo introductorio de los Elementos de los Crímenes al art. 6 del Estatuto (c) que establece que: “*Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular*”, que debe ser entendido en esta clave, en el sentido de que no existe una única forma de apreciar la intencionalidad y que deberá ser decidido en cada caso, si bien no establece pautas, aunque serían deducibles de las referencias que se contienen a las distintas situaciones posibles, de sea un acto individual o de que sea un acto que se imbrique en un contexto.

En muchas ocasiones, la intencionalidad de destrucción del grupo protegido discurre en otro plano distinto al actuar del sujeto y respecto de ella permite dar el salto desde una situación en la que el sujeto adquiere el propósito de realizar el acto subyacente bajo esa premisa de voluntad de primer grado de destruir al grupo, bien sea como acción individual o colectiva, a la de perpetrarse por el sujeto una de las modalidades de ataque destructivo del grupo, pero que se califica como tal porque son actos tendentes a la destrucción de un grupo protegido, proyectados por un tercero, sujeto individual o colectivo, conocido o desconocido, pero no como mero acto de participación en los actos de éste, sino actuando como autor directo del hecho inmediato, sin que sea necesario que el sujeto activo comparta el propósito sino únicamente adquiriera cualquier grado de conocimiento o se represente que con sus actos está contribuyendo a la destrucción del grupo.

Este conocimiento no opera en el plano meramente subjetivo o interno del sujeto, como ocurre con la voluntad, sino que el conocimiento exigible discurre en un plano mucho más objetivo⁴², al menos en el ámbito de su prueba, en cuanto qué, resultaría deducible de la existencia de determinados contextos o indicadores objetivos⁴³.

⁴² En los Elementos de los Crímenes, en la exigencia común a todas las modalidades comisivas del art. 6 del Estatuto, expresamente se señala: “*Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta*”. En el artículo introductorio se establece: (b) *La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva* (énfasis añadido).

⁴³ El factor de riesgo específico número 10 del *Marco de análisis para crímenes atroces* (2014, p. 19) de Naciones Unidas se refiere a indicios de intención de destruir total o parcialmente a un grupo protegido: “10.1 Documentos oficiales, manifiestos políticos, registros de los medios de comunicación o cualquier otra documentación a través de la cual se trasluce o se puede inferir la intención directa de poner en el punto de mira a un grupo protegido, o la incitación a hacerlo, de forma que el mensaje implícito puede llevar razonablemente a la comisión de actos de destrucción contra ese grupo. 10.2 Eliminación física selectiva, rápida o gradual, de miembros de un grupo protegido, o sólo de determinadas partes de éste, que podría causar la destrucción del grupo. 10.3 Violencia o prácticas discriminatorias o selectivas, generalizadas o sistemáticas contra la vida, la libertad o la integridad física y moral de un grupo protegido, aunque no llegue al nivel de eliminación. 10.4 Elaboración de políticas o medidas que afectan seriamente a los derechos reproductivos de las mujeres o que contemplan la separación o transferencia forzosa de los niños pertenecientes a grupos protegidos. 10.5 Recurso a métodos o prácticas de violencia que son

El bien jurídico protegido trasciende de la protección individual o colectiva de los individuos o de la población civil frente a los actos de violencia masivos o sistemáticos realizados por Estados, paraestados u organizaciones, circunstancia que les dota de protección extraordinaria como crímenes internacionales, para identificarse con los elementos que permiten la supervivencia, fundamentalmente física, del grupo, al haberse eliminado en la Convención la mención a los elementos identitarios culturales que cohesionan al grupo, aunque se haga referencia, al referirse a distintos grupos protegidos a la identidad por razones de nacionalidad, étnicas, raciales o religiosas o determinadas modalidades comisivas como la del apartado (e) del artículo II de la Convención, en la que quedarían vestigios de un ataque a los elementos preservadores y de transmisión de la cultura de los grupos.

Lo exigible desde el punto de vista de una correcta perspectiva político-criminal, en relación con la correcta protección del bien jurídico es que la definición típico-penal del delito sea lo más eficaz, y racional posible, estableciendo un mandato claro y directo, utilizando la técnica jurídica adecuada y acudiendo a los elementos e ingredientes para ello, teniendo en cuenta la concreta finalidad que persigue, sin establecer requisitos innecesarios o no justificados que dificulten o limiten innecesariamente la aplicación del tipo penal.

En ese sentido, no se ajusta a los indicados parámetros, la introducción de elementos subjetivos del injusto innecesarios o única o predominantemente tendentes a restringir el ámbito de aplicación del injusto o complejizando la definición del delito más allá de la protección funcional pretendida.

Resulta por ello difícilmente pensable, que el redactor del concepto de genocidio, en el marco de la realidad sociopolítica en que se

especialmente dañinos para un grupo protegido o lo deshumanizan, que revelan la intención de causar humillación, miedo o terror para fragmentar el grupo, o que revelan la intención de cambiar su identidad. 10.6 Recurso a medios de violencia que son particularmente nocivos o están prohibidos con arreglo al derecho internacional, incluyendo las armas prohibidas, contra un grupo protegido. 10.7 Expresiones de euforia pública por tener control sobre un grupo protegido y su existencia. 10.8 Ataques contra o destrucción de hogares, explotaciones agrícolas, negocios u otros medios de vida de un grupo protegido o de sus símbolos y bienes culturales o religiosos”.

desenvuelve la protección de las minorías vulnerables, introdujera de propósito un requisito subjetivo extraordinario con la finalidad de restringir la aplicabilidad del delito, sino que lo que verdaderamente pretendiera es introducir un elemento definidor que singularizara este tipo de conductas en relación a otras, concretando su verdadero significado y que por ello utilizara un elemento tendencial referido a la *intención* o a donde se dirigen las conductas, más que de exigencia de determinada voluntad de los sujeto actores.

La *intención*⁴⁴ en el ámbito penal continental se refiere, en primer lugar, a la finalidad que tiene el sujeto individual que aparece como el autor principal que realiza la conducta. También, en principio, puede ser extensible de diversas formas a otros partícipes⁴⁵ que con idéntico conocimiento y voluntad coadyuvan de forma relevante, a través de diferentes actos previstos en la norma, a la realización de la acción. Sin embargo, son posibles otros conceptos muchos más amplios y “debilitados” desde el punto de vista de la voluntad de intencionalidad⁴⁶, que dependen de la estructura típica del delito de que se trate (Gehrig, 1986), que permiten incluso apreciarla en situaciones en las

⁴⁴ El tratamiento se hace desde el aspecto subjetivo del tipo penal (*mens rea*) y las posibilidades como se describen a tenor de las distintas posiciones que se manejan por la doctrina, específicamente en relación con el delito de genocidio, abarcarían desde ser o constituir un elemento subjetivo del injusto específico, o dolo específico, exigido complementariamente a un dolo general directo o de primer grado en relación con el acto genocida subyacente, hasta el hipotético extremo de ser suficiente un dolo eventual, sin requerir certeza en el conocimiento.

⁴⁵ Aquí se está distinguiendo entre autoría y participación, como también entre participación principal y secundaria (autoría, coparticipación necesaria, inducción y complicidad *strictu sensu*). Esta distinción propia de la dogmática continental no es compartida a al menos no de la misma forma por los diferentes sistemas que componen el panorama del derecho criminal anglosajón o del *common law*.

⁴⁶ Sectores de la doctrina se refieren a que el concepto de *Asbicht*, intención, que, aunque gramaticalmente y en su acepción ordinaria se refiera a intencionalidad en su sentido más fuerte, sin embargo reconocen que abarca una gran amplitud de posibilidades en derecho alemán, llegando incluso al dolo eventual, dependiendo de la estructura típica del delito. Véase: Ambos (2009, p. 844); Vest (2007, p. 788); Gil (1999, p. 237). Semejante a lo que ocurre en los sistemas del *common law*. Ambos (2009, p. 843). En este sistema jurídico, después del *Model Penal Code* (MPC) se ha evitado la utilización del término *intent* sustituyéndolo por cualquiera de los tres más precisos que expresan los diferentes estadios del *mental state: recklessness, knowledge y purpose*.

que se debilita el conocimiento y la voluntad adquiere tintes hipotéticos. Pero siempre, en todo caso, referidos al sujeto activo, persona física o moral, del delito.

Aunque lo que se pretende es la protección de los grupos frente a su destrucción (habría que pensar que en todas sus formas), el resultado prohibido del delito proyectado en la Convención, como estratégicamente indicaba Lemkin al escribir sobre el concepto de genocidio (1944), no es en sí misma la destrucción del grupo protegido, ni siquiera en parte, lo que en la mayoría de los casos queda fuera de las posibilidades del autor⁴⁷. Las cinco modalidades de actos subyacentes que, aunque en algunos casos puedan ser por sí mismos fuertemente letales y destructivos, están por su propia definición muy lejos de poder acabar con el grupo, al menos instantáneamente, por lo que lo que se prohíbe con ellos es la realización de actos de ataque discriminatorios, en cuanto que sean tendentes a la destrucción de grupos. Es decir, conformados por la realización de alguna de las conductas descritas en la parte segunda del artículo II de la Convención, con esa finalidad tendente a la destrucción del grupo protegido, aunque en sí mismos considerados estos actos tengan una capacidad destructiva limitada y requieran de una reiteración, persistencia o continuidad, incluso la combinación de varios actos subyacentes combinados para ser eficaces, no incluso en la destrucción, sino en la puesta en peligro de la conservación o indemnidad del grupo. El bien jurídico protegido inmediato es la indemnidad y conservación del grupo, aunque finalmente lo que se pretenda preservar es la existencia del propio grupo.

El delito, pues, no requiere el resultado final de acabar con el grupo, sino proteger contra los actos genocidas de ataque al grupo y que tengan la intención acabar con él. La protección se establece por la vía de la concreción de ciertos actos que implican un riesgo típicamente relevante —determinados actos genocidas caracterizados por estar dirigidos a la destrucción⁴⁸ del grupo—, lo que hace a la conducta objetivamente típica. La intencionalidad desde esta perspectiva cum-

⁴⁷ Piénsese en la destrucción de los bosnio-musulmanes o cristianos musulmanes o los judíos o de los pertenecientes a la etnia gitana.

⁴⁸ El concepto de destrucción de un grupo no es equivalente a su muerte física, como si se tratara de un ser viviente, sino que al ser un ente o construcción social es mucho más sutil y complejo. El propio concepto de destrucción se ve entrelazado

pliría la función de ayudar a valorar la conducta como típica, ya en el plano objetivo, y pertenecería al ámbito de la imputación objetiva como dato propio el riesgo típicamente relevante.

Aunque la finalidad exigida por la *intent* se refiera a la destrucción del grupo, ésta adquiere un sentido propio, diferente del puramente gramatical, desplegando un carácter predominantemente adjetivador de los actos genocidas, lo que en el ámbito subjetivo tendría como consecuencia que los actos no tuvieran por qué envolver una intencionalidad destructiva próxima ni inmediata, pudiendo ser en algunos casos, de forma acorde con la naturaleza y letalidad intrínseca de los actos, ser tan solo una posibilidad remota en el tiempo. Esto nos lleva a un concepto de intencionalidad “blanda” y abierta, con una voluntad debilitada por parte del sujeto.

A ello se añade el que, en una definición descriptiva conceptual de genocidio derivada de la Convención válida para todos los sistemas jurídicos, como venimos defendiendo, la referencia a la intención destructiva del grupo no tendría por qué ir referida solo o únicamente a la intención interna de los sujetos actores específicos perpetradores de los actos instrumentalmente genocidas, sino a estos mismos actos, en el sentido de que los actos tengan, podría decirse, por sus características, una intencionalidad evidente incorporada, prestada por un otro, en sentido amplio, concretado o no concretado.

En el plano puramente cognoscitivo, la intencionalidad tendría, pues, una dimensión objetiva y estaría incorporada, por ejemplo, a la magnitud extraordinaria de los actos, a su significación, potencialidad o capacidad destructiva, las características de los actos, su carácter organizado, planificado, reiteración y persistencia en el tiempo y respecto a los sujetos contra los que van dirigidos, de tal manera que expresen o recojan en ellos mismos, una tendencia, una finalidad o intencionalidad de destruir los elementos fundacionales o identitarios del grupo, como tal grupo, sin que para apreciarla sea necesaria ni

con la propia configuración de los actos genocidas tendentes a ella (destrucción física, biológica, sometimiento a condiciones de vida, etc.).

una hiper conciencia y ni mucho menos una voluntad específica⁴⁹ y propia, por parte de un sujeto individual que realiza el acto.

O bien, por existir un elemento contextual informal pero preestablecido de forma más o menos casual, por vía de confluencia y de suma de voluntades en un determinado sentido, o de planificación externa que ordene o pre dirija al acto hacia una determinada finalidad de ataque contra un sujeto humano colectivo, pero en su consideración como grupo. En este segundo caso, se trataría de la existencia de un determinado contexto establecido de forma expresa u organizada, bien sea un plan o acción colectiva planificada, una política, de estado o semejante, atribuible en última instancia a una persona o conjunto de personas más o menos concretas, individualmente identificables o identificadas, o no, pero que deciden un propósito para las conductas y que lo incorporan a través de un contexto o un plan, determinando que los actos o la conducta vayan dirigida a la destrucción del grupo. El contexto puede no responder a esta labor planificada y producirse de forma más casual, como en el primero de los supuestos, a través de una aglutinación o confluencia más o menos casual de actos progresivos o de dinámicas o acciones colectivas que se retroalimentan, pero que pueden ser identificables o reconocibles por el sujeto, en su propósito tendencial destructivo de grupos humanos, en todo o en parte.

Resulta cierto que la definición de delito de genocidio ni en la Convención ni en los Estatutos del TPIY y TPIR⁵⁰ exigen la existencia de un plan o acción colectiva planificada ni situación semejante, de forma diferente a lo que ocurre respecto de los crímenes contra la humanidad en que este es uno de los elementos definidores. Tampoco la jurisprudencia lo exige, aunque con frecuencia da por hecho que se produce o se da este elemento contextual, que puede tener relevancia

⁴⁹ La realidad se va conformando como una suma de situaciones. Hannah Arendt cuando se refiere a la banalidad del mal lo hace a la mera incorporación burocrática a contextos o situaciones genocidas. Véase: Arendt (2013).

⁵⁰ Tampoco el Estatuto de Roma, aunque los Elementos de los Crímenes se refieren a: “4. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción*”.

probatoria, pero sin que exima de específica prueba el requisito de la intencionalidad⁵¹.

Por su parte, la doctrina tiene en cuenta esta falta de previsión, pero en gran medida convienen en que este es un elemento implícito en la definición y que aunque es un elemento característico diferencial de los crímenes contra la humanidad, en realidad lo es de todos los crímenes internacionales, no tanto de distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, poniendo de manifiesto que la posibilidad de que estos crímenes internacionales, y específicamente el genocidio, no se lleven a cabo de forma colectiva o dentro de un contexto, es en realidad una mera hipótesis de laboratorio (Schabas, 2009)⁵².

Aunque convengamos en que la consideración del genocidio como delito de difícil o imposible comisión individual o de delito de característica comisión colectiva no es exactamente equivalente a que se trate de un delito organizado o planificado, en el sentido de responder a un plan, política, etc., ésta es, en realidad, la hipótesis más plausible, que no puede ser desconocida, y que además debería ser tenida como hipótesis de base, por lo que cualquier definición de genocidio que pivote sobre la persecución de determinada finalidad, no se referirá tanto a la intencionalidad de sujetos individuales específicos sino a la introducida por las personas o situaciones de contexto que verdaderamente rigen y dirigen los actos hacia una determinada finalidad.

La actitud psicológica frente a esa finalidad de los sujetos perpetradores de los actos subyacentes puede abarcar una amplia horquilla y lo que será necesario determinar es los límites de la responsabilidad penal, pudiendo incluso hipotéticamente llegar hasta las formas imprudentes. En cualquier caso, no tiene porque ser coincidente el dolo incorporado a los actos subyacentes en sí mismos considerados y el

⁵¹ En el Caso *Jelisić* (TPIY, 5/07/2001, párr. 48), aparece que no es un ingrediente legal. Sin embargo, sí le da valor como factor a tener en cuenta a efectos probatorios. En el mismo sentido ver: caso *Krstić* (Appeal Judgement), 19/04/2004, párr. 225; caso *Nchamihigo* (Appeal Judgement), 18/03/2010, párr. 363; caso *Rukundo* (Appeal Judgement), 20/10/2010, párrs. 62 y ss.

⁵² Para un análisis más detallados sobre el elemento contextual véase el capítulo 12 del presente volumen: El principio de *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio, por Héctor Olasolo, Daniela Suárez, y María Paula López.

referido a la intencionalidad destructiva de grupos protegidos de dichos actos (Ambos, 2009, p. 834).

Por tanto, parece necesario distinguir entre que, por sus propias características, los actos genocidas sean realizados normalmente por una pluralidad de sujetos concertados o no, pero que intervengan en actos por su naturaleza colectivos, y que el genocidio sea un delito estructuralmente colectivo y de naturaleza planificada u organizado.

A ello probablemente respondería la verdadera razón de introducir la exigencia de intencionalidad, como forma de expresar que se ha de tratar de un delito intencionalmente dirigido, incluso desde fuera del hecho, a la destrucción en todo o en parte de uno de los grupos protegidos, lo que quedaría expresado precisamente a través del recurso a la intencionalidad de los actos, en el sentido de que no tiene por qué atribuirse ésta a un sujeto activo concreto y menos a algunos de los ejecutores de los actos subyacentes potencialmente genocidas.

En definitiva, lo que se mantiene es que la intencionalidad no tiene, pues, por qué estar vinculada a una voluntad individual, sino que puede ubicarse en un sujeto colectivo⁵³ formal o informal, o incluso en una secuencia de actos externos con el que dialoga y a la que se incorpora este otro acto, aunque no puede permanecer oculta, sino que debe ser evidente o al menos manifestarse de alguna forma para incorporarse como atributo o finalidad de los actos subyacentes para que sean genocidas.

La intencionalidad de destruir total o parcialmente el grupo en todo caso sería exigible en quien o quienes dominan, no tanto los específicos actos subyacentes materialmente genocidas, sino la actividad genocida en su conjunto, pero como se indica, es posible, al menos en el plano hipotético, que se trate de un sujeto inidentificado o que la intencionalidad de destruir esté incorporada a un plan o política de

⁵³ Schabas (2009, pp. 243 y ss.) subraya la dimensión colectiva del crimen de genocidio. Aunque pudiere estar implícito en el concepto de crimen internacional como forma de distinción de otra clase de crímenes. En contra en el caso *Jelisić* [Trial (14/12/1999) and Appeal Chambers (5/07/2001)]. Los redactores rechazaron que se tratara de un delito premeditado en cuanto a sus actos concretos, pero no en cuanto a su globalidad. No lo exige explícitamente ni el Convenio de Genocidio ni los Estatutos del TPIY ni del TPIR. También véase Krefš (2009).

Estado que no tenga un autor individual identificado, o fácilmente identificable, sino que corresponda a un sujeto político colectivo, más o menos difuso, o con una forma más o menos confusa de elaborar una política, que en todo caso tiene un carácter colectivo, tal como puede ser un gobierno, un gabinete de crisis, un partido político, un parlamento, etc. Igualmente es trasladable a otros sujetos individuales o colectivos no institucionales, paraestatales o sin más agentes externos en connivencia o no con estados, pero con igualmente capacidad de planificar políticas, estrategias o formas de actuación destructivas de grupos humanos, por razones políticas, económicas o de otro tipo.

Los sujetos individuales habrán de responder como integrantes del colectivo, o bien, en tanto que les sea atribuible en alguna medida la política o decisión, o tengan dominio real sobre ella, o en cuanto que ejecutores de ellas, sin papel propio en su planificación ni por tanto en la incorporación de alguna intencionalidad, ni tampoco les resultaría exigible ninguna clase ni grado de voluntad intencional propia.

Por otra parte, será necesario determinar a qué título habrán de responder los únicamente autores intelectuales por lo hecho por los otros autores materiales de los delitos subyacentes, entrando aquí en juego todos los dispositivos jurídicos y reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales, desde la empresa criminal común en todas sus variantes, la responsabilidad del mando y la autoría mediata por dominio de grupos organizados de poder⁵⁴.

⁵⁴ Para más detalle a cerca de la empresa criminal común véase el capítulo 16 del presente volumen: La responsabilidad por genocidio conforme al concepto de empresa criminal común: particular atención a la jurisprudencia relativa a la tercera categoría, por Ania Salinas. Para más detalle sobre la responsabilidad de mando véase el capítulo 17 del presente volumen: La responsabilidad por genocidio conforme al concepto de responsabilidad del superior, por Tomas K. Manguel.

2. LAS OTRAS FORMAS DE GENOCIDIO: DEL GENOCIDIO CULTURAL AL DIRIGIDO CONTRA LOS GRUPOS SOCIALES, POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS

2.1. *El genocidio cultural*

No es novedoso decir, que el concepto general actual que ha primado de genocidio, derivado de la falta de su expresa previsión por parte de la Convención, parece limitarse exclusivamente a reconocer la intención de destruir únicamente por medios físicos o biológicos. Esta, al menos aparente exclusión de cualquier otro medio destructivo encuentra su fundamento en los *travaux préparatoires* de la Convención⁵⁵, en los que fue rechazada por la 6ª Comisión de AGNU el borrador propuesta del artículo III, que incluía una mención expresa al genocidio cultural⁵⁶, de acuerdo con el mandato recibido por parte de la AGNU (Resolución 96(I) AGNU, nota 6), especialmente por el voto en contra de los en aquel momento numerosos estados afectados por temas coloniales⁵⁷. Esta esa claramente la posición que adopta unánimemente la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁵⁸.

⁵⁵ La Comisión de Derecho Internacional, al redactar un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, que presentó a la Comisión preparatoria del Estatuto de la CPI, examinó de cerca los *travaux préparatoires* de la Convención para dilucidar el significado de término “destruir” en la descripción de la Convención en relación con la intención requerida. La Comisión concluyó: “*Como se muestra claramente por los travaux préparatoires de la Convención, la destrucción en cuestión es la destrucción material de un grupo, ya sea física o por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, cultural u otra de un particular grupo*” (International Law Commission, 1996, pp. 90-91).

⁵⁶ Los borradores de la Convención preparados por el Secretario General en la segunda sesión de la AGNU en 1947 y en el preparado por el Comité *ad hoc* sobre genocidio se refieren a actos de genocidio cultural como: “*Cualquier acto deliberado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo, como prohibir el uso del idioma del grupo en las relaciones diarias o en las escuelas o la impresión y circulación de publicaciones en el idioma del grupo, o destruir o impedir el uso de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares de culto u otras instituciones culturales y objetos del grupo*”.

⁵⁷ Por 25 votos contra 16, con 4 abstenciones (AGNU, sexto comité, 1948).

⁵⁸ Véase: fiscal en el caso *Semanza* (TPIR, 15/05/2003, párr. 315); *Krstić* (TPIY, Appeal Judgement, 19/04/2001, párr. 25): “*La Convención sobre Genocidio, y el derecho internacional consuetudinario en general, prohíben solo la destrucción física o biológica de un grupo humano. La Sala de Primera Instancia reconoció*

Sin embargo, la idea del genocidio cultural se encuentra en las propias bases de la construcción del concepto de genocidio elaborado por Lemkin con la llegada del Nacional Socialismo al poder en 1933. Además de los *actos de barbarismo*, comprensivos de acciones opresivas y destructivas dirigidas a personas como miembros de grupos nacionales, religiosos o raciales, se refirió a los *actos de vandalismo*, alusivos a la maliciosa destrucción de obras de arte y cultura⁵⁹ (Lemkin, 1946, p. 91), siendo el crimen de genocidio una conjunción de ambos.

No obstante, esta exclusión expresa que se afirma choca con que, en la definición y específicamente entre los delitos subyacentes genocidas, se mantuviera la referencia al traslado forzoso de niños de un grupo a otro (art. II (e) de la Convención), que inicialmente fue concebido como una forma de genocidio cultural (Van Krieken, 2004) y que resulta difícil de entender y de encontrar otra explicación plausible si no es bajo esa consideración⁶⁰. Aunque, ciertamente, debe admitirse que es una expresión muy insuficiente del genocidio cultural, y no puede afirmarse que con ello se esté introduciendo una protección específica contra formas de genocidio cultural, en el sentido de destrucción del grupo a través de medios de destrucción cultural en exclusiva, si consideramos que si se está produciendo un reconocimiento conceptual expreso del genocidio cultural en la propia definición de genocidio⁶¹.

expresamente esta limitación, y evitó cualquier definición más amplia. Declaró: “El Derecho internacional consuetudinario limita la definición de genocidio a aquellos actos que buscan la destrucción física o biológica de todo o parte del grupo. Una empresa criminal atacando solo las características culturales o sociológicas de un grupo humano, para aniquilar estos elementos que le dan a ese grupo su identidad propia distinta del resto de la comunidad, no entraría en la definición de genocidio (Krstić TCh 580)”. Véase también: CIJ, Croacia c. Serbia, 3/02/2015, párr. 136.

⁵⁹ “World culture is only as strong and vital as the spiritual forces which are brought to it by various contributing peoples. If these peoples are annihilated, their cultural heritage is also destroyed. The destruction of a people by genocide results in an immediate, irretrievable loss to world culture” (Lemkin, 1946, p. 364).

⁶⁰ Lógicamente, el traslado de un niño de un grupo a otro lo que fundamentalmente impide es la transmisión y conservación de los elementos culturales del grupo, que no se ve afectado ni física ni biológicamente por ese traslado.

⁶¹ Al respecto, aunque sin gran desarrollo, resulta interesante y recomendable la lectura de la opinión parcialmente disidente a la sentencia Krstić (TPIY, 2/08/2001), juez Mohamed Shahabuddeen. En el refiere lo que considera ciertas inconsisten-

La primera distinción por efectuar se refiere, pues, a la propia definición de genocidio cultural, que ha sido entendido de múltiples formas, además de por razones conceptuales, por su relación con las otras manifestaciones del genocidio.

Así, de forma general, es entendido como el exterminio de una cultura sin que implique el de los miembros del grupo (Gilbert, 2017), es decir, como forma de genocidio específicamente cultural, en el sentido de que el genocidio se produce a través de la destrucción de la cultura o de los nexos culturales que cohesionan al grupo y no por otros medios.

Sin embargo, esta acepción debe convivir con aquellas otras más presentes en la realidad que se refieren a la destrucción de los aspectos culturales de un grupo, como una forma de extinción del grupo, pero que normalmente actúa junto con las otras formas, bien sea destrucción física o biológica o ambas, como formas de destrucción del grupo y de los individuos que lo integran y es tratado habitualmente por la jurisprudencia como un elemento que facilita la prueba de la intencionalidad genocida⁶².

Nos interesa señalar en estas meras líneas introductorias, que el genocidio cultural como fenómeno, tiene características propias, que desbordan ampliamente lo que hemos venido llamando el paradigma del holocausto, como hemos visto, centrado en la destrucción física, bien a través de violencia física directa, por medio, normalmente, de actos de gran impacto, violencia y letalidad, habitualmente como actos concentrados, singulares e identificables, lo que ha permitido

cias cuando se exclusiviza en la destrucción física y biológica del grupo y se olvida que muchos de los actos genocidas de la definición no tienen esa potencialidad existiendo un decalaje con la intencionalidad perseguida, vislumbrándose el carácter de unidad social de los grupos. No considera finalmente que existan bases para hablar de genocidio cultural, por los medios destructivos, pero deja entrever que el genocidio cultural estuviera en la definición de genocidio (párr. 48-54).

⁶² En el caso *Krstić* (TPIY, 2/08/2001, párr. 580): “[...]cuando hay destrucción biológica a menudo hay ataques simultáneos contra la propiedad cultural y religiosa y símbolos del grupo objetivo también, ataques que pueden considerarse legítimamente como evidencia de una intención de destruir físicamente al grupo. En este caso, la Sala de Primera Instancia tendrá en cuenta como evidencia de la intención de destruir al grupo, la destrucción deliberada de mezquitas y casas perteneciente a miembros del grupo”.

apreciar concretos episodios o actos de genocidios⁶³ en el curso de una situación de violación masiva de derechos humanos más amplia, atribuyéndose a grupos o personas concretas, autores de específicos actos subyacentes.

Sin embargo, el genocidio cultural se manifiesta de una manera diferente, como fenómenos que adquieren la consideración en muchos casos de procesos que se desarrollan a lo largo de un gran lapso de tiempo, secuenciándose diferentes actos destructivos culturales, combinados o no con actos de violencia física, por sí mismos no de intensidad suficiente para ser considerados como actos de genocidio, aunque puedan serlo de otros crímenes internacionales o de violación de derechos humanos. Los actos de destrucción cultural pueden tener manifestaciones múltiples, que pueden ir de los más notorios a los más sutiles, en muchos casos mediante actos de prohibición cultural o políticas culturales tendentes a la absorción o asimilación cultural en cualquier caso con poco que ver con actos de violencia física letal y masiva. Por ello, en muchas ocasiones, no se referirá a la destrucción de un solo grupo, sino del mosaico de todos aquellos que por razones fundamentalmente culturales se diferencian del grupo dominante que impone su cultura. Por otra parte, frecuentemente, serán acompañados de otras manifestaciones de imposición de condiciones de vida tendentes a la destrucción del grupo, dirigiéndose o estableciendo otras formas o métodos de destrucción, como las referidas a las condiciones básicas de vida, de entornos medioambientales apegados a las formas de vida y cultura, entremezclándose con el ecocidio y con frecuencia también de otros actos de violencia física puntual, pero repetitiva y selectiva, de fuerte impacto coactivo, aunque no se traten de actos de violencia masiva.

⁶³ Por ejemplo, la Fiscalía del TPIY ha planteado cargos de genocidio por específicos episodios dentro del amplio marco de la guerra en Bosnia Herzegovina. En los episodios referidos a las “Municipalidades” y de Srebrenica, a la finalización del conflicto. Respecto del primero, este cargo ha sido sistemáticamente rechazado por el Tribunal, tanto por las Salas de enjuiciamiento como de Apelación. El argumento ha sido reiteradamente la falta de prueba del “intent” genocida en los diferentes sujetos acusados, más que la negación de que los hechos pudieran ser considerados como genocidios. Sin embargo, el criterio ha sido abiertamente diferente en el episodio de Srebrenica, por el que han sido condenados por el delito de genocidio varios líderes políticos y militares serbios.

No corresponde a esta introducción adentrarse más en la consideración de estas otras diferentes formas de entender el concepto de genocidio, solo, al hilo de ellas, dejar constancia de una reflexión respecto a la interpretación actual del concepto de genocidio contenido en la Convención⁶⁴.

Fundamentalmente, la de si necesariamente debe acudirse una y otra vez a los *travaux préparatoires* como base de interpretación, prácticamente principal y única, de genocidio. Criterio retroalimentado de forma circular y tautológica por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que acuden a ellos sin desgajarlos del momento socio-político internacional en que se produjeron, atendiendo fundamentalmente a una realidad marcada por los episodios de violencia extrema, que constituyen sus antecedentes, configurando un modelo o paradigma determinado.

Siete décadas después de su aprobación internacional, entendemos que no se puede tener por inmutable y válido como una realidad universal que ha de regir en todo momento y lugar y que por ello debe ser revisado, llenándose de la realidad del momento de su aplicación. Si no en las formas de protección directas expresamente establecidas (internacional penal individual e internacional de los Estados a través de la Corte Internacional de Justicia), indudablemente más complejas y formales, sobre todo en el caso de la protección penal internacional, sí en los distintos niveles de protección que se establecen o derivan de la Convención.

No existe razón jurídica que excluya a la Convención, de los principios y reglas interpretativas de los Tratados, fundamentalmente las contenidas en la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados de 1969, que hace referencia también a las circunstancias de su celebración⁶⁵, que marcan de forma indeleble el resultado alcanzado, pe-

⁶⁴ Para más detalle véase los capítulos 5, 6 y 7 del presente volumen: ¿Otras formas de genocidio?, por Ricardo Izquierdo y Ana Lucía Ugalde; La contribución iberoamericana a la evolución del delito de genocidio: particular atención a la ampliación de los grupos protegidos en la jurisprudencia de Argentina y España, por Elena Maculan; El genocidio político en Ibero-América: particular atención a su desarrollo legislativo y jurisprudencial en Colombia, por Lucía Carcano.

⁶⁵ El artículo 32 de la Convención de Viena se refiere a los “*medios de interpretación complementarios*” y dispone que “*se podrán acudir a medios de interpreta-*

ro precisamente por ello y por el propio significado de la Convención que acomete la tarea de crear una definición internacional de genocidio para dar protección a la humanidad contra su práctica, requiere que se distingan entre los aspectos nucleares del genocidio y los meramente contingentes. Lo central, lo nuclear es la protección de los grupos humanos frente a los ataques que pretendan su destrucción. Lo accesorio, al menos en términos sociológico-jurídico, los mecanismos y dispositivos para su protección. La cristalización se haya producido por su traslación al ámbito internacional penal de los conceptos no tiene por qué implicar un proceso ni irreversible ni de revisión imposible ni que el concepto no evolucione de acuerdo al ámbito específico en el que se aplique. Se trata simplemente de distinguir los diferentes niveles y campos de actuación de la definición de la Convención.

A lo largo de esta introducción, aunque sin teorizar expresamente al respecto, hemos hecho continuas referencias a un importante aspecto que tiene efectos en la aplicación práctica de la Convención, nos referimos al de la protección multinivel frente al genocidio, que otorga, y que comporta diferencias sustanciales en cuanto al valor normativo de la definición que contiene.

Lamentablemente, debemos llamar la atención sobre la en general falta de interés por parte de los Estados en apropiarse del concepto y su desarrollo en el orden legislativo interno, limitando las posibilidades de este nivel de protección estatal del genocidio. Su interés, salvo en muy contadas ocasiones ya referida algunas de ellas es exclusivamente el cumplimiento formal de sus obligaciones internacionales, trasladando el concepto de la Convención o el del Estatuto de Roma, pero desentendiéndose de crear un sistema eficaz de protección en el orden interno de minorías, reduciendo la protección al mínimo imprescindible. Ello también ha contribuido sobremanera y de forma decisiva a una falta de desarrollo, no solo a este nivel, sino incluso general, del concepto de genocidio, evitando la formación y construcción de un concepto fuerte, más amplio y más acorde con la realidad actual, en el derecho internacional consuetudinario.

ción complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”.

No obstante, en la práctica jurisprudencial de los Estados se encuentran algunas importantes y significativas excepciones, entre ellas cabe citar, por supuesto el caso *Jorgić*⁶⁶, que introduce el concepto de grupo como entidad social y que su destrucción se refiere a la de los lazos y vínculos sociales entre sus miembros. Esta interpretación ampliada, más que del concepto de grupo, de las formas de destrucción más allá de las meramente físicas o biológicas a las que llega el Tribunal alemán, de acuerdo con su propia ley interna, ha sido avalada, aunque sea como mera posibilidad interpretativa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, caso *Jorgić c. Alemania*, 12/07/2007, párr. 105 y ss.). Este planteamiento jurisprudencial ha sido recientemente ratificado en el asunto *Rwabukombe* (Tribunal Regional de Frankfurt, 18/02/2014; Tribunal Federal de Justicia, 21/05/2015; Tribunal Regional de Frankfurt, 29/12/2015)⁶⁷.

Una última reflexión derivado de una lectura de la Convención, como un sistema de protección multinivel de las minorías frente al genocidio, nos lleva a la necesidad de plantearnos que el concepto jurídico internacional de genocidio no puede verse constreñido al exclusivamente penal, que corresponde a una cristalización más o menos acertada de los términos iniciales de la Convención y cuyas posibilidades interpretativas quedan enormemente reducidas por las propias características y limitaciones derivadas de la observancia estricta del principio de legalidad penal y de prohibición de la interpretación contra reo de la norma penal.

Por tanto, no puede vincularse de ninguna manera el concepto actual de genocidio en el Derecho internacional consuetudinario con el contenido de la redacción inicial de la Convención, como tampoco la interpretación de ésta puede quedar circunscrita a la interpretación posible desde el punto de vista de la protección penal que confiere. Otras aproximaciones e interpretaciones actuales son posibles, aunque la prudencia obligue a que desplegarán sus efectos, siguiendo una geometría variable, es decir, de forma diferente en la protección internacional penal, que en la responsabilidad estatal bien sea ante la

⁶⁶ Desde el punto de vista de las jurisprudencias de los Estados, especial mención requiere el asunto *Jorgić* de la Corte Federal de Justicia (30/04/1999) y Corte Constitucional Federal Alemana (12/12/2000, par. III) 4) a) aa).

⁶⁷ Para más información véase: Kroker (2011) y Kersting (2016).

Corte Internacional de Justicia, como eventualmente ante los sistemas de protección regional por acciones estatales o incumplimientos de deberes o garantías establecidos en los instrumentos regionales de derechos humanos o en última instancia a través de la responsabilidad penal en el ámbito interno de los Estados.

2.2. Grupos políticos e ideológicos

Aunque los primeros se incluyeron en la definición persecución contenida en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, no se incluyeron en la definición de genocidio contenida en la Convención porque este tipo de grupos no se consideraban suficientemente estables para los fines de este delito⁶⁸. Se trataría en todo caso de subgrupos, dentro del mismo grupo nacional y resulta cierto que su identificación como grupo político es contingente y poco estable, por lo que, aunque pudiera tener sentido la exclusión por dicha razón, no son cuando se trata de grupo ideológico estable, identificado y singularizado por compartir una misma ideología.

No queda justificado tampoco en este caso porque la protección se contrae exclusivamente a los cuatro tipos de grupo que se refiere en la definición, lo que resulta difícil de compatibilizar con una sociedad actual en la que el valor de la igualdad de trato y el desvalor de la discriminación cobra una singular importancia, en plano de los individuos, pero esta especial sensibilidad se proyecta al trato de las minorías consideradas en su dimensión grupal. Pensemos en todo el conjunto de minorías vulnerables debido a una determinada tendencia sexual y cuya vulnerabilidad puede implicar incluso el poder ser objeto de prácticas de exterminio.

En realidad, caben hacer las mismas apreciaciones y comentarios que respecto de las otras exclusiones igualmente injustificadas desde el punto de vista actual y nos llevan a idéntica reflexión de que este tipo de grupos humanos merece la misma o similar protección que los expresamente mencionados en la Convención.

⁶⁸ El informe de la International Law Commission (1996) añade: “*Sin embargo, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político podría constituir un crimen de lesa humanidad como se establece en el artículo 18, inciso (e) del Código*”.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Convención del genocidio responde a la urgencia por parte de la comunidad internacional, en el curso del proceso de reconstrucción de la legalidad internacional, tras su colapso y la destrucción masiva de los derechos humanos durante la II guerra Mundial, con manifestaciones extremas como el holocausto judío y gitano, de dar entrada a un sistema de protección de los grupos humanos, bien fueran naciones u otros grupos identitarios, y no solo de los individuos, haciéndolo gravitar especial y simbólicamente en la responsabilidad individual de las personas, a través del derecho penal, constituyendo el inicio de un sistema de derecho penal internacional, conectando directamente con la nueva cultura de responsabilidad de los máximos perpetradores de crímenes internacionales resultante de los juicios del Tribunal de Núremberg y del Tribunal del Lejano Oriente.

Para ello, se establecen las bases para la definición del crimen de genocidio, sobre la base de un paradigma que ha permanecido subsistente hasta la actualidad. Las llamativas exclusiones de la Convención —grupos sociales diferenciados, políticos e ideológico, destrucción cultural— responden en gran medida a las mismas causas y sobre todo los intereses de los estados en no comprometer sus políticas respecto a sus minorías nacionales.

La definición jurídica del crimen de genocidio no es en sí mismo un tipo penal, ni puede ser inmediatamente interpretado como tal, ni agota todas las posibilidades o manifestaciones que históricamente ha tenido esta conducta de destrucción de grupos.

Constituye sobre todo un mandato, además de una autorización para perseguir internacionalmente y en el ámbito interno de los estados determinadas conductas, como delito de genocidio. Construye además un sistema multinivel de protección internacional de minorías, que abarca, desde la responsabilidad penal internacional individual, a la responsabilidad penal a escala estatal, hasta la responsabilidad de los Estados también de diferentes formas, ante la Corte Internacional de Justicia y por otros medios ante instancias internacionales de derechos humanos, que incluso aún estarían por explorar.

Desde estas perspectivas, las estrictiones y exclusiones en la definición carecen de verdadera justificación conceptual y jurídica, sin fundamento para ser mantenidas en la actualidad.

Además de que proyectan negativas visiones sobre la capacidad de protección de la Convención y sobre la eficacia del Derecho Penal Internacional, explican muy insatisfactoriamente el limitado alcance y eficacia de la protección de los grupos humanos que se dispensa en la actualidad a determinados grupos humanos víctimas de agresiones, aparentemente menos letales y más sutiles, pero sostenidas en el tiempo, que producen efectos igualmente destructivos.

Por tanto, el reto actual para la academia, los juristas y la comunidad internacional, en cuanto que interesados en la protección eficaz de los derechos humanos, se debería centrar, no tanto en el estudio y consolidación del modelo resultante del paradigma del Holocausto, sino en recuperar la esencia misma del crimen de genocidio y despojarse de los aditamentos puramente accesorios que lastran la aplicabilidad efectiva de la Convención, ampliando la protección, sino la penal internacional que ciertamente es un proceso más largo y complicado, sí las penales internas de los Estados y la responsabilidades de éstos, a las nuevas y no tan nuevas manifestaciones del genocidio, que no deben verse lastradas por la tipificación penal del genocidio en la forma en como se ha cristalizado en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales.

Madrid, 15 de noviembre de 2019.

José Ricardo de Prada

*Magistrado del Mecanismo de los Tribunales
Penales Internacionales
Magistrado de la Audiencia Nacional de España*

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2009). What does “intent to destroy” in genocide mean? *International Review of the Red Cross*, 91(876), pp. 833-858.
- Arendt, H. (2013). *Eichmann en Jerusalén*. Madrid: Lumen.
- Cassese, A., Melacrino, A. P., y de Madariaga, B. R. (1993). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel
- Gehrig, K. (1986). *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.
- Gilbert, J. (2017). Perspectives on Cultural Genocide: From Criminal Law to Cultural Diversity. En DeGuzman, M. M., y Amann, D. M. (Eds.). *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*. Oxford: Oxford University Press. pp. 321 y ss.
- Greenawalt, A.K. (1999). Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation, *Columbia Law Review*, 99
- Heidegger, M. (2005). *Ser y Tiempo*. Santiago de Chile: Editorial universitaria.
- Henkin, L. (1989). *International law: politics, values and functions: general course on public international law*. M. Nijhoff
- Kersting, N. (2016). La poursuite pénale du génocide rwandais devant les juridictions allemandes: L'intention de détruire dans l'affaire “Onesphore Rwabukombe”, *La Revue des droits de l'homme*.
- Kreß, C. (2005). The Darfur Report and genocidal intent. *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 562-578.
- Kreß, C. (2009). The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), pp. 297-306.
- Kroker, P. (2011). Universal Jurisdiction in Germany: The Case of Onesphore R. before the Higher Regional Court in Frankfurt. *German Yearbook for International Law*, 54, p. 671-687.
- Lemkin, R. (1944). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires: Prometeo (ed. 2008)
- Lemkin, R. (1946). Genocide a New International Crime Punishment and Prevention. *Revue Internationale de Droit Penal*, 17(3)
- Maculan, E. (2019). *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Madrid: Marcial Pons.
- Schabas, W.A. (2009). *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Van Krieken, R. (2004). Rethinking Cultural Genocide: Aboriginal Child Removal and Settler-Colonial State Formation. *Oceania*, 75(2), pp. 125-151.
- Van der Wilt, H. G. (2006). Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: Reflections on the van Anraat case. *Journal of International Criminal Justice*, 4(2), pp. 239-257.
- Vest, H. (2007). A structure-based concept of genocidal intent. *Journal of international criminal justice*, 5:4, pp. 781-797.

Jurisprudencia nacional

Alemania

- Corte Federal de Justicia – Bundesgerichtshof, Third Criminal Chamber. (30 de abril de 1999). Caso *Jorgić*, 3 StR 215/98.
- Corte Constitucional Federal Alemana. (12 de diciembre de 2000). Caso *Jorgić*, 2 BvR 1290/99.
- Tribunal Regional de Frankfurt. (18 de febrero de 2014). Caso *Rwabukombe*, 5-3 StE 4/10-4-3/10,
- Tribunal Federal de Justicia, Tercera Sección Penal. (21 de mayo de 2015). Caso *Rwabukombe*, 3 StR 575/14.
- Tribunal Regional de Frankfurt. (29 de diciembre de 2015). Caso *Rwabukombe*, 3 StE 4/10.

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia. (14 de febrero de 2001). Sentencia C-177/01.

Jurisprudencia Internacional

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia

- TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-T.
- TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.
- TPIY. (20 de marzo de 2019). Caso *Radovan Karadžić*. No. MICT-13-55-A,
- TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.
- TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.

Tribunal Internacional Penal para Ruanda

- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.
- TPIR. (18 de marzo de 2010). Caso *Siméon Nchamihigo*. No. ICTR-2001-63-A.
- TPIR. (20 de octubre de 2010). Caso *Emmanuel Rukundo*. No. ICTR-01-70.
- TPIR. (21 de mayo de 1999). Caso *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. No. ICTR-95-1-T.
- TPIR. (15 de mayo de 2003). Caso *Laurent Semanza*. No. ICTR-97-20-T.

Corte Internacional de Justicia

- CIJ. (28 de mayo de 1951). Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Opinión Consultiva.
- CIJ. (13 de septiembre de 1993). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Opinión Separada de Juez Lauterpacht.
- CIJ. (26 de febrero de 2007). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).
- CIJ. (18 de noviembre de 2008) *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia c. Serbia). Excepciones Preliminares.
- CIJ. (3 de febrero de 2015). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia c. Serbia).

Corte Penal Internacional

- CPI. (2000). Elements of Crimes of the International Criminal Court, ICC-ASP/1/3, párr. 108, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2

Otras Referencias

- International Law Commission. (1996). Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Vol. II, Part Two
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary – General, Pursuant to the Security Council Resolution 1564*.
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1946). El crimen de genocidio. UN Doc. A/RES/96(I) (11 de diciembre). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/es/A/RES/96(I)).
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU) Sexto Comité. (1948). 3rd Session, 82nd Meeting, UN Doc A/C.6SR.82. (23 de octubre).
- Naciones Unidas (2014). *Marco de análisis para crímenes atroces: una herramienta para la prevención* (Reimpresión 2018). Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf.

Crónica de una matanza anunciada o crónica de un genocidio anunciado

El 28 de junio de 1989, el líder serbio Slobodan Milosevic *invadió* Kosovo junto a un millón de sus conciudadanos para conmemorar el 600 aniversario de la derrota del zar Lazar Hrebeljanović en 1389 por un poderoso ejército turco en el Campo de los Mirlos, una explanada que se encuentra a 15 kilómetros de Pristina, la capital de la entonces provincia autónoma de Yugoslavia.

Su discurso fue apocalíptico. Muchos serbios lo sintieron como la reencarnación del zar, muerto en el campo de batalla. Sitúo la Gran Serbia en todo aquel lugar donde hubiese población serbia. Sabía que el comunismo agonizaba, aunque todavía quedaban meses para que se desplomase el muro de Berlín. Utilizó un ultranacionalismo zafio como carburante para mantenerse en el poder a cualquier precio.

La noria balcánica comenzaba a girar y extraer agua turbia. Un año después, las instituciones autonómicas de Kosovo fueron clausuradas. Los albanokosovares se defendieron con elecciones clandestinas y la construcción de un sistema educativo y sanitario paralelos al del gobierno serbio, financiado con las contribuciones de centenares de miles de emigrantes albanokosovares que vivían y trabajaban en los países centroeuropeos.

Los vientos de guerra comenzaron a sacudir los Balcanes a mediados de 1991 coincidiendo con la fiebre de Maastricht. Se hablaba de la unidad europea al mismo tiempo que se iniciaba la desintegración de Yugoslavia tras los primeros conflictos armados de Eslovenia y Croacia. Era el preciso momento para parar los pies al líder serbio.

Pero la Europa de los privilegios ya padecía de un gigantismo económico compulsivo y de un enanismo político patológico cuando había que decidir cuestiones de vital importancia. Los dirigentes europeos, embutidos de una ceguera y un cinismo incomprensibles, van a ser corresponsables de una década de violencia descarnada en su patio trasero con centenares de miles de muertos, decenas de miles de desaparecidos, decenas de miles de mujeres y niñas violadas, millones de refugiados y desplazados y un retroceso económico de décadas en la mayor parte del territorio que formó parte de Yugoslavia.

La retórica y la cobardía de aquellos hombres sin sentimientos ni atributos permitieron a los matarifes arrasar sin apenas oposición las instituciones que habían servido de equilibrio entre los diferentes pueblos balcánicos durante décadas. Si alguien comete un error de bulto en su trabajo, se le rescinde su contrato. Pero en la política, y más aún en la diplomacia, los parámetros son muy distintos: los que fueron permisivos con la matanza de centenares de miles de inocentes, los que cerraron los ojos antes los campos de concentración y la violación sistemática de todos los derechos humanos, siguieron en sus puestos durante muchos años.

La corresponsabilidad de Europa en la catástrofe balcánica fue tan grave que el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia se tendría que haber planteado juzgar a los principales dirigentes y diplomáticos europeos de la época. Porque se es culpable por acción, pero también por omisión.

La guerra de Eslovenia apenas fue una escaramuza que duró una decena de días y que mató a un puñado de combatientes y civiles. El ejército federal de Yugoslavia se olvidó rápidamente de este país en el que apenas vivía población serbia y centró los ataques militares en Croacia.

Su infantería, aviación y marina estaban formadas por 180.000 soldados, casi 2.000 carros de combate y un número similar de piezas de artillería, 450 aviones entre los que destacaban 29 MIG 29, y 200 helicópteros. Era un ejército formado con un 70% de oficiales serbios, bastante más homogéneo de lo que era la población de aquel conglomerado de pueblos, religiones y etnias que había sido gobernado por la batuta del dictador Josip Broz Tito. Con gran rapidez se repartieron 6.000 morteros a las milicias serbias de Croacia para que impidiesen dormir una sola noche al millón y medio de personas que vivían en las zonas conflictivas.

Otto von Bismarck, el unificador de Alemania, lo había advertido antes de morir a finales del siglo XIX: “Cualquier condenada tontería en los Balcanes provocará una guerra europea”. La historia le dio la razón. El asesinato en Sarajevo del archiduque Francisco Fernando de Hasbsburgo, heredero del trono del imperio austro-húngaro, aceleró las rivalidades entre los imperios europeos y fue uno de los desencadenantes de la Primera Guerra Mundial en 1914.

A finales del siglo XX, de nuevo la estabilidad europea era cuestionada en los Balcanes ante la inoperancia total y la falta de reflejos de sus responsables. El conflicto croata se extendió con gran rapidez por todo el territorio de Croacia. Los combates generalizados afectaron a la costa adriática, visitada durante la temporada estival por nueve millones de turistas justo un año antes del inicio de la contienda bélica. Yugoslavia, o lo que quedaba de aquel matrimonio de conveniencia que formaron serbios, croatas y eslovenos en 1918, caminaba hacia su descomposición sangrienta.

Pronto aparecieron los partidarios de saldar las viejas cuentas. Se empezaron a establecer paralelismos entre la situación de aquellos meses de 1991 y lo ocurrido en 1941, cuando un gobierno fascista pro-Hitler y dirigido por el movimiento croata Ustacha, ordenó cazar y asesinar a centenares de miles de serbios, judíos y gitanos. En las mismas ciudades donde se produjeron las matanzas de los años cuarenta se combatía con ferocidad en los noventa.

Sisak, Petrinja, Osijek, Vukovar fueron escenarios de las razias de los fascistas croatas contra los indefensos serbios durante la Segunda Guerra Mundial. Los métodos utilizados eran frecuentemente muy violentos. Los apoyaban sobre las vías de tren y los mataban destrozándoles la cabeza con un martillo. Los milicianos serbios actuales también utilizaban formas de matar incalificables para vengar a sus antepasados.

Como era imposible hablar de guerra étnica porque todos eran de origen eslavo, se utilizó el antagonismo religioso para justificar el terror en una sociedad con una inmensa mayoría de la población laica y atea después de cuatro décadas de comunismo. Era como rebobinar la historia y volver siglos hacia atrás a un tiempo de interminables guerras de religión que destruyeron la convivencia en Europa.

La guerra de Croacia apenas duró seis meses durante la segunda mitad de 1991. 10.000 personas murieron, un millar desaparecieron, cientos de miles huyeron de sus lugares de origen y decenas de miles de casas quedaron destruidas. Los casi tres meses de cerco provocaron la destrucción total de Vukovar. Centenares de prisioneros y civiles fueron masacrados en la ciudad conocida como el Álamo de Croacia. Hoy todavía se buscan a centenares de desaparecidos de las matan-

zas perpetradas por los radicales serbios cuando asaltaron su casco urbano.

“El horror que vive Bosnia supera la imaginación humana”, me dijo José María Mendiluce, enviado especial del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en la antigua Yugoslavia en Belgrado a finales de mayo de 1992. “Nunca he visto nada así. La población civil es objetivo militar, en muchos casos objetivo prioritario. Estamos ante una gran catástrofe humanitaria y, si la guerra no se interrumpe inmediatamente, los riesgos de que se extienda por todo Bosnia-Herzegovina son muy elevados”, continuó aquel hombre que tenía ya gran experiencia en zonas de conflicto en América Latina y África.

Confieso que no salí muy contento de la entrevista. Me pareció que estaba exagerando. Creí imposible que todo aquello que narraba estuviera pasando a menos de dos horas en avión de Frankfurt o Roma. Paramilitares masacrando, ayuda humanitaria bloqueada, centenares de miles de desplazados, miles de muertos. Una semana después le llamé para decirle: “Sentí que estabas exagerando durante nuestra entrevista, José María. Pero acabo de regresar del este de Bosnia y todo es aún peor de lo que describías”.

Un par de días después de mi entrevista con Mendiluce, una decena de periodistas internacionales salimos de Belgrado con la intención de llegar a Sarajevo. Sabíamos que el viaje iba a ser peligroso porque íbamos a atravesar zonas controladas por las milicias serbias obsesionadas con someter a un feroz acoso a las aldeas musulmanas del este de la república.

Atravesamos un puente sobre el río Drina, la frontera natural entre Bosnia-Herzegovina y Serbia, y llegamos a Bratunac donde se encontraba el comando general de las fuerzas serbias. En las siguientes horas pudimos ver, aunque no fotografiar por prohibición amenazante de los radicales serbios, las cenizas de centenares de casas arrasadas y dinamitadas, cosechas quemadas y a los paramilitares retirándose de los pueblos después de robar las pertenencias de los aldeanos. La desolación era total, aunque no vimos cadáveres ni animales muertos.

La política de terror ya se había extendido por todo el valle bañado por el río Drina. Los lados de las carreteras estaban sembrados de carcasas de proyectiles de 100 milímetros de los carros de combate y

de vainas de munición de ametralladoras pesadas y fusiles de asalto. Tuvimos que retroceder al encontrarnos los puentes dinamitados. En Bratunac, uno de los comandantes serbios nos aseguró que no se trataba de una guerra militar sino religiosa y que nadie sabía cuándo iba a terminar. Acertó con su veredicto: “Será imposible convivir después de lo que está ocurriendo. Si quieren un estado musulmán que se vayan a Turquía u Oriente Medio”.

La artillería serbia estaba bombardeando una aldea alejada una docena de kilómetros. Se oían las explosiones con nitidez. Fue la primera vez que escuché el nombre de Srebrenica. Las observaciones que nos hicieron algunos oficiales de la inteligencia militar eran tan esquemáticas que asustaban. Nunca olvidaré la salida de aquel enclave serbio. Unos paramilitares se entretenían disparando a los perros vagabundos mientras columnas de humo ascendían y se diluían en un cielo cubierto de nubes.

Los gobiernos europeos fueron a contracorriente desde el inicio del nuevo conflicto balcánico en Bosnia-Herzegovina a partir de abril de 1992. Durante los primeros meses de la guerra, el panorama bélico facilitaba la intervención militar de la OTAN. Los radicales serbios, teledirigidos por Slobodan Milosevic desde Belgrado, eran los agresores, y el resto de la población entre los que se encontraban decenas de miles de serbios en desacuerdo con la política ultranacionalista del líder yugoslavo, los agredidos.

Cada pocos meses, se producía un rebrote de intervencionismo. Se especulaba con esa posibilidad durante unos cuantos días. Aparecían declaraciones rimbombantes y cínicas de diferentes líderes políticos y compendios sesudos sobre los pros y los contras de una intervención militar, se daban ultimatums por doquier. Los especuladores del dolor ajeno incitaban los ánimos de la opinión pública. El sufrimiento y la muerte de los niños eran utilizados como moneda efectista. Aquello recordaba al juego especulador de la bolsa. Las acciones pertenecían a una empresa multinacional llamada Europa.

Pero se trataba de una deliberada ceremonia de la confusión en la que se utilizaba cortinas de humo para engañar descaradamente a la opinión pública cada vez más sensibilizada por la horrible tragedia que se vivía en el patio trasero de la Europa comunitaria.

Si se decretó el embargo económico contra Serbia en mayo de 1992, que durante su primer año de vigencia, el más decisivo de la guerra, fue violado ostentosamente, era porque se consideraba a su gobierno responsable de lo que ocurría en la república vecina. Las atrocidades se cometían en territorio bosnio, pero las órdenes partían desde Belgrado, donde vivían plácidamente los máximos responsables.

Hubiese sido necesaria una política más contundente. Bombardear las posiciones artilleras de los radicales serbios que rodeaban ciudades como Sarajevo, Gorazde, Srebrenica, Zepa, Foca, etcétera. Destruir los puentes sobre el río Drina para impedir el aprovisionamiento bélico. Inutilizar las carreteras por donde llegaban los refuerzos que aseguraban el mantenimiento de los cercos. Eran objetivos fácilmente visibles desde el aire y todavía no había cascos azules de la ONU, que pudieran ser secuestrados y utilizados como moneda de chantaje, porque aún no se había decidido su despliegue.

A finales de junio de 1992, el presidente francés François Mitterrand hizo un viaje sorpresa a Sarajevo que sirvió para que una semana después el aeropuerto de la ciudad fuese abandonado por las fuerzas serbias que sitiaban la ciudad y entregado a la ONU. ¿Qué hubiera conseguido una política más contundente?

Pero los meses pasaron en balde. El plan de paz surgido de la Conferencia de Londres en agosto de 1992 provocó una nueva escalada en el conflicto. Con una ceguera increíble se decidió dividir Bosnia-Herzegovina en diez provincias semiautónomas. Croatas nacionalistas y musulmanes bosnios leales al gobierno del presidente Alija Izetbegovic comenzaron a pugnar por la parte del pastel territorial que quedaba fuera de las manos de los serbios. El estúpido plan diseñado por los diplomáticos Cyrus Vance y David Owen, hizo que Jajce, una ciudad de 45.000 habitantes, de los que el 75% eran croatas y musulmanes, quedase en manos serbias. O permitió que ciudades de mayoría musulmana como Gornji Vakuf pasasen a formar parte territorial de una provincia croata.

En enero de 1993 la tensión afectaba a todo el centro del país y a la ruta del río Neretva, vital para el paso de los convoyes humanitarios. Los combates entre croatas y musulmanes se generalizaron a partir de abril de ese año y la guerra se extendió en el territorio controlado por quienes habían sido aliados durante el primer año de guerra. Se puede

decir, sin ánimos de equivocarse, que el plan de paz instigó la guerra entre los antiguos aliados.

Los radicales serbios tampoco perdieron el tiempo. Continuaron limpiando los enclaves musulmanes de Bosnia oriental. Cercaron aún más pequeños pueblos como Zepa y Srebrenica, difíciles de encontrar en los mapas, donde se habían concentrado decenas de miles de desplazados que huían de las masacres generalizadas perpetradas por las milicias serbias durante su avance apocalíptico.

Los gritos de auxilio de los radioaficionados de estos enclaves lograron enternecer la conciencia oxidada de los dirigentes occidentales que decidieron en abril de 1993 el despliegue de aviones internacionales para vigilar el espacio aéreo de Bosnia-Herzegovina. A pesar de existir una resolución desde octubre de 1992 en la que se establecía una zona de exclusión aérea para toda la antigua república yugoslava, los aviones y helicópteros serbios la habían violado en más de quinientas veces en un puñado de meses.

En ese mismo mes, Sarajevo, Gorazde, Srebrenica, Zepa, Tuzla y Bihac fueron declaradas zonas protegidas por la ONU. A pesar de ello, los radicales serbios impedían sistemáticamente la llegada de ayuda humanitaria a los enclaves. Se opusieron a que se abriese el aeropuerto de Tuzla, vital para distribuir la ayuda humanitaria en todo el centro de Bosnia-Herzegovina, colapsado por los sangrientos combates entre musulmanes y croatas. En Srebrenica, una compañía canadiense estuvo atrapada durante semanas sin que los radicales serbios permitiesen su relevo.

La imagen de la ONU quedó seriamente dañada por los desastres de la guerra balcánica. Inmersa en un auténtico barrizal soporífero, sus diplomáticos no fueron capaces de conseguir ni el más mínimo triunfo parcial, pero, al mismo tiempo, cerraron la puerta a lo que era evidente: sin meter en cintura a los radicales serbios, nunca habría una paz definitiva en los Balcanes.

Establecieron un mandato para las Fuerzas de Protección de la ONU (UNPROFOR) que convirtió a militares occidentales de prestigio (paracaidistas y legionarios españoles, miembros de la legión extranjera francesa, fuerzas especiales británicas) en títeres de oficiales serbios borrachos y prepotentes y líderes mentirosos.

Bosnia-Herzegovina, un país donde la convivencia entre las diferentes comunidades era dogma de fe, estaba inmersa en una espiral de violencia cuyas consecuencias se iban a pagar durante décadas, tal como ocurrió y sigue ocurriendo. La comunidad europea rizó el rizo una vez más. En vez de defender la Bosnia de los ciudadanos, la permisiva y estimulante sociedad urbana que había construido un modelo de convivencia multirreligiosa en Sarajevo, Mostar, Tuzla y otras ciudades, legalizó los mapas “negociados” en conferencias como la de Londres o más tarde la de Ginebra, basados en las conquistas bélicas conseguidas bajo un manto de terror y odio.

Todavía recuerdo la indignación que provocaba entre los ciudadanos bosnios “los hombres de Ariel”, aquellos funcionarios y diplomáticos que se paseaban por Sarajevo vestidos de blanco con promesas de acuerdos de alto el fuego que jamás resolvían un conflicto ya enquistado y que se iban de allí sin que se le manchase la ropa a pesar de que cobraban escandalosos pluses de peligrosidad.

Puede parecer una anécdota sabrosa, pero da una idea de lo que pasaba un día sí y otro también en aquellos años. El sábado 24 de julio de 1993, el general Francis Briquemont, recién nombrado jefe de UNPROFOR, provocó las risas generalizadas de los periodistas que asistían a su primera rueda de prensa en Sarajevo al anunciar la consecución de un nuevo alto el fuego que entraría en vigor al día siguiente. El general belga, que hablaba un inglés deficiente, tuvo que hacer uso de su intérprete para entender lo que tanta gracia hacía a los periodistas, la mayoría veteranos de un conflicto que ya tenía visos de eternizarse.

Al día siguiente, los radicales serbios saludaron su llegada con una intensa salva de proyectiles y cohetes de todos los tamaños y colores. A primera hora de la tarde mantuvieron bajo fuego de mortero a un cuartel de la ONU durante cuarenta minutos. El autor de este texto se acercó al cuartel general de UNPROFOR para recabar información y allí se topó con el general Briquemont. “¿Entiende ahora las carcajadas de ayer, general?”, pregunté con sarcasmo. El general sólo me miró acongojado, pero fue suficiente para entender su estado de ánimo.

Seis meses después, este veterano general belga hizo las maletas y abandonó la misión sin optar por la renovación tal como antes había hecho su predecesor. Se fue sin mejorar su inglés, pero sí comprendió

que las promesas, por mucho que vayan refrendadas con fuertes apretones de manos entre supuestos caballeros militares, no sirven para nada en los Balcanes.

Esta anécdota resume la tragedia de la comunidad internacional que fue incapaz de establecer unas reglas de juego sin trampas en el avispero balcánico. En vez de enfrentarse a los hechos con contundencia llamando a las cosas por su nombre, optó por la indiferencia durante años, incapaz de distinguir a las víctimas de los verdugos, e incluso buscó sembrar la duda dejando entrever que los propios musulmanes disparaban morteros contra su propia población para provocar la repulsa internacional.

Cuando hablamos de comunidad internacional nos referimos evidentemente a la ONU y la Comunidad Europea, siempre a la espera de que el Gran Hermano estadounidense establezca la pauta a seguir y le saque las castañas del fuego. Pero también hablamos de una clase política europea que se consoló afirmando que era muy complicada la telaraña yugoslava. Hablamos de los intelectuales europeos incapaces de movilizarse, salvo un grupo extremadamente reducido, ante el sufrimiento en los Balcanes. Hablamos de una opinión pública europea adormecida por discursos inocuos y monótonos de sus representantes políticos, unos ciudadanos que sólo reaccionan contra la guerra cuando es una moda o se escandalizan el tiempo que dura la noticia en el informativo.

Wikipedia dice que la guerra de Bosnia-Herzegovina acabó el 14 de diciembre de 1995. ¿Verdadero o falso? Completamente falso. Una guerra no es como un partido de fútbol que finaliza cuando el árbitro guarda el silbato. Ni tampoco concluye cuando cesan los bombardeos y dejan de acumularse víctimas. ¿Podríamos decir que acaba cuando se superan sus dramáticas consecuencias? Sí, pero entonces la respuesta podría ser nunca.

La tumba más pequeña que se cavó durante el cerco de Sarajevo custodia los restos de Nalena Skorupan, un bebé de dos meses y once días, herida el 6 de enero de 1994 y fallecida dos días después. La pregunta que me hago tiene difícil respuesta: ¿la pequeña murió hace 25 años o sigue muriendo cada día?

En la memoria de los diplomáticos europeos que protagonizaron los años de la vergüenza esta historia no existe o carece de interés. En mi

memoria aparece insistentemente, más a menudo de lo que me gustaría. Quizá porque la vi agonizar. Porque la vi sufrir antes de morir. Y porque me siento culpable como europeo y me avergüenzo de su muerte.

Hasta junio de 2010, Nalena era un rostro quemado e hinchado por la metralla que respiraba con dificultades en la gélida habitación de un hospital de guerra. Así la fotografié. Al día siguiente de su muerte, el enterrador aplanaba su diminuta tumba y la de su tía Mirsada, fallecida en la misma explosión. Así lo fotografié. Una pequeña estela fijaba dos fechas: 1993, año del nacimiento; 1994, año de la muerte. Nadie podía saber que había nacido huérfana (su padre murió en el frente poco después de engendrarla) el 18 de octubre de 1993 y había muerto el 8 de enero de 1994.

¿Perseguimos a los muertos o son ellos quienes nos persiguen a nosotros? Toda muerte es injusta. Pero la muerte de un bebé rompe todos los moldes establecidos. ¿Visitas una tumba para desembarazarte de la incertidumbre? No tengo respuesta a pesar de que desde 1994 he visitado la tumba de Nalena, tan diminuta como su cuerpo, en múltiples ocasiones. Sólo los políticos tienen respuestas tribales. El resto nos conformamos con que alguien se compadezca de nuestras cuitas.

Durante más de una década la tumba de Nalena parecía olvidada. Nunca había flores. Miento, tengo que confesar que las únicas flores las ponía (y las sigo poniendo) yo en mis viajes a Sarajevo. Nadie limpiaba las hojas secas. Como si careciese de dueño.

Hasta 2008. Los cementerios acogen a miles de visitantes durante el Bairam, la fiesta que pone fin al Ramadán. Mirsad Demirovic se emocionó aquel día de octubre de 2008 al saber que yo conocía su terrible historia. El 8 de enero de 1994 fue él quien tuvo que enterrar a su esposa y a su sobrina Nalena. “Puse su cuerpecito en el fondo de la tumba y luego con mis manos lo tapé con tierra”, me dijo como si estuviera reviviendo aquella amarga experiencia.

El cuerpo de Mirsad ya estaba golpeado por una enfermedad degenerativa y su mente todavía alojaba la guerra desnuda. Se negó a hablar de Elvedina, la madre de Nalena. Pero sí me habló del padre. “Era conocido como Nale. Por eso le pusimos Nalena. Por lo menos la bebé huérfana tendría siempre algo de un padre que nunca conoció porque murió combatiendo antes de que ella naciera”, me explicó Mirsad mientras abría la cartera y sacaba una vieja foto.

Aquel rostro ennegrecido por el impacto de la metralla que yo recordaba desde enero de 1994 recobró de repente la vida. Unos ojos asustadizos miraban a la cámara mientras una mujer de edad incierta (las guerras desnaturalizan los rostros) la apretaba contra su cara. “Es una foto tomada poco antes de la explosión. La mujer es mi esposa muerta”, me aseguró Mirsad. Me emocioné a ver a Nalena sin heridas. “Nalena no se dormía hasta que yo llegaba y mi mujer, que no podía tener hijos, la quería como si fuese su hija”, entonó Mirsad a modo de plegaria.

La guerra mató a Mirsada, su esposa, y a Nalena su sobrina, sus seres más queridos, y los dos hijos que nacieron después del conflicto parecían una década después de acabar la guerra los actores secundarios de una obra tenebrosa e inconclusa. Recuerdo que la madre de Mirsad aprovechó la ausencia momentánea de su hijo para resumir su deseo más íntimo: “Estar solo con su dolor”. Quizá el infierno es todo aquello que uno quiere olvidar y no puede.

Finalmente, Mirsad me pasó el teléfono de Elvedina, la madre de Nalena, y fui a verla después de que ella me diera su permiso. Me dijo que la bomba que hirió a su hija Nalena fue la primera de un día tranquilo. Pero yo sabía que no era así. En realidad, fue la última de una jornada especialmente salvaje. Sarajevo fue sometida aquel 6 de enero de 1994 a un bombardeo incesante. Los sitiadores serbios querían celebrar la Pascua ortodoxa a su manera y no dieron respiro durante la mayor parte del día. Hubo horas en que cayeron bombas cada diez segundos.

“Tardé varios minutos en reaccionar tras la violenta explosión. Me costó encontrar a Nalena entre los escombros y una gran nube de polvo. La tapé con una manta y salí corriendo hacia el hospital. Unos periodistas me llevaron en su furgoneta”, recordó muy emocionada Elvedina. Lo lógico es que se hubiesen bajado al refugio cuando empezaron los bombardeos. “Pero aquel día había llegado el agua y tenía que lavar muchos pañales de Nalena. Salvé la vida porque estaba protegida en una estancia del interior de la casa”, añadió. Nalena iba a ser trasladada a un hospital en Alemania la misma mañana de su muerte. “Salí a buscar un poco de agua para refrescarla y cuando volví ya no respiraba. Eran las seis de la mañana”, contó antes de taparse la cara con las manos.

Elvedina nunca quiso regresar a su casa destruida. “La muerte de Nalena fue el triste final de un año horrible en el que perdí a mi madre

de un infarto y a mi esposo en el frente. Gracias a Dios tengo hoy otros tres hijos a los que cuidar”, me relató la mujer. Aunque no deseaba el mal a nadie, tenía muy claro que nunca perdonará a los culpables.

¿Quiénes son los culpables de haber matado Nalena, un bebé de ochenta y dos días? Lo he pensado desde aquella conversación. Sé que un artillero anónimo disparó un proyectil desde las colinas abriendo un hueco de un metro en el diámetro en el tercer piso del edificio donde vivía el bebé con su madre y su tía. Era un radical que disparaba ante la complacencia y la inoperancia de nuestros gobernantes.

El día que Nalena inició el definitivo viaje hacia su tumba hacía 21 meses que había empezado la guerra de Bosnia-Herzegovina. Su tragedia simbolizaba la trascendencia del paso del tiempo cuando se vive en un horror diario. Los diplomáticos nunca tienen prisa, los asesinos menos. A más días de cerco, más muertos, más víctimas inocentes. En la tumba de Nalena quedó cautiva para siempre la conciencia de una Europa incapaz de distinguir a un asesino de su víctima.

El 9 de julio de cada año desde 2003 es una jornada muy singular en Bosnia-Herzegovina. Los restos identificados de las víctimas asesinadas hacen más de 20 años son trasladados en camiones hasta Srebrenica, el lugar de la gran matanza de julio de 1995.

La comitiva fúnebre, en algunos años formada por varios camiones llenos de ataúdes, suele recorrer unos 170 kilómetros atravesando las mismas localidades donde todavía viven muchos de los asesinos de aquella matanza. En Sarajevo, miles de personas esperan en las aceras el paso del convoy luctuoso. Bajo un silencio impresionante se multiplican los rezos y los lloros. Los laterales de los camiones son decorados con miles de flores.

El viaje en coche desde Sarajevo a Srebrenica es espectacular. La carretera serpentea entre una vegetación frondosa que impide la entrada de la luz solar en muchos tramos y que hace descender la temperatura diez grados en pocos minutos. Hay que estar muy atento en la conducción porque los bosnios tienen tendencia a pisar el lado contrario de la carretera y a adelantar en curvas peligrosas.

He hecho muchas veces el viaje entre Sarajevo y Srebrenica. En mayo de 1992, vi con otros periodistas cómo los pueblos bosnios ardían mientras los paramilitares serbios se llevaban las pertenencias de los musulmanes que habían huido o habían sido asesinados. En

agosto de 2002, diez años después, sentí acompañado de mi pareja y mi hijo de cuatro años la desolación de los pueblos vacíos y las casas destrozadas, quemadas o dinamitadas.

Desde el 2005 he realizado este viaje una decena de veces. Algunos musulmanes han regresado a sus antiguas viviendas, se han reconstruido casas y mezquitas. Muchos otros han preferido permutar sus casas con familias serbias expulsadas de zonas controladas por el gobierno musulmán. En los últimos tres años ya cuesta encontrar rastros de los desastres del conflicto. Pero la guerra y sus consecuencias siguen muy presentes en el ambiente.

Como cada año desde 2003, fecha en que empezaron los entierros masivos, Srebrenica es un valle de lágrimas cada aniversario de la matanza al que acude decenas de miles de bosnios. Por el camino sentirán las miradas preñadas de odio de muchos de sus vecinos serbios. Hace años las lunas de los autobuses eran reventadas a pedradas. Como cada año tendrán que convivir con la policía serbia porque Srebrenica quedó ubicada en la República Srpska de Bosnia-Herzegovina. Algunos de ellos fueron los verdugos, aunque las dotaciones policiales se han modernizado con jóvenes que sólo eran niños hace casi un cuarto de siglo.

Matar es doloroso. Pero matar y esconder los restos en fosas anónimas es más doloroso aún. El listón del dolor siempre puede ser más alto. Porque todavía es más punzante saber que los asesinos exhumaron centenares de restos de las fosas originales y los dispersaron por decenas de fosas secundarias. Algunos esqueletos se han completado con restos encontrados en tres o cuatro fosas. En un caso los restos de una persona fueron encontrados en nueve lugares distintos.

La masacre o el genocidio provocaron el asesinato y la desaparición de más de 8.000 bosnios en la región de Srebrenica, el mayor crimen masivo en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. Las unidades militares y paramilitares (Los Escorpiones) del Ejército de la República Srpska, bajo el mando del general *Ratko Mladić*, violaron una zona protegida de la ONU y eliminaron a varones de todas las edades, incluidos niños y ancianos.

El 10 de junio de 2010, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia hizo público el veredicto sobre los procesados en relación con el genocidio, condenando a cadena perpetua a Ljubisa Beara

y Vujadin Popović, y a penas de entre 5 y 35 años de prisión a otros cinco encausados. El general Ratko Mladić, prófugo de la justicia durante casi 16 años, fue detenido el 26 de mayo de 2011 y condenado a cadena perpetua el 22 de noviembre de 2017. Radovan Karadžić, cuyo proceso se inició en octubre de 2009, fue condenado a 40 años de confinamiento en abril de 2018. Slobodan Milosevic, ex presidente de Serbia y Yugoslavia, falleció el 11 de marzo de 2006 durante su juicio por genocidio en Bosnia-Herzegovina. Nunca hubo un veredicto final.

En abril de 2003, fueron enterrados en el Memorial Centre de Potocari las primeras 603 víctimas identificadas. Había personas de todas las edades, entre ellos dos niños de 15 años y un anciano nacido en 1919. Desde entonces la inmensa mayoría de los nuevos identificados por los forenses internacionales son sepultados cada 11 de julio.

En 2005, coincidiendo con el décimo aniversario de la tragedia, fueron inhumadas 610 personas. Hubo muchas autoridades en aquella cita. Hasta el presidente de Serbia, Boris *Tadić*, se atrevió a venir. Tuve ocasión de preguntarle lo que sentía ante las filas de centenares de ataúdes cubiertos por telas verdes. Me respondió con un escueto: “Estoy muy impresionado”.

Habló Paul Wolfowitz, el entonces presidente del Banco Mundial. Habló el ministro de Asuntos Exteriores británico, Jack Straw, en nombre de la Comunidad Europea. Apenas consiguieron un puñado de aplausos. Palabras poco convincentes y reiterativas.

El único discurso decente en un lugar como aquel lo hizo el presidente del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, Theodor Meron. “Quienes están protegiendo a Karadžić y Mladić son tan culpables como ellos”, aseguró cuando todavía no habían sido detenidos los dos principales responsables de aquel desastre. “Las víctimas de Srebrenica tienen derecho a clamar justicia y no pueden esperar un año, un mes o un día más a que sean castigados los principales culpables”, afirmó. Me sorprendió las palabras de uno de los religiosos musulmanes que dirigió la ceremonia: “Dios es absoluto, aunque a veces parece que esté ausente”.

Cuando acabó la soporífera e hipócrita ceremonia oficial empezó el entierro masivo. Centenares de varones formaron dos largas columnas que unían la explanada donde estaban depositados los féretros y

la zona donde iban a ser enterrados. Por la megafonía general comenzó a nombrarse a las 610 personas que iban a ser enterrados.

El féretro número 1 contenía los restos de Sevkjet Dozic y voló de mano en mano hasta la tumba 2 de la Parcela 2 y la Fila 10. Hasta el 610, que pertenecía a Sahn Omerovic, pasó al menos una hora y media. Las madres, esposas y hermanas de los identificados esperaban al pie de cada fosa. Los féretros eran cubiertos con paladas de tierra húmeda mientras los familiares oraban o lloraban arropados por religiosos musulmanes.

Miles de ejecutados fueron encontrados en centenares de fosas comunes después del fin de la guerra. Gracias a avanzadas técnicas basadas en pruebas de ADN, miles desaparecidos pudieron ser identificados. En 2006 fueron enterrados 505 víctimas identificadas; en 2007, 465; en 2008, 308; en 2009, 534. En 2010, coincidiendo con el 15 aniversario de la masacre, fueron inhumados 775 musulmanes y 1 católico. En 2011, 613; en 2012, 520; en 2013, 409.

El número empezó a bajar a partir del año 2014 con 169 restos inhumados. En 2015, 136, entre ellos nueve menores de edad; en 2016, 127; en 2017, 71 y en 2018, 35. En total, 6.610 víctimas enterradas hasta la fecha de un total de 8.372 desaparecidos. Otros 550 están identificados, aunque las familias prefieren esperar a que los esqueletos se completen para enterrarlos. 1.070 víctimas no han sido encontradas.

En Tuzla, al norte de Bosnia, se depositaron durante años los restos exhumados por toda la República. En grandes naves de cinco metros de altura cubiertas de estanterías desde el techo al suelo llegó a almacenarse al mismo tiempo más de 3.500 bolsas de plástico o sacos cerrados. En su interior miles de seres humanos esperaron su turno en la larga cola de la identificación que se ha ido reduciendo con el paso de los años. Todo el dolor del mundo en unos centenares de metros cuadrados.

Madrid, 15 de julio de 2019.

Gervasio Sánchez

Corresponsal de guerra en Bosnia y Herzegovina

Primera Parte

**Los orígenes, el concepto y la
definición del delito de genocidio en la
Convención de 1948 y la contribución
de Ibero-América a su evolución**

Capítulo 1

Los orígenes del fenómeno del genocidio

Irene Spigno
Carlos Zamora*

INTRODUCCIÓN

Matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental de las personas, sometimiento intencional a condiciones de existencia que pueden llevar a su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos y la perpetuación del ser humano, traslado forzado de personas y muchas más son todas conductas que, con mayor o menor intensidad, han caracterizado siempre la historia de la humanidad. Sin embargo, el siglo XX se ha distinguido por haber sido el más violento, tanto por el número de las víctimas, así como por las modalidades de la violencia (Flores, 2005), siendo definido también como el “siglo de los genocidios” (Bruneteau, 2004; Levene, 2000), por haber sido escenario de los más graves genocidios de la historia. No se trata solamente del Holocausto, sino también de otros genocidios que se han caracterizado por una profunda violencia y deshumanización de las personas.

Sin embargo, los genocidios no son un fenómeno exclusivo del siglo XX: “*The word is new, the concept is ancient*” (Kuper, 1981, p. 9). Aunque no es posible saber con certeza cuando estos empezaron, del examen de áreas de entierro hay pruebas de carácter arqueológico y antropológico que muestran que ya los pueblos prehistóricos se masacraban: en este sentido, se afirma que ya los *Homo Sapiens* exterminaron los últimos miembros del grupo de *Neanderthal* (Naimark, 2017, p. 7). Así mismo, hay pruebas que demuestran como hubo asesinatos en masa desde la Edad de la Piedra hasta el fin de la Edad del Bronce

* Aunque el presente capítulo sea el producto del trabajo conjunto de los dos autores se debe de atribuir a Irene Spigno los epígrafes no. 1 y 2, a Carlos Zamora Valadez el epígrafe no 3. En el resto no es posible identificar las aportaciones individuales de cada autor.

(más o menos hasta el 1200 AC). Para tener pruebas escritas de exterminios hay que esperar el Antiguo Testamento y el libro de Virgilio “Eneida” que describe la destrucción de la ciudad de Troya, la obra de Tucídide “Historia de las Guerras del Peloponeso” en donde se cuenta la destrucción de Melos (416-415 AC) y la destrucción de Cartago por los romanos (Naimark, 2017; Rubinstein, 2014). Y la lista es muy larga. Sin embargo, no todas las masacres o matanzas configuran un genocidio y para poder identificar los orígenes de un fenómeno tan complejo como este, es necesario, desde la perspectiva metodológica, encontrar un acuerdo sobre cuál es la definición que se usa en el presente trabajo y por tanto sin alguna pretensión de exhaustividad, para identificar cuales hechos pueden ser considerados como genocidios.

Además, los orígenes del término genocidio son muy recientes. Era el 1944 cuando el jurista polaco de origen hebraico, Raphael Lemkin, recogió la expresión genocidio en su obra *Axis Rule In Occupied Europe*, para cuya formación unió el término griego *γένοϋς* (que puede ser traducido con stirpe, linaje, raza) y el sufijo latín *-cidio* (que significa matar). Si bien, en realidad, Lemkin había utilizado ya un concepto muy parecido en 1933, haciendo referencia al exterminio de los armenios por el Imperio Otomano de 1915-1916 en una ponencia que presentó en un encuentro organizado por la Sociedad de las Naciones en Madrid, definiendo entre los crímenes que en su opinión tenían que ser sancionados por el derecho internacional, el “barbarismo”. Este fue el primer intento de Lemkin de elaborar un concepto que más tarde denominaría “genocidio”. Según su propuesta, este crimen se identificaba en la conducta de “Quienquiera, por odio a una colectividad racial, religiosa o social, o con vistas a su exterminio, emprende una acción punible contra la vida, integridad corporal, libertad, dignidad o existencia económica de una persona perteneciente a esa colectividad, es responsable, por el delito de barbarismo” (Naimark, 2017, p. 2; Balakian, 2013, pp. 57-89).

Lemkin también creó la idea de lo que podría considerarse “genocidio cultural”, al que llamó en su momento “vandalismo” (Balakian, 2013, pp. 57-89): según su definición, era responsable de este crimen “Quienquiera, por odio a una colectividad racial, religiosa o social, o con vistas a su exterminio, destruye sus obras culturales o artísticas serán responsables del crimen de vandalismo”.

Su propuesta no generó mucho interés en la Sociedad de Naciones ya que será solo después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y del Holocausto que este término entró en el lenguaje jurídico a través de la adopción, el 9 diciembre de 1948 por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Su artículo II define el genocidio como

[...] cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, Artículo II)¹.

Esta definición retomada de manera casi literal por el artículo 6 del ECPI, ha sido profundamente inspirada por aquella ofrecida por Lemkin en 1944 según la cual el genocidio consistía en la puesta en práctica de acciones coordinadas directas a destruir los elementos decisivos de la vida de grupos nacionales, con la finalidad de su aniquilamiento (Lemkin, 1944).

La extensión del concepto contemporáneo de “genocidio” hecha por parte de la doctrina es probablemente la causa última de la gran confusión en el contexto definitorio. La aplicación de un significado

¹ En realidad, la Convención fue precedida por la Resolución núm. 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 en la que se reconocía el genocidio como “[...]la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”.

amplio del concepto de genocidio ha llevado a la doctrina especializada a identificar diferentes tipologías de genocidio entre los cuales se destacan: 1. el genocidio “punitivo” que comprende aquellos cometidos por venganza, como por ejemplo las masacres llevadas a cabo por Genghiz Khān durante sus conquistas (Smith, 1987) o la eliminación sangrienta de un grupo opuesto percibido como una amenaza (Fein, 1984); 2. el genocidio “institucional” estaría vinculado a las conquistas territoriales en el mundo antiguo y medieval (Smith, 1987) y se llevaría a cabo tanto para eliminar enemigos peligrosos como para aterrorizar a otros grupos (Chalk y Jonassohn, 1990); 3. el genocidio “utilitario”, destinado a la explotación de ciertos recursos económicos (Fein, 1984; Smith, 1987; Chalk y Jonassohn, 1990) que consiste, por ejemplo en la eliminación de las poblaciones indígenas como ocurrió durante el proceso de colonización y la desaparición de grupos étnicos y raciales que acompañaron el proceso de modernización, especialmente en América Latina, después de la Segunda Guerra Mundial; 4. el genocidio “monopolístico” o “despótico”, dictado por la necesidad de que un grupo fortalezca su poder al exterminar a los grupos rivales²; 5. el genocidio “ideológico”, perpetrado en nombre de ciertos mitos o valores respaldados por un Estado, en un intento de reformar profundamente la sociedad (Fein, 1984; Smith, 1987; Chalk y Jonassohn, 1990)³.

Sin embargo, en el presente trabajo, siguiendo la definición de la Convención de 1948, se considerarán como genocidios solo aquellas conductas que se hayan caracterizado por la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Usando esta definición más restrictiva de genocidio, en la sección 2 se analizarán los principales genocidios que ocurrieron a lo largo del siglo XIX. Además, en la sección 3, se analizarán también los tres primeros genocidios ocurridos en el siglo XX (exterminio Herero; genocidio armenio; y la hambruna ucraniana), ya que son los acontecimientos encaminados a someter intencionalmente a un grupo a

² Los casos de este tipo de genocidio han ocurrido sobre todo en algunos estados multiétnicos del Tercer Mundo (ver Smith, 1987, v. Fein, 1984).

³ El genocidio de los armenios, el de los judíos y los de varios grupos perseguidos y eliminados por regímenes comunistas como la Unión Soviética Estalinista y Pol Pot Camboya son reconducidos a este tipo.

condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, previo a la conceptualización de estos hechos como genocidio por Lemkin.

1. LOS GENOCIDIOS DEL SIGLO XIX

El siglo XIX se ha caracterizado principalmente por genocidios “utilitarios” prevalentemente relacionados con los procesos de colonización europeos. En este sentido, de hecho, en los territorios afectados por la colonización, muchos pueblos indígenas han sufrido una fuerte disminución numérica y algunos casi han desaparecido o han desaparecido por completo. En general, varios factores actuaron de manera sinérgica: acciones bilaterales o unilaterales de guerra, trabajo forzoso y condiciones de explotación, hambrunas naturales o provocadas, epidemias causadas por nuevos patógenos introducidos por los colonos y, en general, cambios socioeconómicos radicales producidos por la confrontación violenta entre los gobernantes occidentales y los pueblos colonizados. Aunque muchos autores consideran estos como “genocidios coloniales”, haciendo énfasis en actos de exterminio deliberado (Palmer, 2000), según la definición anteriormente proporcionada los que pueden ser considerados como genocidios son pocos, siendo las principales causas de la desaparición de los pueblos colonizados diferentes a la explícita voluntad de exterminar un determinado pueblo (Fein, 1993).

Podemos colocar el primer genocidio moderno de la historia a principios del siglo XIX. Se trata del genocidio en contra de los pueblos aborígenes de Tasmania, conocido también como Guerra Negra (Clements, 2014). Establecida como colonia británica el 14 de junio de 1825 con el nombre de Van Diemen (será bautizada con el actual nombre de Tasmania solo en 1856), esta isla de Oceanía en realidad empezó a ser colonizada ya desde finales del siglo XVIII. Los primeros británicos que llegaron vivían y trabajaban como selladores en las diferentes islas circundantes, dando vida a modestas redes comerciales con los aborígenes que llevaron a una situación de integración tendencialmente pacífica con ellos, en la que las mujeres aborígenes vivían entre y con los selladores británicos y en muchos casos se convertían en sus esposas o concubinas. Estas dinámicas de integración permitie-

ron la creación de una pequeña población de criollos que creció gradualmente alrededor de los asentamientos de sellado y se propagaron en toda la isla. Progresivamente, la isla se volvió más atractiva para los colonizadores tanto por su ubicación geográfica, crucial como un puesto de avanzada británico, así como por su clima europeo, con abundantes lluvias que permitía ricos pastos (Naimark, 2017).

Los británicos fundaron el primer asentamiento exitoso en 1804 con la fundación de la ciudad de Hobart y desde 1812 hasta mediados del siglo, enviaron cargamentos de convictos, en su mayoría hombres, a habitar la isla y satisfacer las necesidades de sus colonos libres. Al igual que los selladores habían hecho anteriormente, los colonizadores de la segunda etapa establecieron una relación estable con la población aborigen: los primeros colonos y los trabajadores convictos vivían en relativa armonía con los aborígenes en los primeros días de la colonización de la isla (Naimark, 2017). Había suficiente tierra y recursos naturales para todos. Sin embargo, en este momento, empezó un proceso de brutal explotación de los pueblos indígenas.

Al comienzo de la colonización británica en 1800, había entre 6.000 y 8.000 aborígenes viviendo en Tasmania, ya que había habido una cierta disminución en la población como resultado de la exposición a enfermedades previamente desconocidas por la llegada de los selladores en la primera etapa de la colonización. Los aborígenes se dividían aproximadamente en cinco grupos y vivían en la parte oriental de la isla y su principal fuente de sustentamiento era la caza de mamíferos terrestres y marinos y la recolección de moluscos y vegetales (Bartroli, 2015). Cuando la Corona británica empezó a poblar la isla enviando a los convictos, los pueblos indígenas empezaron a ser atacados por fugitivos y callejeros itinerantes que los cazaban periódicamente como animales salvajes, secuestrando y llevándose a sus mujeres.

Y si en un primer momento de la colonización la disposición de los aborígenes había sido acogedora y gentil, esta pronto comenzó a cambiar. Además, los colonos británicos buscaban tierras fértiles y comenzaron a despojar a los tasmanos de sus tierras de caza. La reacción violenta de los tasmanos no se hizo esperar, provocados también por un primer accidente que tuvo lugar el mismo año de la invasión británica, en Risdon, durante el cual los *Royal Marines* dispararon

contra una partida de caza tasmana, a la que tomaron por atacantes, masacrando 40 personas (Bartroli, 2015).

Ya en 1806 las tensiones entre británicos e indígenas se habían convertido en un conflicto generalizado. Los aborígenes mataban el ganado y los colonos se vengaban matando a los hombres tasmanos, secuestraban a los niños para utilizarlos como mano de obra y torturaban y violaban a las mujeres (que también usaban como esclavas sexuales) (Bartroli, 2015).

En 1828 el gobernador británico adoptó la Ley Marcial que autorizaba a los soldados de detener o disparar a todo tasmano que fuera encontrado en las áreas colonizadas ya bajo el control británico. Los aborígenes se defendieron como pudieron y la reacción de los colonos fue durísima: el objetivo fue la completa aniquilación de hombres, mujeres y niños. Dos años después se lanzó una operación militar, la conocida como Línea Negra, una cadena humana en la que participaron todos los hombres adultos de la colonia, y que durante tres semanas avanzó desde las áreas colonizadas hacia el este y el sur, en un intento de arrinconar a los aborígenes en la península de Tasmán (Bartroli, 2015; Naimark, 2017).

Después de esto, el gobernador británico ordenó recorrer la isla buscando los supervivientes en un intento tardío de evitar su extinción. Se encontraron 135 aborígenes que fueron reasentados en la reserva-campo de concentración de Wybalenna (Casa del hombre negro en tasmano) en la isla Flinders (en el estrecho entre Tasmania y Australia), para ser civilizados y cristianizados. Los sobrevivientes al genocidio fueron muriéndose de desespero, añoranza, desnutrición y enfermedades respiratorias. En 1847 quedaban apenas 47 supervivientes que fueron trasladados a Oyster Cove, en la isla grande. La última mujer cien por cien de sangre tasmana —Trugernanner, mejor conocida como Truganini— falleció en 1876 (Bartroli, 2015)⁴.

Al genocidio de los pueblos indígenas tasmanos siguió el exterminio de los indios Yuki de Round Valley, cerca de Mendocino, en

⁴ Hace referencia a la así llamada “Leyenda del último tasmano”. En realidad, en 1889 el título del “último aborígen tasmano” fue reconocido a Fanny Cochrane Smith, quien fue recompensada por esto con 300 acres de tierra y una pensión anual de 50 libras: Taylor, 2004, p. 140 y ss.

California. Los Yuki eran una tribu relativamente pequeña: en la víspera de la colonización se contaban entre 7,000 y 11.000 miembros, que para finales de la década de 1850 resultaron casi completamente exterminados: de hecho, entre 1856 y 1864 los Yuki fueron víctimas de un grave asesinato genocida y confinamiento forzado en reservas y su número se redujo a 85 hombres y 215 mujeres. El número continuó bajando a finales del siglo XIX como consecuencia de la inanición y enfermedades, así como por las peleas episódicas con los colonizadores. Los Yuki eran una tribu de cazadores-recolectores que vivían de las raíces, bayas, bellotas, trébol, vegetales silvestres y al mismo tiempo cazaban y pescaban salmón y trucha. Vivían en Round Valley, un área de cerca de dos mil quinientas hectáreas de tierra, ubicada a unas doscientas millas al norte de San Francisco, casi todas de las cuales susceptibles de un alto estado de cultivo y capaz de sustentar por lo menos veinticinco mil indios. La llegada de los colonizadores cambió todo eso. El 2 de febrero de 1848, con la firma del Tratado de Guadalupe, que puso fin a la guerra entre México y Estados Unidos, California fue cedida a los Estados Unidos. California fue admitida en 1850, y Round Valley fue reservada para los Yuki en 1856. Unos 3.000 indios se trasladaron a la reserva, mientras que otros se dispersaron por el valle, fusionándose, en algunos casos, con otras tribus que vivían en la región. Casi al mismo tiempo, el 24 de enero de 1848, se descubrió oro en Sutter's Mill en Coloma, en las estribaciones de la Sierra. A unos centenares de millas de las tierras de los Yuki. La así llamada "fiebre del oro" trajo a unas 300,000 personas a California, tanto desde la costa este de los Estados Unidos como desde el extranjero. Mientras los buscadores se desplegaron en las estribaciones, muchos de los recién llegados se asentaron en San Francisco (Naimark, 2017).

La vida en la ciudad requería mucha comida y vivienda, los rancheros y colonos locales buscaron nuevas tierras para pastar a sus animales y las encontraron en Round Valley. Inmediatos fueron los conflictos con los Yuki: los colonos y sus rebaños de vacas y caballos pisoteaban los productos tradicionales de forrajeo de los Yuki que, además, eran atacados y golpeados por los colonos y las mujeres eran violadas y secuestradas para la explotación sexual. Los Yuki comenzaron a tomar represalias matando el ganado de los colonos para alimentarse y ahuyentando a sus caballos. A veces también mataban

a los colonizadores, aunque en cantidades mucho más pequeñas que sus propias pérdidas (Naimark, 2017).

La situación en la reserva no era mejor para aquellos Yuki que vivían dispersos en las laderas y alrededor del valle, ya que también sus tierras de pastoreo fueron tomadas por los colonos que empezaron a usarlas como si fueran las propias sin que los agentes del gobierno en la reserva pudieran impedirlo. Esta situación pronto provocó que los Yuki estuvieran mal abastecidos, y la desnutrición y el hambre se agudizaran entre ellos. La propagación de enfermedades de diversos tipos, incluidas las enfermedades venéreas, mató a muchos indios y debilitó a muchos otros. Los colonos asaltaban continuamente a los indios dentro y fuera de la reserva, violando a las mujeres, en muchos casos con la precisa intención de contagiarlas con enfermedades venéreas, matando a los hombres y secuestrando a muchos niños. Desarmados, excepto por los arcos y flechas, los Yuki no eran rival para las posesiones. Las represalias de los Yukis no hicieron otra cosa que enfurecer aún más a los colonos y algunos pidieron la eliminación de todos los Yuki (Naimark, 2017).

El conflicto entre colonos y Yuki se convirtió en genocida en 1859, cuando el gobernador de California, John Weller, autorizó la formación de los llamados *River Rangers*, una banda de vigilantes encabezados por William S. Jarboe, conocido como el “asesino indio”, que ya había sido el responsable del asesinato de unos sesenta y tres hombres, mujeres y niños Yuki. Su manera de resolver el “problema” se tradujo en la orden que dio a sus hombres: “Maten a todos los hombres que puedan encontrar y tomen prisioneros a las mujeres y los niños”. Aproximadamente trescientos indios fueron asesinados en la campaña de Jarboe; otros trescientos fueron enviados a la reserva (Naimark, 2017). A la fecha en que se está terminando el presente trabajo⁵, en la reserva de Round Valley todavía viven unos 100 Yuki, además de otras tribus de California.

Destino parecido fue el sufrido por el pueblo Selk’nam (también conocidos como Ona)⁶. Se trataba de un pueblo ubicado en la Isla

⁵ Enero 2019.

⁶ Sobre la calificación de estos hechos como genocidio véase: Martinic, 1989-1990.

Grande de Tierra del Fuego que había desarrollado su identidad y patrimonio cultural exclusivo desde hace 1300 años. Vivían en grupos familiares, eran cazadores nómadas de mamíferos terrestres y marinos, así como de diferentes especies de aves. El primer europeo que tuvo contacto con ellos fue Sarmiento de Gamboa hacia 1580, en el lugar que será denominado Bahía Gente Grande (por ser los Selk'nam de tamaño más grande que los europeos). Los indígenas los acogieron de manera pacífica y cordial, pero hubo varios accidentes en donde los europeos agredieron a los Selk'nam⁷. El área donde vivían fue ocupada por balleneros noruegos, suecos y otros, además en los siglos XVIII y XIX se sumaron los buscadores de pieles de guanaco y zorro (animales cazados por los Selk'nam), así como cazadores anglosajones de lobos y pingüinos.

Hasta 1880 se contaban aproximadamente 4000 personas (entre los Selk'nam y los Haush, otro pueblo indígena ubicado en el área que hoy corresponde a la Península Mitre). A partir de este momento, los europeos se establecieron en el lugar. La “fiebre del oro” llevó a varios⁸ a comenzar una verdadera caza de los Selk'nam, que fueron perseguidos con escopetas y fusiles. Ingleses, escoceses, irlandeses e italianos se convirtieron en “cazadores de indios”, poniendo precios en libras esterlinas para el asesinato de los indígenas. Ya en 1905 quedaban cerca de 500 Selk'nam. Aunque en ese momento ya el genocidio casi había cesado, muchos de los sobrevivientes a este sucumbieron por las enfermedades para ellos desconocidas, introducidas por los europeos (Chapman, 1993).

Finalmente, el siglo XIX se cerró con masacres que constituyeron la antesala del genocidio armenio de 1914: en el bienio 1894-1896, durante el reino del sultán del Imperio Otomano Abdul Hamid II (1876-1909), entre 80.000 y 300.000 armenios fueron asesinados como represión de los tumultos y de las manifestaciones organizadas

⁷ Magrassi, 1987, pp. 20-21 reporta que ya con la primera expedición española que llegó fue secuestrado un nativo y a pesar de la reacción defensiva de los indígenas, el secuestrado no pudo ser salvado. Así mismo, en 1598 cerca de 40 adultos Selk'nam fueron asesinados, así como 4 jóvenes y 2 niñas por la expedición encabezada por el holandés Van Noort. Accidentes similares ocurrieron en 1619 y en 1769.

⁸ Entre los varios véanse por ejemplo Julius Popper y José Menéndez.

para reclamar el respeto de las garantías prometidas en el Tratado de Berlín de 1878. Este acuerdo había reducido en gran medida las conquistas rusas sobre el Mar Negro, estableciendo que el Imperio Otomano debería otorgar mayores derechos a sus súbditos cristianos armenios, solicitando además reformas en el Imperio Otomano y el fin de su discriminación, así como el derecho al voto y el establecimiento de un gobierno constitucional. La respuesta del gobierno turco fue en el sentido de incitar a los musulmanes locales a la violencia contra los armenios. Además, la presión ejercida por los kurdos y el aumento de los impuestos decididos por el gobierno turco exacerbaron a los armenios hasta el levantamiento, al que el ejército otomano enviado por el sultán Abdul Hamid II, flanqueado por milicias kurdas irregulares, respondió asesinando a miles de armenios y quemando sus pueblos en 1894. La violencia se extendió rápidamente y afectó a la mayoría de las ciudades habitadas por armenios en el Imperio Otomano. Las peores atrocidades tuvieron que ver con la catedral de Urfa, en la que tres mil armenios habían encontrado refugio y fueron quemados vivos (Sorrentino, 2009).

Sin embargo, eso fue solo el inicio de una violencia genocida sin precedentes. El siglo XX abrió sus puertas a un siglo de furia genocida, que además va modificando su *ratio*. Ya no se trata de querer exterminar a un pueblo para quedarse con sus tierras o para que ya no interfiera en lo que una vez era suyo, sino que en este momento aparece un componente racista (como quiera presente también en la etapa anterior ya que los pueblos indígenas eran considerados como seres inferiores, subhumanos) que representa el aspecto teórico que da sustento a las políticas genocidas del siglo XX.

2. SIGLO XX: EL SIGLO DE LOS GENOCIDIOS

Como ya se ha señalado, desde el origen de la humanidad, así como durante su desarrollo histórico, el ser humano ha asesinado a sus semejantes “primero para sobrevivir, luego por ambición, por la conquista de nuevos territorios o por enemistad, siempre necesitó de guerras y masacres” (Muchnick, 2016, p. 16). Sin embargo, fue durante la primera mitad del siglo XX que se vislumbró la posibilidad de asesinar a poblaciones completas, a grupos nacionales, étnicos,

religiosos o raciales logrando su exterminio. Así, durante el siglo XX pueden observarse una mezcla de las diferentes tipologías de genocidio, sobresaliendo los genocidios “utilitarios”, “despóticos” y los “ideológicos” (Fein, 1984; Smith, 1987; Chalk y Jonassohn, 1990).

Si bien el caso que visibilizó ese “nuevo” crimen fue el Holocausto, este no fue el único lamentable acontecimiento encaminado al exterminio de un determinado grupo. No obstante, el Holocausto sigue siendo el marco de referencia para el análisis de los genocidios ocurridos durante el siglo pasado (Ministerio de Educación de la Nación Argentina, 2014), que pueden identificarlo como los cien años más violentos: el siglo de los genocidios. Debido a las diversas discusiones y debates que en torno a los hechos que pueden ser considerados como genocidio (que ya han sido mencionadas en la introducción de este trabajo), muchos son los acontecimientos que a lo largo de 100 años han sido analizados y señalados como genocidio, no obstante, como ya se ha señalado, este apartado solo se centrará en mencionar los tres acontecimientos previos (que han sido considerados como genocidios) al Holocausto judío ocurrido durante la Alemania nazi. Estos acontecimientos son: a. El exterminio Herero; b. El genocidio armenio; y c. El Holodomor ucraniano.

2.1. El exterminio herero

Si bien durante mucho tiempo se consideró la campaña otomana contra los armenios como el primer genocidio del siglo pasado, hoy en día se reconoce como tal al exterminio Herero, ocurrido durante la primera década del siglo XX (Jones, 2006). Es importante hacer énfasis en que el exterminio Herero presenta múltiples coincidencias con los genocidios acontecidos durante el siglo XIX, particularmente con el genocidio en contra de los pueblos aborígenes de Tasmania.

Fue alrededor de 1903 cuando atraídos por las oportunidades para la cría de ganado en el actual territorio de Namibia, cerca de 5,000 alemanes ocuparon el territorio Herero (Jones, 2006). Sin embargo, la llegada de los colonos alemanes a la África sudoccidental no fue violenta, ya que se dio gracias a una combinación de acuerdos con las tribus Herero y Nama cuyos jefes en un inicio pudieron negociar con los alemanes, como una forma de controlar el ritmo y alcance de la entrada colonialista en sus territorios (Naimark, 2017).

No obstante, esos acuerdos se fueron modificando constantemente, llevando a los pueblos originarios a ceder cada vez más tierras ancestrales. Aunado a ello los pastores hereros comenzaron a endeudarse con los comerciantes alemanes, lo que provocó que el coronel Theodor Leutwein, administrador colonial del sudoeste alemán de África, ordenara el pago total de las deudas y ante la imposibilidad del pueblo Herero de cumplir con tan solicitud, los comerciantes alemanes se apoderaron del ganado de los pastores como pago a sus deudas (Naimark, 2017).

Por tal motivo Samuel Maharero, jefe del pueblo Herero, en su búsqueda por resistir a la dominación alemana inició una revuelta en contra de los colonos (Naimark, 2017) en la que se asesinó a poco más de 100 alemanes durante el año 1904 (Jones, 2006). Empero, es necesario señalar que los enfrentamientos con los colonos alemanes no fueron resultado de una insurrección premeditada por parte del pueblo Herero en contra el dominio alemán, sino que fue producto de una prolongada tensión que explotó por los incidentes abusivos por parte de los colonos (Gewald, 2003).

Como venganza y con la finalidad de acabar con la resistencia, bajo las órdenes del general Lothar von Trotha los alemanes atacaron con extrema violencia, convirtiendo los enfrentamientos en una matanza que concluyó tres años después, en 1907 (Muchnick, 2016). Si bien desde la batalla de Hamakari, en agosto de 1904, los Hereros fueron derrotados, continuó el objetivo alemán por exterminarles por completo, lo que sin duda convierte esos hechos en un verdadero genocidio. Los pocos sobrevivientes de tales ataques alemanes fueron perseguidos, mediante el cumplimiento de la “orden de aniquilación” en la cual se señalaba que todos los Hereros, estuvieran o no armados, serían fusilados, incluyendo a mujeres y niños (Jones, 2006).

Así, al finalizar la guerra fueron asesinados alrededor del 80% de la totalidad de la población Herero incluyendo, como ya se señaló, a mujeres e infantes (Gewald, 2003), mientras que la minoría sobreviviente fue encerrada en campos de concentración y obligada a realizar trabajos forzados (Gewald, 2003). La política de eliminación de los Herero no solamente se basó en su asesinato de manera directa, ya que los alemanes utilizaron la muerte por inanición, el envenenamiento

to de pozos de agua y el exilio de los nativos a lo profundo del desierto de Namibia como métodos para erradicarlos (Munchnick, 2016).

Sin embargo, esta no fue la única nación tribal que sufrió la violencia de los colonos, ya que los Nama, quienes también se alzaron en contra del dominio alemán, igual que el pueblo Herero fueron casi exterminados. Por ello, es común que a los eventos ocurridos en Namibia durante la primera década del siglo XX se les conozca como el genocidio de los Hereros y Namas (Jones, 2006).

Con dichas acciones se evidenció el deseo vigente de los colonos y del *Kaiser* alemán de desaparecer por completo a los pueblos de la actual Namibia, lo que, a pesar de que en ese entonces carecía de nombre, sin duda configuró un genocidio, siendo por lo tanto el primer antecedente del siglo XX sobre acciones tendientes a la erradicación de un pueblo o raza. Sin embargo, a pesar de la magnitud de tales hechos, no fue sino hasta 1985 cuando la ONU reconoció esta matanza como uno de los primeros intentos de genocidio en el siglo XX y tuvieron que pasar 19 años más para que en 2004, el canciller alemán Gerhard Schröder pidiera disculpas oficiales por lo sucedido en las tierras de los pueblos Herero y Nama (Munchnick, 2016).

2.2. *El genocidio armenio*

Para poder comprender con mayor claridad el genocidio armenio, sus orígenes y sus consecuencias, es necesario primero abordar, de manera general, el contexto histórico de la época, previo al primer enfrentamiento a nivel global. Después de una de las tantas depresiones económicas sucedidas en Europa, diversos países europeos comenzaron a armarse y construir barcos de guerra, siendo Alemania uno de los países con mayor crecimiento militar. Esta situación alarmó a otras naciones como Francia, Gran Bretaña y Rusia, por lo que buscando frenar la amenaza alemana estas naciones decidieron aliarse en contra de aquella (Munchick, 2016).

No obstante, el acontecimiento que desató la Gran Guerra fue el asesinato, en Sarajevo, del matrimonio representante de la familia imperial de Austria-Hungría: el archiduque Francisco Fernando y su esposa Sofía, esto el 28 de junio de 1914 (Munchick, 2016). Así, tras un mes de tensión entre las principales potencias europeas, Austria-

Hungría declaró la guerra a Serbia, y con ello daría inicio el primer conflicto del siglo XX que involucró a diversas potencias del mundo.

Así, lo que inició con una movilización de sesenta y cinco millones de soldados concluyó en 1918 con más de veinticinco millones de muertos, entre civiles y militares; con millones más de personas heridas y mutiladas; grandes cambios geográficos; y con emigraciones forzadas de cientos de poblaciones (Munchick, 2016). Producto del clima bélico de la época, las ambiciones imperiales, pero también debido a las frustraciones y deseos de venganza, se abonó poco a poco en el desarrollo y fortalecimiento del nacionalismo en diferentes países.

Ese crecimiento nacionalista en las diferentes regiones del mundo puede comenzar a explicar —más no a justificar— las distintas atrocidades que por defender la supuesta supremacía de alguna raza, religión o cultura ha sufrido la humanidad a lo largo de la historia. Uno de esos lamentables acontecimientos es el perpetrado por el Imperio Otomano (aliado de Alemania durante la Primera Guerra Mundial) al iniciar la masacre de armenios entre 1915 y 1917.

Es preciso recordar que hasta finales del siglo XIX el pueblo armenio aún estaba subordinado al Imperio Otomano, sin embargo, animadversiones por cuestiones religiosas, odios personales e intentos por controlar las organizaciones armenias que reclamaban autonomía, provocaron diversos ataques esporádicos por parte de los turcos a las aldeas armenias (Munchick, 2016). Si bien, como ya se ha mencionado, las primeras agresiones contra la población armenia ocurrieron desde finales del siglo XIX, se considera que la fecha de inicio del proceso genocida fue el 24 de abril de 1915, cuando las autoridades turcas arrestaron a diversos intelectuales y políticos armenios en Constantinopla (Antaramián, 2016).

Muchos son los componentes que posiblemente incidieron en el exterminio armenio. Adam Jones (2006) considera que son tres los principales factores las piezas clave que dieron forma a la tragedia armenia: 1. El declive del Imperio Otomano que generó una reacción violenta en parte de la población turca; 2. La posición vulnerable de los armenios en el reino otomano; y 3. El estallido de la Primera Guerra Mundial, que enfrentó a Turquía con la invasión del oeste y de los rusos en el noreste. Fue precisamente bajo el amparo de la Gran Guerra que se desarrolló el genocidio armenio, debido a que de las

autoridades turcas querían crear un Estado homogéneo compuesto por turcos musulmanes (Antaramián, 2016).

Los ataques en contra de las comunidades armenias, que los llevó casi a la eliminación, se le atribuyen a un gobierno denominado “Jóvenes Turcos”, quienes en su búsqueda por regresar al Imperio Otomano el poderío que venía perdiendo y ya que consideraban a los armenios como infiltrados de los rusos dentro de su territorio, primero ordenaron el desplazamiento forzado de armenios a zonas inhabitables y posteriormente realizaron ejecuciones públicas masivas (Munchick, 2016), poniendo en marcha su plan de erradicación en contra del pueblo armenio.

Como ya se ha señalado en el inciso 2.1 de este apartado, si bien la matanza de armenios no fue el primer acontecimiento encaminado a erradicar a un pueblo entero durante el siglo XX, por sus características, escala e implementación sistemática podría considerarse este caso como el primer genocidio verdaderamente “moderno” (Jones, 2006, p. 102). No obstante, a pesar de la magnitud de los ataques y sus consecuencias, Turquía se ha negado en reiteradas ocasiones a aceptar los hechos acontecidos contra los armenios, reduciéndolo a una “desgracia producto de luchas interétnicas, el hambre y las enfermedades que derivaron del conflicto bélico” (Munchick, 2016, p. 116).

Pero no solo Turquía se niega a aceptar la gravedad y dimensión de los hechos, ya que, de los 193 países miembros de la ONU, menos de treinta países han reconocido el genocidio armenio (Munchick, 2016). Sin embargo, en Europa y el resto del mundo han sobresalido esfuerzos por reivindicar a las víctimas y que Turquía reconozca la existencia del holocausto armenio. Ejemplo de ello es la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 29 de septiembre de 2005, en dónde se impone como condición para la incorporación de Turquía a la Unión Europea que el gobierno turco reconozca el genocidio armenio y su responsabilidad en tales hechos (Munchick, 2016). No obstante, a pesar de las tensiones en las relaciones diplomáticas hasta la fecha Turquía sigue sin reconocer el genocidio armenio.

2.3. El holodomor ucraniano

El desarrollo histórico de Rusia ha estado marcado por luchas, tanto externas como internas y por lo tanto manchada de sangre.

Ejemplo de ello son las dos revoluciones ocurridas durante 1917: una en febrero, producto de la cual se acabó con el régimen zarista; y otra en octubre con la que se colocó a Lenin en el poder. Todo ello al mismo tiempo que miles de soldados rusos morían en los distintos enfrentamientos de la Primera Guerra Mundial (Munchik, 2016).

Durante los años posteriores a la Gran Guerra las luchas continuaron, ya que, en 1918 luego de lograda la paz entre Rusia y Alemania, mediante el tratado de Brest-Litovsk, los Aliados al considerar dicho acuerdo como una traición, decidieron apoyar a los blancos⁹ con armamento y tropas, buscando sacar a Lenin del poder. En esta guerra interna, una de las más destructivas del siglo XX, que duró hasta 1921, surgieron líderes como Stalin y Trotski (Jones, 2006).

Luego de años en el poder, y tras una serie de atentados contra su vida que provocaron su debilitamiento, Lenin murió en 1924, por lo que se inició una pugna por el poder, principalmente entre Stalin y Trotski. La contienda por el liderazgo soviético terminó con la expulsión de Trotski, primero del Partido Comunista de la Unión Soviética en 1927 y finalmente con su exilio en 1929 (Jones, 2006). Bajo el régimen de Stalin en la URSS se concretó una rápida industrialización de la República, lo que generó que las poblaciones urbanas crecieran drásticamente. Con ello, comenzó la utilización masiva del sistema del Gulag¹⁰, así como la campaña contra los campesinos, ya que su cosecha era necesaria para alimentar a las ciudades saturadas por la industrialización (Jones, 2006).

Pronto el gobierno de Stalin identificó a la clase campesina como un enemigo, por lo que, además de expropiar las posesiones de los campesinos más ricos, Stalin ordenó reclutar a millones de ellos en trabajos forzados, en su búsqueda por consolidar la industria, así como en la necesidad de extraer recursos naturales para luego venderlos en el extranjero y con el dinero obtenido comprar maquinaria industrial (Jones, 2006). Al poco tiempo Stalin ordenó la eliminación de los kulaks¹¹ como clase, por lo que igual eran enviados a campos

⁹ Brazo militar del Movimiento Blanco, unión de distintas fuerzas contrarrevolucionarias rusas.

¹⁰ Campos de prisioneros, llamados así por las siglas en ruso de “Dirección General de Campos de Trabajo” (Munchick, 2006).

¹¹ Se conoció así a los campesinos acaudalados en la Unión Soviética.

de concentración para trabajar en condiciones extremas de frío y desnutrición; miles de ellos eran fusilados; y millones sufrían el desplazamiento a tierras distantes de la Unión Soviética (Jones, 2006).

La razón por la que a este grupo de supuestos campesinos ricos se les identificó como el enemigo público a eliminar, fue que se les atribuyó el fracaso de la colectivización forzada (Naimark, 2017) y junto con ellos a todos aquellos que se oponían a la colectivización.

Luego del intento de exterminio de los kulaks, en 1928 los agentes del régimen del estalinismo continuaron recorrieron los campos, buscando recolectar los granos, las cosechas y cobrar impuestos por éstas, lo que provocó una hambruna generalizada en diversos territorios de la URSS (Jones, 2006).

Uno de los pueblos que se vieron más afectados por la recolección forzosa de cereales y cosechas, lo que provocó una terrible hambruna conocida como Holodomor, fue Ucrania, la nación no rusa más numerosa y por ello con más probabilidades de convertirse en un riesgo para el orden soviético liderado por Stalin (Wozniak, 2012). Las causas que generaron esa terrible crisis de alimentos, de acuerdo con Jorge Wozniak, pueden sintetizarse en cuatro grupos: 1. Las condiciones climáticas adversas que generaron descenso en la producción agrícola; 2. Las condiciones técnicas y políticas, por la forma poco planificada en que se recolectaron las cosechas; 3. La acelerada industrialización, que para su financiamiento requería mayor extracción de productos; y 4. La intención estatal de eliminar a la población ucraniana (Wozniak, 2012).

Probablemente la combinación de estos factores fue lo que produjo la crisis alimentaria, pero hay quien señala que el factor señalado en el último grupo tuvo la intención de debilitar las aspiraciones nacionalistas de Ucrania, cuyo crecimiento económico y cultural en los años postrevolucionarios, conducía a la consolidación de un movimiento comunista cada vez más autónomo que preocupaba a los líderes del Partido Bolchevique (Wozniak, 2012). Así, mediante la persecución de los kulaks, nutrida incluso por los medios de comunicación que difundían un discurso del odio en contra de los campesinos acaudalados, continuamente refiriéndose a ellos como simios (Naimark, 2017), decenas de miles de kulaks murieron de hambre, exposición y de diversas enfermedades en el exilio al que fueron sometidos (Nai-

mark, 2017). Con ello rápidamente el campo se deterioró gravemente, por un lado, debido a la campaña de erradicación de kulaks, y por otro, la colectivización forzada, lo que generó escases de cereales, y posteriormente la confiscación de granos y reservas de las fincas (Naimark, 2017). Si bien lo anterior provocó una terrible hambruna en toda la Unión Soviética, la ocurrida en Ucrania fue particularmente grave. Las medidas particularmente duras contra las regiones ucranianas fueron ordenadas debido a que la mayoría de los campesinos ucranianos se oponían a la colectivización, pero también se fundaban en el temor de Stalin hacia la creciente y fortalecida conciencia nacional ucraniana (Naimark, 2017). El crecimiento económico y cultural de Ucrania en los años posrevolucionarios conducía a la formación de un movimiento comunista cada vez más autónomo que preocupaba a la dirigencia central del Partido Bolchevique (Wozniak, 2012).

Es cierto que el hambre por sí sola mató a millones de personas y específicamente ucranianos, sin embargo, la hambruna sucedió en un contexto de persecución, ejecución masiva y encarcelamiento destinado a socavar a los ucranianos como grupo nacional (Jones, 2006). Si bien, hoy en día existen múltiples estudios y organizaciones encargadas de difundir estos crímenes, el control de la información ejercido por el gobierno soviético originó que durante décadas la hambruna ucraniana, fuera conocida únicamente de manera superficial, no solo en occidente, sino que en la propia Unión Soviética (Wozniak, 2012).

3. CONCLUSIÓN

A lo largo del desarrollo histórico de la humanidad siempre han existido diversos acontecimientos que, motivados por múltiples razones y con distintas características, han estado encaminados a la eliminación parcial o total de grupos de personas, hechos que hoy gracias principalmente a las aportaciones de Lemkin identificamos como genocidios. Los acontecimientos que se han mencionado en el presente trabajo, y que ocurrieron durante el siglo XIX, así como en las primeras décadas del siglo XX, se desarrollaron cuando aún no estaban conceptualizados como genocidio. Los ataques generalizados a las distintas comunidades y grupos, con la finalidad de erradicarlos, presentan puntos de contacto, causas comunes y razones similares,

destacando en particular la creencia de supremacía racial; el apoderamiento de tierras; y en general los motivos económicos.

REFERENCIAS

Doctrina

- Antaramián, C. (2016). Esbozo histórico del genocidio armenio. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (228), septiembre-diciembre de 2016, pp. 337-364.
- Balikian, P. (2013). Raphael Lemkin, Cultural Destruction, and the Armenian Genocide. *Holocaust and Genocide Studies*, 27(1), pp. 57-89.
- Bartroli, J. (2015). Los Tasmanos, el Pueblo que no existe. En Ceinos P. (ed.), *Minorías Étnicas: Últimos testigos del paraíso*. Barcelona: Integral Ediciones, pp. 74-75.
- Bruneteau, B. (2004). *Le Siècle des génocides: Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. Paris: Armand Colin.
- Chalk, F. y Jonassohn, K. (eds.) (1990). *The history and sociology of genocide: Analyses and case studies*. New Haven: Yale University Press.
- Chapman, A. (1993). *Los selk'nam: la vida de los ona*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- Clements, N. (2014). *Black War: Fear, Sex and Resistance in Tasmania*. Brisbane: University of Queensland Press.
- Fein, H. (1984). Scenarios of genocide: models of genocide and critical responses. En Charny I. W. (ed.), *Toward the understanding and prevention of genocide*. Boulder: Westview Press Boulder, pp. 3-31.
- Fein, H. (1993). *Genocide: a sociological perspective*. Londres: Sage Publications.
- Flores, M. (2005). *Tutta la violenza di un secolo*. Milán: Feltrinelli.
- Gewald, J.B. (2003). Herero genocide in the twentieth century: Politics and memory. En Abbink J., Bruijn M., and Van Walraven C. (eds) *Rethinking Resistance: Revolt and Violence in African History*. Leiden: Koninklijke Brill, pp. 279-304.
- Jones, A. (2006). *Genocide a comprehensive introduction*. New York: Routledge
- Kuper, L. (1981). *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*. New Haven: Yale University Press.
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.

- Levene, M. (2000). Why Is the Twentieth Century the Century of Genocide? *Journal of World History*, 11(2), pp. 305-336.
- Magrassi, G. E. (1987). *Los aborígenes de la Argentina: ensayo socio-histórico-cultural*. Buenos Aires: Editorial Galerna.
- Martinic, M.B. (1989-1990). El genocidio Selknam: nuevos antecedentes. *Anales del Instituto de la Patagonia* (19), pp. 23-28.
- Muchnick, D. (2016). *Todo lo que necesitás saber sobre los genocidios del siglo XX*. Argentina: Paidós.
- Naimark, N.M. (2017). *Genocide: A World History*. Oxford: Oxford University Press.
- Palmer, A. (2000). *Colonial Genocide*. Bathurst: Crawford House.
- Rubinstein, W.D. (2014). *Genocide*. Londres y Nueva York: Routledge.
- Smith, R. (1987). Human destructiveness and politics: the twentieth century as an age of genocide. En Wallimann I. y Dobkowski M.N. (ed.), *Genocide and the modern age: etiology and case studies of mass death*. Connecticut: Greenwood, pp. 21-40.
- Sorrentino, M.R. (2009). *Genocidio. Cronistoria di un crimine internazionale da crimine contro l'umanità a reato autonomo*. Roma: Aracne Editrice.
- Taylor, R. (2004). *Unearthed. The Aboriginal Tasmanians of Kangaroo Island*. Kent Town: Wakefield Press.
- Wozniak, J. (2012). La hambruna ucraniana de 1932-1933 como caso de genocidio. Una introducción al debate. *Revista de Estudios sobre genocidio* (7), septiembre, pp. 49-64.

Otras referencias

- Ministerio de Educación de la Nación Argentina. (2014). *Holocausto y genocidios del siglo XX: Preguntas, respuestas y propuestas para su enseñanza*. Argentina, Argentina: Ministerio de Educación de la Nación.

Capítulo 2

El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948

Claudia Cárdenas

INTRODUCCIÓN

Una de las particularidades del genocidio en cuanto a crimen contra el derecho internacional consiste en que es el único crimen que en la práctica judicial ha estado tan indisolublemente ligado al texto de un tratado, pues tanto los Estatutos de Tribunales Penales Internacionales (art. 4 del ETPIY y art. 2 del ETPIR) como también varias legislaciones estatales reproducen, desde 1948 hasta ahora, de manera textual o casi textual la tipificación del delito que entrega la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio —que al 9 de mayo de 2019 suma 150 Estados partes— aunque esta no haya estado exenta de críticas, ni haya calzado exactamente con la noción doctrinaria de genocidio.

Es por esa particularidad que resulta especialmente interesante revisar cómo llegó a definirse el crimen en el texto que quedó plasmado en la Convención. El proceso se llevó a cabo en un tiempo acotado, dentro de la institucionalidad de la entonces recién creada organización Naciones Unidas, bajo el impacto del *modus operandi* de destrucción sistemática puesto en marcha bajo el régimen nazi que había quedado documentado en el Juicio de Núremberg y en los procesos posteriores. Además, estuvo enmarcado entre dos actos de gran relevancia: por un lado, la resolución que contiene el encargo inicial de la Asamblea General de examinar el asunto de una convención sobre genocidio se aprobó en la resolución siguiente a la que reconoce a los principios de Núremberg como derecho consuetudinario; por otro lado, la aprobación del texto del tratado en 1948 se produjo un día antes de la aprobación, por parte de la misma Asamblea General de Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Se trató de la primera tramitación de un tratado de derechos humanos en el marco de Naciones Unidas, que aún estaba en proceso de definir su institucionalidad interna, lo que puede explicar las discusiones procedimentales que acompañaron distintos pasos del proceso (Lippman, 1985).

Otro asunto destacable es la relevancia que en el proceso de redacción del tratado tuvieron representantes de países de habla hispana. Ello, al desarrollarse en una época en la que había considerablemente menos Estados que los actuales (como apuntan Abtahi y Webb (2008), faltaban los Estados africanos y gran parte de los asiáticos reconocidos hoy), además del mérito propio del trabajo activo de cada representante —Alfaro de Panamá, Pérez Perozo de Venezuela, Belt de Cuba, Gajardo de Chile, Correa de Ecuador— que quedó plasmado en los trabajos preparatorios [337 documentos publicados completos en Abtahi y Webb (2008)].

Para entregar una adecuada información acerca del proceso de definición del delito de genocidio en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, el trabajo se estructura en los siguientes apartados, que básicamente dan cuenta de los hitos del camino a la definición de la Convención, para finalmente ofrecer una breve valoración:

1. Surgimiento del término “genocidio”
2. El encargo de la Asamblea General de Naciones Unidas a su Consejo Económico y Social (1946)
3. El proyecto del Secretario General de Naciones Unidas (1947)
4. El trabajo en el Comité ad hoc (1948)
5. Las modificaciones al proyecto y la búsqueda de consensos en la Sexta Comisión (jurídica) (1948)
6. Breve valoración del resultado

Como ha quedado dicho, el presente capítulo se centrará en la definición del delito, por lo que no abordará asuntos que —aunque conexos— son distintos, como los relativos a la responsabilidad por el delito, a la jurisdicción sobre él, a su prevención o a la aplicación posterior de la definición contenida en la Convención (sobre todo eso pueden consultarse, a saber, Schabas, 2009; Gaeta 2009).

1. SURGIMIENTO DEL TÉRMINO “GENOCIDIO”

Si bien los orígenes del delito de genocidio se pueden rastrear hasta la cláusula Martens, en el preámbulo de la Convención de La Haya de 1907, que conocidamente refiere a “las costumbres entre pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública”, y a los tratados sobre minorías celebrados en el marco de la Liga de las Naciones; el término genocidio nació de la pluma del jurista polaco Raphael Lemkin pocos años antes de la Convención (Lemkin, 1944; Lippman, 2008; Weatherall, 2015; Werle y Jessberger, 2017). Él lo utilizó para nombrar el crimen que derivó en el holocausto bajo en régimen nazi, proponiendo un vocablo para nombrar aquella sistematización planificada del horror para el cual parecía no haber palabras. Señaló como sinónimo la voz etnocidio, pero fue la de genocidio la que en definitiva encontró un mayor protagonismo, tanto en sus propios escritos (Lemkin, 1946; 1947) como en los documentos de Naciones Unidas, que nombran de esa manera a la conducta contraria al derecho de gentes que merece castigo penal, ya desde 1946.

El término lo construyó a partir del griego “*genos*” (raza, tribu) y del latín “*caedere*” (matar) y formuló con él la primera propuesta que encontrara eco a nivel global de castigar penalmente, en base al derecho internacional, conductas tendientes a la aniquilación de grupos humanos, las que le preocupaban ya en 1933, cuando remitió una propuesta a la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal que se celebró en Madrid de crear dos nuevos crímenes: el de barbarie —cuyo núcleo era la destrucción de colectividades— y el de vandalismo consistente en la destrucción de trabajos artísticos y culturales de ciertos grupos raciales, religiosos o sociales (Lemkin, 1933). Sin embargo, esas propuestas no prosperaron y es conocida la cita de Churchill que en 1941 decía que estaba “en presencia de un crimen sin un nombre” (Lemkin, 1946, p. 228).

Lemkin (1944) definió el genocidio como un conjunto de acciones que atacan las condiciones esenciales de vida de un grupo, dirigidas contra el grupo nacional, racial o religioso en cuanto a entidad, de modo que las acciones no se dirigen contra personas consideradas como individuos, sino como miembros de un grupo. Por lo mismo, plantea que la sola consideración de esos fenómenos como asesinatos

en masa no resultaría adecuada, porque soslaya la motivación del crimen, que consiste precisamente en destruir a una nación (Lemkin, 1946). De manera análoga, señala que sería inadecuado considerarlo solo como un delito doméstico, no solo porque las consideraciones de naturaleza jurídica, moral y humanitaria que lo fundan son universales, sino también por razones prácticas: plantea que, en general, sería cometido por miembros de grupos poderosos que controlan el Estado, por lo que ese Estado no lo perseguirá (Lemkin, 1946). Para entender mejor ese punto es necesario decir también que Lemkin veía a este como un delito de sujeto activo calificado, en cuanto los sujetos activos que tenía en mente eran representantes del Estado o de grupos políticos o sociales organizados (Lemkin, 1945), aunque por otra parte entiende que tendrían responsabilidad quienes ordenan, quienes ejecutan las órdenes y quienes incitan por cualquier medio a cometer genocidio (Lippman, 1985). En cuanto a los tratados sobre minorías celebrados en el marco de la Liga de las Naciones, opinaba que no eran adecuados para enfrentar jurídicamente este fenómeno, pues su ámbito de aplicación se limitaba a pocos Estados y estaban pensados para garantizar derechos civiles y políticos más que la propia existencia del grupo (1945). En lo que respecta al Reglamento de La Haya, si bien cubre algunos aspectos, le parece que el fenómeno del genocidio es demasiado desastroso como para que solo pueda asirse jurídicamente mediante regulaciones fragmentarias. En su obra de 1944 *Axis Rule in Occupied Europe* —base sobre la que vuelve en escritos posteriores—, Lemkin propone al genocidio como un término que abarca no solo la aniquilación física premeditada de individuos, sino una serie de conductas tendientes a dejar fuera del disfrute de derechos a grupos enteros, por medio de legislación aplicable a distintos aspectos de su vida (uso de espacios públicos, trabajo, propiedad, matrimonio, relaciones íntimas, lenguaje, uso de signos externos, aparte de la destrucción de templos y la confiscación de libros). Lemkin analiza todas estas disposiciones en conjunto, para dar cuenta de cómo la maquinaria nazi había etiquetado a ciertos grupos, llevando varias acciones tendientes a su identificación y negación sistemática de derechos antes de comenzar su exterminio físico.

El autor llega a ver todas las acciones como parte del mismo fenómeno, que entiende criminal, y en donde la destrucción de todo lo que hace la cultura común de un grupo lleva a la destrucción del propio

grupo, que no necesariamente es física, aunque en el caso nazi se haya usado también la técnica del exterminio (Blisky y Klagsburn, 2018). Identifica dos principales fases del genocidio: la primera consiste en la destrucción de los patrones nacionales del grupo objeto el ataque, en tanto que la segunda consiste en la imposición de los patrones del opresor. Las técnicas que implican dar muerte las llamó *ktonotecnicas* —del griego *ktono* que significaría asesinato— mientras que las tendientes a impedir nacimientos las denominó *sterotecnias* también del griego *steiros*, que significaría infértil (Lemkin, 1947, p. 148); y, más en general, poniendo siempre como ejemplo el genocidio llevado a cabo en seguimiento de la doctrina de la superioridad racial propia del régimen nazi, distingue entre técnicas en varios ámbitos: en el político (como dividir y aislar territorios ocupados), en el social (como atacar a los intelectuales del grupo), en el cultural (como imponer un idioma o prohibir manifestaciones culturales propias), en el religioso (como perseguir a los clérigos y expropiar a las iglesias), en el moral (como mantener el alcohol a bajo precio cuando todo sube y fomentar las apuestas), en el económico (como las expropiaciones, confiscaciones y la prohibición de trabajar), en el biológico (las medidas para impedir nacimientos) y en el físico (el asesinato o el sometimiento a condiciones que harán perecer por hambre, insalubridad u otros factores).

El término genocidio se utilizó también en el juicio contra los principales criminales de guerra, tanto en la acusación (International Military Tribunal, 1947) como en los finales (Lemkin 1985; Schabas, 2007; 2008), para describir un fenómeno, aunque no existiera un crimen con ese *nomen iuris* en los crímenes de competencia de ese tribunal y por lo mismo no pudiera ser ese el objeto directo ni de la imputación ni de condenas.

Ya en el marco de Naciones Unidas, poco después de que se diera a conocer la sentencia del juicio de Núremberg contra los principales criminales de guerra, las delegaciones de Cuba, India y Panamá patrocinaron un proyecto de resolución sobre el crimen de genocidio, que había sido redactado por Lemkin (Lemkin, 1947). Schabas destaca como una extraña causalidad el hecho de que los patrocinadores fueran Estados de lo que luego se denominaría el “tercer mundo”, pues fueron ellos quienes apreciaron al naciente derecho penal internacional como una herramienta de protección. Mientras tanto, los Estados más poderosos mantenían preocupaciones ligadas a la valo-

ración que conforme a dicho proyecto tendrían sus propias políticas, lo que explica que, para perseguir crímenes de lesa humanidad por el Tribunal Internacional de Núremberg, se exigiera que estuvieran ligados a otros crímenes de competencia del tribunal. Lo anterior, en la práctica, significaba ligarlos a la guerra agresiva llevada adelante por el régimen nazi (Schabas, 2008). Ese requisito de conexión, según argumentó el representante cubano Ernesto Dihigo al presentar la iniciativa, habría llevado a la imposibilidad de perseguir crímenes contra la población civil ocurridos antes del inicio de la guerra, lo que constituía un vacío que una convención contra el genocidio contribuiría a cerrar (AGNU, UN Doc. A/RES/96(I), 1946c). En la discusión se puso de relieve que el genocidio como fenómeno no era nuevo, sino que acompañaba a la humanidad desde tiempos remotos.

En el Juicio a los Juristas se empleó también el término genocidio para describir hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, lo mismo que en los casos seguidos en Polonia en 1946 y 1947 (Lippman, 2008).

Esta etapa previa a la Convención y en gran medida también previa al encargo que le da origen, es tan relevante que permite a la Asamblea General de Naciones Unidas afirmar, en 1946, que “el genocidio es un crimen del derecho internacional” (AGNU, UN Doc. A/RES/96(I), 1946c); y a la Corte Internacional de Justicia señalar, en 1951, que los principios de subyacen a la Convención son vinculantes para los Estados, incluso sin obligación convencional alguna (CIJ, 1951). Ese carácter de *ius cogens*, que ha sido reafirmado luego por la misma CIJ en 2006 y por otros tribunales internacionales y estatales (Weatherall, 2015) da cuenta de una *opinio iuris sive necessitatis* que surgió antes del encargo formal de redactar un tratado, y que de hecho lo funda.

Todo el proceso que llevó a la adopción de la Convención contra el Genocidio puede ser leído como una reacción al juicio de Nuremberg (King, Ferencz y Harris, 2007), en particular por no haber podido juzgarse en él las atrocidades no directamente vinculadas a la guerra agresiva, lo que de acuerdo a Schabas (2007) se decidió de esa forma por preocupaciones de los aliados en torno a la eventualidad de tener que responder por políticas llevadas adelante contra grupos de sus súbditos en esa época.

2. EL ENCARGO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS A SU CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (1946)

Ya en el primer periodo de sesiones de Naciones Unidas se presentó, como ha quedado dicho más arriba, una propuesta patrocinada por Cuba, India y Panamá, de 2 de noviembre de 1946, solicitando al Secretario General de Naciones Unidas incluir en la agenda de la Asamblea General el asunto de la prevención y sanción del delito de genocidio. Iba acompañada por un proyecto de resolución, que reconocía que el genocidio negaba el derecho a la existencia de grupos humanos enteros y había resultado en grandes pérdidas para la humanidad, lo mismo que invitaba al ECOSOC a estudiar el problema y las posibilidades de declarar al genocidio como crimen contra el derecho internacional, de manera análoga a la piratería y la trata de esclavos (AGNU, UN Doc. A/BUR/50, 1946b; Lippman 1985). Eso iba en la línea de las previas conferencias Panamericanas, que habían condenado la persecución por razones de lengua, raza o religión (AGNU, UN Doc. A/C.6/91, 1946a; Abtahi y Webb, 2018).

Además, existió un proyecto de protocolo para la prevención y castigo del genocidio que la delegación de Arabia Saudita presentó en noviembre de 1946 (Schabas, 2009; Abtahi y Webb, 2018), en el que se califica al genocidio como una variante de crímenes de lesa humanidad y se incluyen como conductas típicas de desintegración planificada de la estructura social para lograr su desintegración social o moral, entre otros supuestos.

La Asamblea General remitió el proyecto de resolución patrocinado por Cuba, India y Panamá a su Sexto Comité (Jurídico), donde recibió apoyo unánime a la propuesta de declarar al genocidio un crimen contra el derecho internacional, aunque incluyendo sugerencias de modificación al texto por parte de varios representantes estatales. El Sexto Comité encargó al tercer subcomité formular un proyecto de resolución. Este se reunió del 3 al 5 de noviembre bajo la presidencia del representante de Chile, y el proyecto le fue remitido a aquél el 6 de noviembre. En él se manifestaba la convicción de declarar al genocidio como un crimen internacional, pero sin referencias a la piratería o la trata de esclavos, y con la recomendación a la Asamblea General de encargar al ECOSOC la preparación de un proyecto de convención

para serle sometido, pues allí podrían tratarse asuntos que ameritaban más discusión, como el de la responsabilidad y eventuales actos preparatorios punibles (Lemkin, 1985; AGNU, UN Doc. A/231, 1946d).

En su reunión núm. 55 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 96(I) de 1946, según la cual:

El genocidio es una negación al derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera en que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación el derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas.

Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos han sido destruidos parcial o totalmente.

El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional.

La Asamblea General, por lo tanto,

Afirma que el genocidio es un crimen del derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza.

Invita a los Estados que son miembros de las Naciones Unidas, a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo de ese crimen;

Recomienda que se organice la cooperación internacional entre los Estados, con el fin de facilitar la rápida prevención y castigo del crimen de genocidio, y con este fin;

Solicita al ECOSOC que emprenda los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio, para que sea sometido a la Asamblea General en su próxima sesión ordinaria. (AGNU, UN Doc. A/RES/96(I), 1946c, p. 188-189)

Si bien la meta temporal fijada al final de la resolución no se logró, ella denota cómo desde las primeras etapas la negociación de la Convención se liga indisolublemente a Naciones Unidas, así como otras posteriormente lo estarían también.

Acaso el aspecto más relevante de la resolución es que ya a esa altura afirme la existencia del crimen de genocidio, aun sin convención que tipifique el crimen. Al tratarse de un término de origen doctrinal, podría pensarse que lo está tomando en el sentido que le da Lemkin, y

que ha quedado reseñado más arriba. En todo caso, es indudable que la idea matriz sobre la protección de grupos humanos diversos por su riqueza para la humanidad, está tomada de Lemkin.

Asimismo son dignos de destacarse otros aspectos, de cara a la discusión posterior: el señalar expresamente que cualquier persona puede ser responsable del delito, sin requerirse de una calificación estatal; el establecer como principal efecto pernicioso del genocidio la “gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural” que implica, que fue recordado por partidarios de incluir esa forma de genocidio en la Convención; y el incluir expresamente entre los motivos del crimen a los políticos, lo que sería a su turno recordado por quienes defendían incluir a los grupos políticos entre los protegidos por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

3. EL PROYECTO DE LA SECRETARÍA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1947)

El ECOSOC abordó el asunto del genocidio, de acuerdo al encargo recibido en la resolución 96(I) en su cuarta sesión, en la reunión plenaria de n° 70, de 15 de marzo de 1947. No hubo unanimidad en cuanto a si encargar el proyecto de Convención a la Comisión de Derechos Humanos, a la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, a un comité especial dentro del ECOSOC, o a un grupo de expertos dentro de la Secretaría. Finalmente, se decidió en encargar la implementación de la resolución 96(I) de la Asamblea General a la Comisión de Asuntos Sociales, que inmediatamente decidió apoyar una propuesta patrocinada por Estados Unidos, la cual fue adoptada por el ECOSOC (Lippman, 1985). La resolución 47(IV) del ECOSOC instruyó al Secretario General llevar adelante los estudios para la implementación de la resolución 96(I) de la Asamblea General, con la asistencia de expertos en derecho internacional y en derecho penal. Asimismo, era parte del encargo consultar con el Comité para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, de ser posible consultar también con la Comisión de Derechos Humanos y dar a conocer el proyecto a todos los Estados miembros de Naciones Unidas con miras a recibir sus

comentarios, para remitir, luego de eso, el proyecto de Convención para la próxima sesión del ECOSOC.

El Secretario General solicitó a la División de Derechos Humanos la redacción de un proyecto de tratado, que fue discutido y enmendado por un grupo de tres expertos (Lemkin, Donnedieu de Vabres y Pella), en conjunto con el director de la División de Derechos Humanos el profesor Humphrey, el jefe de la Sección de Investigación de la División de Derechos Humanos (profesor Giraud) y el señor Kliava, del Departamento Jurídico de la Secretaría General (Lippman, 1985). Fruto de este trabajo conjunto se entregó un primer borrador de Convención al ECOSOC (UN Doc. E/447), en el que expresamente se señaló que se pretendía abarcar todos los puntos de regulación posibles, para dejar pendiente la decisión política de cuánto abarcar en la Convención. A continuación, se reseñan algunos aspectos relevantes. El párrafo 2 del preámbulo proclama que los actos de genocidio son crímenes contra el derecho de las naciones, y las exigencias fundamentales de la civilización, el orden internacional y la paz requieren su prevención y castigo.

En su art. I(II) se refiere a la descripción de la conducta:

En esta convención, la palabra ‘genocidio’ significa un acto criminal dirigido contra cualquiera de los grupos de seres humanos mencionados con el propósito de destruirlos en todo o en parte o de evitar su preservación o desarrollo. Incluía como grupos protegidos el racial, nacional, lingüístico, religioso y político;

Tales actos consisten en:

1. causar la muerte de miembros de un grupo o dañar su salud o integridad física por medio de:

(a) Masacres grupales o ejecuciones individuales; o

(b) sujeción a condiciones de vida que, por falta de vivienda, vestuario, alimentos, higiene y cuidados médicos apropiados, o trabajo excesivo o esfuerzo físico excesivo probablemente resulten en la debilitación o muerte de los individuos; o

(c) mutilaciones y experimentos biológicos impuestos por motivos distintos de los curativos; o

(d) privación de todos los medios de vida por medio de la confiscación de la propiedad, saqueo, restricción laboral, denegación de vivienda y suministros disponibles para los demás habitantes del territorio en cuestión.

2. Restringir nacimientos mediante:

(a) esterilización y/o aborto forzado; o

(b) segregación de los sexos; o

(c) obstáculos para contraer matrimonio.

3. Destruir las características específicas del grupo mediante:
 - (a) traslado forzoso de niños a otro grupo humano, o
 - (b) exilio forzado y sistemático de individuos representantes de la cultura del grupo;
 - (c) prohibición del uso de la lengua nacional incluso en relaciones privadas; o
 - (d) destrucción sistemática de libros impresos en el idioma nacional, o de obras religiosas, o prohibición de nuevas publicaciones; o
 - (e) destrucción sistemática de monumentos históricos o religiosos o su distracción a otros usos, destrucción o distracción de documentos u objetos de relevancia histórica, artística o religiosa o de objetos usados en el culto religioso. (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b, p. 25-28). (Traducción de la autora desde el inglés).

Entre los actos que son también punibles, en el artículo II se encuentran la participación intencional en actos de genocidio, la incitación directa y pública al genocidio, ya sea que llegue a cometerse o no, y la conspiración para cometer genocidio; en tanto que se acuerdo al artículo III: “Todas las formas de propaganda pública, tendientes por su carácter sistemático y odioso a provocar un genocidio, o a hacerlo parecer como necesario, legítimo o excusable, deben ser castigados” (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b, p. 29).

En los comentarios al proyecto se encuentra una definición de genocidio a la que se sugiere adherir rígidamente para evitar una expansión de la regulación a otros ámbitos, propios de otras disciplinas, como el derecho de la guerra o de los derechos humanos, lo que podría dificultar la ratificación del tratado. Se dice: “genocidio es la destrucción deliberada de un grupo humano” (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b, p. 16).

También en los comentarios al proyecto se identifican los problemas clave que están envueltos en el castigo internacional del genocidio (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b), entre los que se cuentan los siguientes asuntos que son relevantes para la determinación de la conducta punible: qué grupos humanos debieran estar protegidos por la Convención; qué significa genocidio; y si hay conductas de la Convención que requieran un sujeto activo calificado. Respecto de los grupos humanos a proteger por la convención (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b), señalan que se guiaron por el encargo contenido en la resolución 96(I) de la Asamblea General, dejando la fórmula de grupos raciales, religiosos, políticos y otros. Se encuentra en el documento una

definición de grupo humano como una parte de la población cuyos miembros tienen características comunes que los distinguen del resto de los miembros de la sociedad (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b). Se deja constancia de que Lemkin manifestó dudas en cuanto a si era correcto incluir a grupos políticos. Sus razones son que los grupos políticos no tendrían en carácter permanente de los demás, que prefería no incluir en la convención ideas que no concitaran consenso, y que en su opinión los grupos raciales, nacionales o religiosos serían más susceptibles que respecto de ellos se cometa genocidio. Donnedieu de Vabres, en tanto, manifestó su opinión de que el genocidio era igualmente odioso en caso de cometerse contra cualquier grupo, en tanto Pella señaló que era un asunto *Delicado* que debía quedar a la decisión de la Asamblea General (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b). Los Estados Unidos de América derechamente se habría opuesto a su inclusión (Abtahi y Webb, 2018).

En cuanto al alcance que debiera tener el genocidio en el tratado, y en concreto si debiera abarcar las tres clases de genocidio distinguidas por Lemkin¹, se señala que se contemplan todas en el proyecto formas, para que en definitiva en otra etapa se tome la decisión de si castigarlas todas en este tratado o no (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b). Donnedieu de Vabres y Pella manifestaron entender que el genocidio cultural implica una extensión indebida de la noción de genocidio, sin perjuicio de la protección de las minorías por otros medios. Lemkin señaló que es el acervo y la diversidad cultural de los grupos lo que los hace un aporte para la humanidad, más que la sola existencia física de las personas que lo conforman, y que el traslado de niños tiene la potencialidad de hacer desaparecer al grupo en cuanto a unidad cultural en un breve periodo de tiempo. En la inclusión de esa conducta hubo unanimidad entre los expertos (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b).

El proyecto de la Secretaría contemplaba tanto elementos del genocidio político como del genocidio cultural, pero en distintas partes del texto (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b; Abtahi y Webb, 2018), pues el grupo político estaba mencionado en el encabezado como uno

¹ Esto es el físico (causar la muerte) el biológico (impedir nacimientos) y el cultural (destrucción de las características del grupo)

de los grupos protegidos, en tanto que el genocidio cultural se encontraba descrito como una de las formas de cometer genocidio en el artículo I(3). Donnedieu de Vabres y Pella se manifestaron en contra de incluir al genocidio cultural, por extender a su juicio indebidamente la noción de genocidio, y a esa posición se sumaron los Países Bajos, los Estados Unidos de América y Francia. A favor, en cambio, se mostraron representantes del Líbano, Polonia y Yugoslavia (Abtahi y Webb, 2018).

En la práctica la discusión acerca de los grupos protegidos es solo artificialmente separable de la de las formas de cometer genocidio que se incluirían en el tratado. Es claro que la descripción que hace Lemkin en sus escritos sobre genocidio no está pensando en los grupos políticos, y de hecho en teoría pareciera ser que las tres clases de genocidio que distingue podrían darse más bien en los grupos étnicos o religiosos... Lamentablemente, en América Latina conocemos que se han llevado a cabo prácticas de traslado de niños de miembros de grupos políticos a otros, matanza de miembros de los grupos, y de quema masiva de libros cuando se cree que tienen relación con las opiniones que se busca erradicar. Con todo, al proponer el término genocidio, Lemkin está pensando en grupos que tienen un acervo cultural a proteger, lo que es más claro en los grupos étnicos y religiosos que en los políticos, y de esta forma la discusión en torno a los grupos protegidos y las formas de genocidio se entrecruzan, pues gran parte de las objeciones al genocidio cultural se expresan pensando en la eventualidad de que se cuente a los grupos políticos entre los protegidos.

Por otro lado, acerca de la intención genocida, se señala que el hecho de que el acto sea deliberado quiere decir que su objetivo debe ser la destrucción del grupo de seres humanos (ECOSOC, UN Doc A/RES/140(II), 1947). En cuanto a las formas concretas de genocidio, caracteriza la “sujeción a condiciones de vida que [...] probablemente resulten en la debilitación o muerte de los individuos” como ‘*slow death*’” (muerte lenta) (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b, p. 25). En cambio, prácticas como la asimilación forzada de sectores de la población y el traslado forzoso de la población, si bien pueden coincidir con él, no necesariamente implicarían que existe genocidio, y sería indiferente si las víctimas de genocidio son nacionales o extranjeras, o si se comete en tiempos de paz o durante un conflicto armado (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b). Se explica que la privación de medios

de existencia condena a las personas a una existencia miserable dedicada a actividades ilícitas o clandestinas o a depender de la caridad pública, y en definitiva condena a la muerte en un mediano plazo (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b).

Sobre los sujetos activos del delito, el documento que contiene el proyecto manifiesta haber tomado también un enfoque amplio —sin perjuicio de que se pueda decidir acotarlo en otra etapa— influyendo en esa decisión el hecho de que parece ser lo más acorde con la resolución 96(I) de la Asamblea General (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b). Por su parte, Donnedieu de Vabres manifiesta que solo a quienes forman parte del gobierno debía juzgárseles conforme a la convención, en tanto que a las demás personas debía aplicárseles el derecho interno (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b).

El informe se refiere también a conductas distintas del genocidio que serían asimismo declaradas como conductas punibles en el tratado propuesto. En esa circunstancia se encuentran algunos actos preparatorios especialmente descritos, que se propone declarar punibles considerando la extrema gravedad del crimen, sus efectos irreparables y el hecho de que el genocidio normalmente requerirá el concurso de varios actores y una considerable preparación. Eso sí, se considera importante describir qué clase de actos preparatorios serán punibles (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b): sobre la instigación directa y pública al genocidio, dice que se trata de apelaciones directas al público por medio de charlas, radio o prensa, incitando al genocidio, sea que sean parte de un plan o mera iniciativa de una persona, sea que se trata de algo premeditado o palabras irreflexivas de una persona, y que en cualquier caso deben ser punibles (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b).

En cuanto a la propaganda del genocidio, se explica que se propone declararla como conducta punible porque el genocidio no se puede llevar a cabo sino hasta que se logra propagar un cierto estado mental que hace que el público vea a la comisión del genocidio como algo favorable (ECOSOC, UN Doc. E/447, 1947b).

El proyecto de la Secretaría con los comentarios de los tres expertos (Lemkin, Donnedieu de Vabres y Pella) fue enviado al Comité para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, antecesora de la Comisión de Derecho Internacional (Lippman, 1985; Schabas, 2007), que discutió primero el procedimiento que emplearía,

teniendo a la vista que el documento había sido enviado también al ECOSOC y la meta temporal impuesta, de tener las observaciones para el siguiente periodo de sesiones.

El 6 de agosto de 1947, el ECOSOC dictó la resolución 77(V) (ECOSOC, RES/77(V), 1947c), llamando a los Estados miembros de Naciones Unidas a remitir a la brevedad posible sus observaciones al proyecto de convención e instruyendo al Secretario General a que recolectara esos comentarios.

La Asamblea General remitió al proyecto a la Sexta Comisión (jurídica), que, ante los cuestionamientos frente a la necesidad de un tratado especial para el genocidio, adoptó una resolución solicitando al ECOSOC examinar si una convención sobre genocidio era deseable y necesaria, y, en dado caso, determinar si debía ser una convención separada sobre genocidio, o si el asunto podía tratarse en una que incluyera los principios de Núremberg. De encontrar que una convención separada era necesaria, le pide considerar el proyecto preparado por la Secretaría, luego de haber recibido los comentarios de la mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas, y remitir un informe del asunto a la tercera sesión regular de la Asamblea General (Mosheim, 1949; Lippman, 1985).

Luego, el 3 de noviembre, por medio de la resolución 180 [A/RES/180(II)], la Asamblea General solicitó al ECOSOC continuar el trabajo que había comenzado, concerniente al delito de genocidio — incluyendo el estudio del proyecto de convención de la Secretaría— y completar el trabajo, sin necesidad de esperar a que todos los Estados partes les remitan sus comentarios. Ello, teniendo en cuenta el plazo al que hace referencia la resolución E/447, y que la Comisión de Derecho Internacional tenía encargada la redacción de los principios de Núremberg y la preparación de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

4. EL TRABAJO EN EL COMITÉ AD HOC

El ECOSOC, interpretando los términos de la resolución 180(II) de la Asamblea General, observó que no iba a alcanzar a consultar con la Comisión de Derecho Internacional antes de la siguiente sesión ordinaria de la Asamblea General, y manifestó estar consciente de la

necesidad de armonía entre la convención que estaba discutiendo y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Identificó, además, las principales cuestiones políticas a ser discutidas: la de los grupos protegidos, las clases de genocidio a ser abarcadas (físico, biológico y cultural), el sujeto activo y la jurisdicción. Con todo, sus sesiones plenarias de 12 y 13 de febrero de 1948 las ocupó en dilucidar cuestiones procedimentales.

Mediante la resolución 170(IV), el ECOSOC estableció un Comité ad hoc compuesto por los representantes ante él de China, Francia, el Líbano, Polonia, Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Venezuela. A esta comisión se le encargó trabajar en los términos de la resolución 180(II) de 23 de noviembre de 1947, para luego remitir el proyecto de Convención junto con la recomendación de la comisión de Derechos Humanos, a la siguiente sesión del ECOSOC.

El Reino Unido se abstuvo, por entender que el genocidio era una variante de crimen de lesa humanidad, por lo que el asunto debiera remitirse a la comisión de Derecho Internacional, que tenía el encargo de codificar los principios de Núremberg (Lippman, 1985).

El Comité trabajó sobre la base de una propuesta de China (Lippman, 1985), y su trabajo terminó con un nuevo proyecto de convención como anexo a su informe (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

En el preámbulo del nuevo proyecto se lee que el genocidio es un grave crimen contra el género humano, contrario al espíritu y los fines de las Naciones Unidas, y que se toma nota de que el TMI de Núremberg juzgó actos similares a los que trata la Convención, pero bajo otra descripción de conducta punible. La expresión “contra el género humano” (“*against mankind*”) había sido impulsada por el representante de Francia, que veía al genocidio como una variante de crimen contra la humanidad. Como no había acuerdo al respecto, en vez de incluir la expresión “crimen contra la humanidad” (“*against humanity*”), utilizaron “contra el género humano”, que concitó consenso (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c). En cambio, no hubo consenso en acoger la propuesta de la URSS de ligar —en el preámbulo— el genocidio al nazismo y al fascismo, argumentando que históricamente ha habido otras motivaciones relevantes para cometerlo, y que la idea era redactar un tratado que rigiera hacia el futuro, sin limitarse a condenar el pasado (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

A continuación, se reproducen otras disposiciones relevantes para la determinación de la conducta constitutiva de genocidio, en traducción de la autora desde el inglés.

Artículo I: “El genocidio es un crimen contra el derecho internacional, sea que se cometa en tiempo de paz o en tiempo de guerra”. Esta formulación se toma de la resolución 96(I) de la Asamblea General (UN Doc. E/794, p. 11), agregando la idea de que el crimen se aplicaría independientemente de la existencia de un conflicto armado.

El artículo II, con la nota marginal “genocidio ‘físico’ y ‘biológico’”, que el proyecto aclara en una nota al pie que no está pensada como parte de la Convención, reza:

En esta convención, genocidio significa cualquiera de los siguientes actos cometidos deliberadamente con la intención de destruir a un grupo nacional, racial, religioso o político, por razones de origen nacional o racial, creencia religiosa u opinión política de sus miembros:

- (1) Matar a miembros del grupo;
- (2) afectar la integridad física de miembros del grupo;
- (3) someter a miembros del grupo a medidas o condiciones de vida que apunten a causar su muerte;
- (4) imponer medidas para impedir nacimientos entro el grupo (ECOSOC, 1948c).

El artículo III, con la nota marginal “genocidio ‘cultural’”, reza:

En esta convención, genocidio también significa cualquier acto cometido deliberadamente con la intención de destruir la lengua, religión o cultura de un grupo nacional, racial o religioso en razón de su origen nacional o racial o la creencia religiosa de sus miembros, tales como:

- (1) Prohibir el uso de la lengua del grupo en sus relaciones cotidianas o en escuelas, o la impresión y circulación de publicaciones en la lengua del grupo;
- (2) Destruir o impedir el uso de librerías, museos escuelas, monumentos históricos, lugares de adoración instituciones culturales y objetos del grupo;

Artículo IV: Los siguientes actos deben ser castigados:

- (a) El genocidio definido en los artículos I y II;
- (b) la conspiración para cometer genocidio;
- (c) la instigación directa, en público o en privado, a cometer genocidio, sea que la incitación sea exitosa o no;
- (d) la tentativa de genocidio;
- (e) la complicidad en cualquiera de los actos enumerados en este artículo.

Artículo V: Quienes cometan genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo IV deben ser castigados, sea que se trate de jefes de Estado, funcionarios públicos o individuos privados (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

En los comentarios al proyecto contenidos en el mismo documento que lo da a conocer, se destaca al artículo II como la norma básica que define el genocidio, y se identifica 4 elementos en la definición: 1. Noción de premeditación; 2. Intención de destruir un grupo humano; 3. Grupos protegidos; 4. Motivos para actuar. En lo concerniente a los grupos protegidos, se explica que hubo unanimidad para incluir todos salvo el político, que terminó siendo incluido por 4 votos a 3². Se hizo presente la dificultad existente para deslindar sus límites con violaciones de derechos humanos y derechos de las minorías (que serían las herramientas jurídicas idóneas para responder ante estos fenómenos, de acuerdo al representante del Reino Unido). El proyecto al final de esta etapa contenía lo que Abtahi y Webb (2018) llaman una versión simplificada del genocidio cultural, que no incluía el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

Es interesante la idea, que se repite a lo largo de la definición del texto, de que sería necesario deslindar entre violaciones de derechos humanos y derechos de las minorías y el genocidio, pareciendo excluir la posibilidad de que una conducta sea atentatoria contra los derechos humanos (calidad que se reconoce con toda naturalidad a los derechos culturales) y constitutiva de genocidio, siempre que compruebe que se ha cometido con la intención de destruir a uno de los grupos protegidos.

En la discusión en el seno del Comité tampoco hubo unanimidad en el punto de la formulación expresa de motivos para actuar complementarios de la intención de destruir al grupo. En el voto de minoría se argumentó que podría bastar con el ánimo de destruir (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c). En cuanto a la formulación de las formas de cometer genocidio no hubo consenso, sin perjuicio de que se dieron ejemplos de aquello en lo que pueden consistir las afectaciones a la integridad física: tortura, mutilaciones, violencia que pueda causar la muerte de miembros del grupo; y algo análogo sucede con la imposición de medidas para impedir nacimientos, que se explicó abarcaba

² El voto de la minoría se justificaba en argumentos de falta de estabilidad y homogeneidad del grupo político frente a los demás y falta de nitidez en la definición, aparte del riesgo que incluirlo significaba para lograr una masiva ratificación del tratado.

acciones como castración, esterilización, aborto forzado, separación por sexos (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

Por otro lado, sí se logró unanimidad para la determinación de posibles sujetos responsables (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

En este proyecto se dejó fuera la propuesta de castigar actos preparatorios, pues se estimó que varios de ellos podían quedar cubiertas en la asociación para cometer el delito, y resultaba muy engorroso describir esas conductas. Se excluyó también la punibilidad de los actos de propaganda, porque podía ser un obstáculo para las ratificaciones al ser malentendida como una afectación de la libertad de expresión, y además porque para algunos miembros, las formas de propaganda que interesaba impedir quedaban abarcadas por la punibilidad de la instigación directa a cometer genocidio (ECOSOC, UN Doc E/794, 1948c).

El proyecto, con su informe, fueron enviados a la Comisión de Derechos Humanos, la cual señaló que por falta de tiempo no era capaz de considerar detalladamente la Convención ni estaba en posición de hacer ninguna observación sobre asuntos de fondo, sin perjuicio de expresar su opinión de que el proyecto representa una base apropiada para la consideración urgente y la acción decisiva del ECOSOC de la Asamblea General en su próxima sesión (ECOSOC, UN Doc E/800, 1948d). En la misma sesión se discutió la Declaración Universal de Derechos Humanos y un proyecto de tratado internacional de derechos humanos (anexos A y B).

5. LAS MODIFICACIONES AL PROYECTO Y LA BÚSQUEDA DE CONSENSOS EN LA SEXTA COMISIÓN (JURÍDICA) (1948)

El ECOSOC remitió el informe y el proyecto del Comité Ad Hoc a la Asamblea General, quien lo remitió a su vez a su Sexta Comisión. La Sexta Comisión revisó el proyecto artículo por artículo en numerosas reuniones agrupadas en dos rondas de debate entre el 5 de octubre y el 4 de noviembre de 1948, y votó por remitirlo luego a la Asamblea General en lugar de la Comisión de Derecho Internacional. El proyecto de la Sexta Comisión fue enviado luego al Comité de Redacción. La Sexta Comisión consideró las modificaciones propuestas por el Comité de

Redacción y finalmente aprobó por unanimidad el texto de su proyecto (Lippman, 1985), que es básicamente en texto de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y que remitió luego, junto con el informe del Comité, a la Asamblea General.

En la primera ronda de debate se volvió a discutir sobre los grupos políticos, señalándose a favor de su inclusión que estaban unidos por un ideal, de modo análogo a los grupos religiosos, y que su exclusión podría ponerlos en peligro. Además, se volvió a recordar el encargo de la resolución 96(I) de la Asamblea General, que los incluía al menos indirectamente. Así, inicialmente, la mayoría de los Estados votó por mantener a los grupos políticos entre los grupos protegidos. Sobre ese punto resulta llamativo leer la intervención del representante de Venezuela diciendo que América Latina estaba especialmente interesada en el genocidio político “porque otras formas de ese crimen eran completamente desconocidas en esos países”. Con ojos de hoy y pensando en el trato que la corona española primero y nuestros Estados después han dado a los pueblos originarios de América Latina, es claro que esa afirmación no puede sostenerse (ECOSOC, UN Doc. A/C.6/SR.83, 1948a).

Por otra parte, la mayoría rechazó el artículo que recogía el genocidio cultural, sin perjuicio de aprobar una propuesta griega que restituía el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo como una de las formas de cometer genocidio. Primó la opinión de que el genocidio cultural debiera regularse en un instrumento separado, como un protocolo adicional u otro instrumento de derechos humanos. También habría habido preocupación acerca de que un castigo del genocidio cultural se entendiera como una prohibición de la asimilación de minorías culturales, lo que podría desincentivar la ratificación de la convención. Asimismo, se argumentó que constituiría una falta de proporcionalidad incluir en la misma convención el asesinato en masa en cámaras de gas y el cierre de librerías, que la inclusión del genocidio cultural convertiría a la Convención en una herramienta de propaganda política en lugar de un instrumento jurídico internacional, y que solo debían incluirse conductas que choquearan a la conciencia de la humanidad. Se dijo que el genocidio cultural sería una noción demasiado vaga, y que era necesario determinar si todas las culturas, incluso las más bárbaras, merecen protección, y si la asimilación resultante de la acción civilizadora también constituye genocidio (Lippman, 1985).

Aquí los argumentos esgrimidos llaman poderosamente la atención, mirando desde el prisma actual hacia el pasado, sobre todo en América, donde ha quedado claro que la teoría de la cultura superior puede ser tan perniciosa como la de la raza superior, pues ha significado la destrucción de pueblos enteros a lo ancho y largo del continente. Mirado con ojos de hoy, el solo cuestionarse que pudiera depender de una calificación del grado de barbarie de una cultura (¿a juicio de quién?) el nivel de protección que se le dé, resulta fuera de lugar. En esos años, parece ser que el impacto de un holocausto planificado por personas socializadas en una nación de filósofos y poetas no alcanzó para cuestionarse el asunto de la barbarie y las “acciones civilizadoras”. Del otro lado se argumentaba que el genocidio físico y el cultural eran indivisibles, pues de destruirse las ideas y los valores de un grupo se lo destruía. Además, la resolución 96(I) reafirmaría esa idea, en cuanto hace referencia a las contribuciones culturales de los grupos a la humanidad dentro de la descripción de lo que se busca proteger (Lippman, 1985).

En la segunda ronda de debate, en tanto, se produjo otra modificación importante, pues invocando primariamente “razones prácticas”, representantes de Egipto, Irán y Uruguay propusieron dejar fuera del art. II la referencia al grupo político como grupo protegido en el genocidio, iniciativa a la que se plegaron con su voto varios Estados, mientras que otros tantos se abstuvieron (ECOSOC, UN Doc. A/C.6/SR.128, 1948b). Entre los argumentos se señaló, aparte del ya consabido de la inevitabilidad de pertenecer a alguno de los otros grupos frente a la posibilidad de evitar pertenecer a un grupo político; que las ratificaciones podrían verse obstaculizadas porque los Estados podían temer que las medidas tomadas por ellos para mantener su estabilidad interna fueran consideradas genocidas (Lippman, 1985).

Los anteriores argumentos resultan llamativos. Respecto del primero, si bien es cierto de que se puede evitar pertenecer a un grupo político, por una parte, el pertenecer a grupos políticos es, en general, no solo deseable para las democracias, sino que constituye el ejercicio de un derecho, y, por otro, ha quedado tristemente demostrado que incluso la falta de militancia política (que sí es innata) puede ser suficiente para ser víctima de una persecución política. El segundo resulta sorprendente, pues o bien parte de la base de que los Estados no entienden que el genocidio se trata de la destrucción de grupos

humanos, o bien deja entrever que había Estados que barajaban, entre las medidas para mantener su estabilidad interna, la destrucción de grupos humanos, lo que les haría verse disuadidos de ratificar.

Otra modificación relevante frente a los proyectos anteriores aprobadas en la Sexta Comisión es que se introduce expresamente la modalidad de intención genocida consistente en destruir a parte del grupo. En la Sexta Comisión había acuerdo, en general, en que un acto cuyo resultado y/o propósito es la destrucción parcial de un grupo constituye genocidio. Sobre la cuestión de si el atentando contra una persona podía constituir genocidio, en cambio, no hubo acuerdo (Lippman, 1985). La descripción detallada de motivaciones que incluía el proyecto del Comité ad hoc se reemplazó por la expresión “como tal” en razón de una propuesta venezolana que concitó apoyo, motivada por evitar que la descripción de motivos fuera a limitar demasiado la punibilidad (Lippman, 1985).

En las discusiones de la Sexta Comisión se incluyen descripciones de lo que se entiende por cada clase de grupo. Se señala que el grupo religioso incluye comunidades teísticas, no teísticas y ateísticas que estén unidas por una idea espiritual (Lippman, 2008), en tanto que se entiende por grupo nacional aquel cuya identidad primaria está basada en su afiliación con un determinado Estado-nación y el grupo étnico se refiere a minorías, ya sea culturales, lingüísticas u otras dentro o fuera del Estado.

En cuanto a las formas de cometer genocidio, se explicita que, como caso de lesión grave a la identidad mental, se pensó en actos de genocidio cometidos por narcóticos. Por su parte, el traslado de niños de un grupo a otro se veía como la erradicación de la próxima generación, al verse los niños expuestos a nuevos idiomas, culturas, religiones. En su contra se manifestó la URSS, para quienes el traslado forzoso sería más una consecuencia que una característica del genocidio.

Se discutió asimismo sobre la instigación directa y pública al genocidio. Mientras se sostuvo que su castigo era contrario a la libertad de expresión y se dijo que daba pie para que cualquier artículo de periódico criticando a un grupo político, sugiriendo ciertas medidas contra ese grupo a favor del bien común llevara a alegatos de que se estaría cometiendo genocidio, lo que en último término afectaría a la

libertad de prensa, se impuso una mayoría que estimaba que no se podía hacer caso omiso de que esa clase de retórica históricamente había precipitado actos de genocidio. En ese punto el representante de Haití procuró aclarar que no cabía confundir la libertad de expresión con la libertad para incitar a otros a cometer genocidio (Lippman, 1985).

Finalmente, de este proceso surge la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la unanimidad de la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

Se reproducen a continuación sus disposiciones más importantes para la definición de la conducta punible:

Las Partes Contratantes,

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena,

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad,

Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional,

Convienen en lo siguiente:

Artículo I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;

- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares. (AGNU, RES 260A/(III), 1948).

En la Asamblea General se volvió sobre el tema del genocidio cultural con alegaciones análogas a las ya expresadas antes. Se explicó que el genocidio físico era solo un medio, y que la finalidad era la destrucción de la individualidad espiritual de un pueblo, y que la existencia física de un pueblo no era de gran valor para la humanidad si se lo ha privado del acervo que constituye su contribución al arte y la ciencia (Lippman, 1985).

6. BREVE VALORACIÓN DEL RESULTADO

Si se compara el encargo inicial de la resolución 96(I) de la Asamblea General con el resultado final plasmado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, se nota que hay una mayor elaboración y detalle de descripción de las conductas y otras regulaciones en la Convención que en la resolución de 1946. Pero salta a la vista también, en lo que toca a la descripción de la conducta, que hay elementos que están en el encargo de la resolución de 1946 que luego no aparecen en la Convención. Acaso el más llamativo es el de la exclusión de grupos políticos como grupos protegidos y —en gran medida— del aporte cultural de los grupos como ámbito a proteger, que son asuntos que se dominaron la discusión en las distintas instancias. Por otra parte, resulta patente que la noción de Lemkin del genocidio como un delito de emprendimiento, con varias etapas, no encontró eco en la Convención.

La exclusión de los grupos políticos, que apoyaba el propio Lemkin, parece ser un buen ejemplo de cómo las preocupaciones del periodo de la guerra fría iban compitiendo con el impacto de los crímenes de los nacionalsocialistas. La decisión de dejarlos fuera no es el todo convincente si se leen los argumentos esgrimidos (que los grupos políticos no son grupos permanentes, a los que se pertenece por nacimiento o crianza, como contrapunto a la preservación de la

diversidad de grupos humanos como una riqueza para la humanidad), pero en cambio esa decisión sí es fácilmente comprensible si se piensa en cómo se persiguió, por parte de algunos Estados que debían concurrir a la votación, a disidentes políticos, y si se tiene en consideración también que el temor de ver criminalizadas desde el derecho internacional, bajo la ignominiosa etiqueta de genocidio, las acciones que tenían lugar en sus territorios no les resultaba una perspectiva deseable, lo que hubiera hecho perder la unanimidad a la resolución que aprobó el texto de la Convención y seguramente ralentizar el proceso de ratificación. Resulta comprensible que se privilegiara el mínimo común denominador para que contara con amplia aceptación frente a la alternativa de una convención más comprensiva del fenómeno, pero también más cuestionada. Esa elección ha contribuido también, en definitiva, a darle fuerza a la definición del genocidio contenida en la convención.

Por otra parte, se nota, en varios momentos de la tramitación, una preocupación por no demorar demasiado, acaso siendo conscientes de que el *momentum* histórico que permitiría sentar las bases del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos no duraría mucho, y entendiendo que el impacto del holocausto pronto cedería ante o por lo menos competiría con otra clase de preocupaciones en la comunidad internacional.

Así, llegado un punto de la tramitación parece tornarse especialmente importante la búsqueda de consensos, de lograr, en un tiempo acotado, aunque fuera un texto que contuviera un mínimo aprobable por todos, con la esperanza de algunos de regular luego otros aspectos en eventuales protocolos adicionales posteriores. Como sabemos hoy, la definición del delito de genocidio ha permanecido particularmente estable desde 1948. Si miramos en perspectiva lo ocurrido con proyectos que partieron en paralelo, y notablemente con el proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, la creación de un tribunal penal internacional permanente o un tratado general sobre derechos humanos, es fácil constatar que haber contado con el texto de un tratado aprobado en 1948, aun siendo un tratado de mínimos, fue un logro. También, porque ese tratado de mínimos, contiene, como quedó dicho más arriba, el ejemplo clásico de *ius cogens*, contribuyendo en parte a que el genocidio mantenga en el imaginario el carácter de “*crime of crimes*”.

Con todo, se trató este de un tratado que por décadas no tuvo aplicación. Es conocida la de Georg Schwarzenberger, en cuanto a que la Convención era innecesaria en los casos en que es aplicable e inaplicable cuando hubiera sido necesaria (Schwarzenberger, 1957). En la misma línea se ha criticado que matanzas masivas de las décadas posteriores no entren claramente bajo la definición de la Convención (Frank Chalk, Kurt Jonassohn, Karin Solveig Björnsen, en Schabas, 2008). Acaso esa experiencia haya servido para tomar medidas de resguardo en tratados posteriores, que contemplan como herramienta un órgano previsto en la Convención respectiva (como el Comité contra la Tortura o el Comité Contra las Desapariciones Forzadas, previstos en las respectivas convenciones de Naciones Unidas), que cuenta con facultades para cumplir con un rol de seguimiento que parece beneficiar la toma de conciencia acerca del contenido de los estándares a cumplir por parte de los Estados. Si bien los ejemplos entregados caben dentro del derecho penal transnacional con más claridad que dentro del derecho penal internacional en sentido estricto, lo que implica un rol distinto para los Estados, el desarrollo de herramientas puede ser mirado como un aprendizaje a partir de este tratado pionero.

También el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio es un ejemplo de la influencia que una idea, acompañada de la convicción y el empeño incansable de una persona pueden llegar a tener. Así, si bien un tratado redactado íntegramente por Lemkin hubiese integrado contenidos distintos de los que en definitiva tenemos en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, es indudable que fue él quien —aun estando bajo el impacto de contarse entre las víctimas— tuvo primero la claridad de sistematizar con un hilo conductor las distintas manifestaciones del horror que implica un genocidio y de ponerlas por escrito, y luego la incansable convicción y la persistencia de explicar sus ideas y abogar por una criminalización internacional del genocidio en todas las oportunidades que tuvo, priorizando esta labor por sobre otras.

No es claro si habrá quedado personalmente satisfecho con el resultado final de lo que impulsó (de hecho, puede pensarse que las conductas descritas están más cerca del delito de vandalismo que propuso de 1933 que del delito de genocidio, sobre el que escribió su obra principal en 1944), pero es indudable que sin su impulso el derecho penal internacional no contaría con esta figura particular del delito

de genocidio (Szawliwsky, 2005). Aunque por largo tiempo pareció demasiado estrecha como para poder volver a aplicarse fuera del holocausto nazi (como se comenta a veces respecto del delito de apartheid y Sudáfrica), lamentablemente hechos del presente la tornan nuevamente actual. Quienes están actualmente disconformes con la figura están llamados a dar sus propias batallas para lograr consensos en cuanto a la necesidad de modificar lo que consideren injusto, pero es indudable que eso debe hacerse sin deslegitimar la base asentada, y que conocer y valorar ese y otros logros anteriores constituye una base saludable para cualquier movimiento actual, como podría serlo en abogar por la inclusión de los grupos políticos como protegidos (Nersessian, 2010).

REFERENCIAS

Doctrina

- Abtahi, H. y Webb, P. (2018). Secrets and Surprises in the *Travaux Préparatoires* of the Genocide Convention. En Margaret M. de Guzman y Dian Marie Amman (Eds.). *Arcs of Global Justice*. Oxford: Oxford University Press, pp. 299-319.
- Abtahi, H. y Webb, P. (2009). *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* (2 tomos). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Blisky, L. y Klagsburn, R. (2018). Cultural Genocide: between Law and History. En Markus D. Dubber y Christopher Tomlins (Eds.) *The Oxford Handbook of Legal History*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1082-1094
- Gaeta, P. (Ed.) (2009). *The UN Genocide Convention. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- King, H.T. Jr., Ferencz, B. B y Harris, W. R. (2007). Origins of the Genocide Convention. 40 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 13, pp. 13-34.
- Lemkin, R. (1933). Textos “Akte der Barbarei und des Vandalismus als *Delicta juris gentium*”, originalmente publicado en *Anwaltsblatt Internationales* (Viena), noviembre de 1933 y “Les actes constituant un danger general (interétatique) consideres comme delites des droit des gens”, originalmente publicado por A. Pedone (París) como parte de la Librairie de la cour d’appel ed de l’ordre de advocates, como explicación adicional al Rapport spécial présenté à la V-me Conférence pour l’Unification du

- Droit Penal à Madrid (14-20.X.1933). Recuperado de <http://www.preventgenocide.org/fr/lemkin/madrid1933.htm>
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Lemkin, R. (1945). Genocide. A Modern Crime. *Free World*, 9, p. 39.
- Lemkin, R. (1946). Genocide. *American Scholar*, 5(2), pp. 227-230.
- Lemkin, R. (1947). Genocide as a Crime under International Law. *The American Journal of International Law*, 41(1), pp. 145-151.
- Lippman, M. (1985). The drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *Boston University International Law Journal*, 3, pp. 1-65.
- Lippman, M. (2008). Genocide. En Bassoioni, M.C., *International Criminal Law* (3ra ed.). tomo I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 403-436.
- Mosheim, B. (1949). Die Arbeiten der Vereinten Nationen zur Frage der Rechte des Individuums und des Verbrechens des Genocide, *Archiv des Völkerrechts*, 2(2), pp. 180-193.
- Nersessian, D. (2010). *Genocide and Political Groups*. Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. (2007). Origins of the Genocide Conventio: From Nuremberg to Paris. 40 *Case Western Reserve Journal of International Law* 35, pp. 35-55.
- Schabas, W. (2008). “Die verabscheuungswürdige Geissel”: Völkermord, 60 Jahre danach. En Hankel, G. (ed.), *Die Macht und das Recht*. Hamburgo: Hamburger Edition, pp. 189-226.
- Schabas, W. (2009). *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwarzenberger, G. (1957). *International Law*, tomo I (3ra ed.). Londres: Stevens and Sons Ltd.
- Szawliwsky, R. (2005). Raphael Lemkin (1900-1959): The Polish Lawyer Who Created the Concept of Genocide. *Political Quarterly of International Affairs*, 14, p. 98.
- Weatherall, T. (2015). *Jus cogens, international law and social contract*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Werle, G. y Jessberger, F. (2017). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch: Valencia.

Otras referencias

- Corte Internacional de Justicia. (1951). Reservations to the Genocide Convention, Advisory Opinion. CIJ Reports.
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). Sexto Comité. (1946a). Delegation of Saudi Arabia: Draft Protocol for the Prevention and Punishment

- of Genocide. UN Doc. A/C.6/91 (26 de noviembre). Disponible en <https://undocs.org/es/A/C.6/91>.
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1946b). Draft Resolution relating to the crime of genocide proposed by the delegation of Cuba, India and Panama. UN Doc. A/BUR/50 (2 de noviembre). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL4/612/94/pdf/NL461294.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1946c). El crimen de genocidio. UN Doc. A/RES/96(I) (11 de diciembre). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/es/A/RES/96(I)).
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1946d). The Crime of Genocide. Report of the 6th Committee, rapporteur prof. K.H. Biley (Australia). UN Doc. A/231 (10 de diciembre). Disponible en: <https://undocs.org/en/a/231>.
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1946e). The crime of genocide: Request from the delegations of Cuba, India and Panama for the inclusion of an additional item in the agenda. UN Doc. A/C.6/SR.22 (22 de noviembre). Disponible en: <http://undocs.org/A/C.6/SR.22>
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU). (1947). Draft Convention on genocide. UN Doc A/RES/140(II) (21 de noviembre) Disponible en: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/180\(II\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/180(II)).
- Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU) (1948). Resolución: “Prevencción y sanción del delito de genocidio” UN Doc. RES 260 A (III) pp. 84 y ss. (9 de diciembre). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/260(III)).
- Naciones Unidas, Comisión de Crímenes de Guerra (1948). History of the United Nations War Crimes Commission and the development of the Laws of War. Disponible en: <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/UNWCC-history.pdf>.
- Naciones Unidas, Comité Económico y Social (ECOSOC). (1947a). Delito de Genocidio. UN Doc. E/325 47(IV). pp. 18-19. (28 de marzo). Disponible en: <https://undocs.org/en/E/325>
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1947b) Draft convention on the crime of genocide. UN Doc. E/447 (26 de junio). Disponible en: <http://undocs.org/en/E/447>.
- Naciones Unidas, Comité Económico y Social (ECOSOC). (1947c). Resolución 77(V) del Consejo Económico y Social. UN Doc RES/77(V) en *Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its Fifth Session from 19th July to 16th August 1947*, pp. 21-39. (6 de agosto). Disponible en: <http://undocs.org/E/573>.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1948a). Continuation of the consideration of the draft convention on genocide [E/794]: Report of the Economic and Social Council [A/633]. UN Doc. A/C.6/

- SR.83 (25 de octubre). Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/SR.83&Lang=E.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1948b) Continuation of the consideration of the draft convention on genocide [E/794]: Report of the Economic and Social Council [A/633]. UN Doc. A/C.6/SR.128 (29 de noviembre). Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/SR.128&Lang=E.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1948c). Report of the Committee and Draft Convention drawn up by the Committee (Dr. Karim Azkoul – Rapporteur). UN Doc E/794 (24 de mayo). Disponible en: <http://undocs.org/E/794>.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1948d). Report of the third session of the Commission of Human Rights. UN Doc E/800 (28 de junio). Disponible en: <http://undocs.org/en/E/800>.
- Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. (1947). Trial of the Mayor War Criminals before the International Military Tribunal. 14 November 1945, 1 October 1946, Nuremberg, Alemania.

Capítulo 3

El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948

Manuel J. Ventura*

INTRODUCCIÓN

Este capítulo se trata sobre la obligación de prevenir el genocidio y sobre la protección de grupos bajo la Convención, específicamente los grupos políticos. En él, se analizan los términos de la Convención y las negociaciones que llevaron a la inclusión del deber de prevenir el genocidio (en artículo I, el cual lee: “Las Partes Contratantes confirman que el genocidio [...] es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”) y también la exclusión de los grupos políticos (en artículo II, el cual lee en parte: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal”). Este capítulo demuestra que, mientras que la obligación de prevenir el genocidio fue un tema constante a lo largo de los trabajos preparatorios, no hubo una cantidad de debate sobre el alcance de esta obligación. Pero sí hubo debate considerable acerca del ámbito de los grupos protegidos, particularmente los grupos políticos. De hecho, los grupos políticos casi terminaron en la Convención final, pero en última instancia —y a propósito— fueron excluidos. Esta investigación arroja luz sobre la interpretación actual del texto de la Convención (particularmente artículos I y II) cuando se considera la intención original de los redactores.

* Las opiniones expresadas en este capítulo son las del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales o la Naciones Unidas.

1. EL DEBER DE PREVENIR GENOCIDIO: LOS *TRAVAUX PRÉPARATOIRES*

1.1. *La Resolución 96(I) (1946) de la Asamblea General de las Naciones Unidas*

Desde el inicio del proceso que finalmente llevó a la Resolución 96 (I) (1946) de la Asamblea General de las Naciones Unidas ('Asamblea General'), la idea de que los Estados debían prevenir el genocidio era clara e inequívoca. Por lo tanto, el primer borrador de una resolución sobre el genocidio que fue propuesta conjuntamente por Cuba, la India y Panamá, proponía que el genocidio fuera llevado a la atención del ECOSOC para que lo estudiara y que preparara "un informe sobre las posibilidades de declarar el genocidio como un crimen internacional y asegur[e] la cooperación internacional para su *prevención* y castigo" (ONU, 1946, anexo 15). Del mismo modo, el primer borrador de una convención de genocidio, una iniciativa presentada por Arabia Saudí, no sólo se refiere a la prevención del genocidio en su preámbulo¹, sino también en el artículo II (titulado 'Acción Internacional'):

Las partes en este protocolo acuerdan hacer uso efectivo de todos los medios a su disposición, actuando por separado o en cooperación *para prevenir* y penalizar el genocidio. (AGNU, UN Doc. A/C.6/91, 1946, Artículo II).

El delegado de Arabia Saudita, Riad Bey, reiteró la posición de su país en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Jurídica) ('Sexta Comisión') afirmando que cualquier convención sobre el genocidio debería incluir "disposiciones para garan-

¹ "Considerando que las atrocidades cometidas contra la humanidad que violaron las normas del derecho internacional y conmocionaron la conciencia pública hacen imperativo que las naciones del mundo tomen medidas concertadas *para prevenir* y sancionar la comisión de tales actos en el futuro;

[...]

Por lo tanto, las naciones signatarias de este protocolo declaran que el genocidio es un crimen internacional contra la humanidad, y acuerdan cooperar *para prevenirlo* y reprimirlo como se indica en este documento [...]. AGNU, ONU Doc. A/C.6/86, 1946, p. 6) (énfasis agregado en el lenguaje de prevención).

tizar la prevención y la represión del [crimen de] genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 15).

Otros Estados también concordaban con la idea de incluir lenguaje sobre la prevención del genocidio. Por ejemplo, una enmienda propuesta por Chile al preámbulo de la resolución cubana, india y panameña incluía el siguiente texto: “*Recomienda* que se organice la cooperación internacional entre los Estados con miras a facilitar la *rápida prevención* y el castigo del crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 17) (énfasis añadido).

Otro párrafo del preámbulo invitaba a los Estados a prevenir y castigar el genocidio dentro del alcance de su legislación nacional (Abtahi y Webb, 2008a). Durante los debates en la Sexta Comisión sobre la resolución del delito de genocidio, el representante holandés también afirmó que “las medidas adoptadas por las Naciones Unidas deberían apuntar a la prevención del crimen en lugar de a su represión” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 20). El representante polaco —quien después fue elegido como juez de la Corte Internacional de Justicia y presidente de la misma (1973-1976)— también planteó que el crimen de genocidio “requería normas preventivas que deberían elaborarse con el mayor cuidado” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 22), haciendo referencia a la propaganda de odio y las medidas legislativas nacionales polacas sobre el tema. China apoyó la resolución sobre el genocidio y la enmienda propuesta por Chile; asimismo sugirió además que la Asamblea General “también debe redactar una declaración que exigiera a los gobiernos el deber de introducir medidas efectivas para prevenir y castigar el crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 22).

Los debates de la Sexta Comisión llevaron al nombramiento de un subcomité para redactar lo que finalmente se convirtió en la Resolución 96(I). El informe de este subcomité acordó “que era deseable que los Estados miembros promulgaran leyes para prevenir y sancionar el crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 22) y, por lo tanto, el borrador de su resolución, aprobado sin enmiendas por la Asamblea General, incluía el siguiente texto:

Invita a los Estados miembros a promulgar la legislación necesaria para prevenir y sancionar este delito [de genocidio];

[...]

Recomienda que se organice la cooperación internacional entre los Estados con miras a facilitar la rápida prevención y el castigo del crimen de genocidio [...] (Abtahi y Webb, 2008a, p. 34).

Una nota posterior del Secretario General de la ONU sobre la resolución, señaló que el primero de estos dos párrafos era una “cuestión de medidas internas que debía tomar cada Estado” y que el ECOSOC no tenía “ningún paso inmediato a la vista”. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 36). Con respecto al segundo párrafo, la nota simplemente afirmaba que correspondía a ECOSOC cumplir esta tarea con vistas a elaborar un tratado en borrador.

1.2. Primer borrador de la Convención de Genocidio preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas

Además de la inclusión del lenguaje de prevención reproducido anteriormente, Resolución 96(I) solicitó al ECOSOC que redactara una convención sobre genocidio en borrador. Después de algún debate, este proyecto fue confiado al Secretario General de la ONU (Abtahi y Webb, 2008a). Este borrador de la convención incluyó una serie de disposiciones interesantes relacionadas con la prevención del genocidio.

En primer lugar, en el preámbulo, el Secretario General de la ONU sugirió que las Altas Partes Contratantes proclamasen “que las exigencias fundamentales de la civilización, el orden internacional y la paz requieren la prevención y el castigo [del genocidio]” y que “se comprometen ellos mismos para prevenir y reprimir tales actos *dondequiera que puedan ocurrir*” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 214) (énfasis añadido). En segundo lugar, los artículos operativos destacaron aún más el tema de la prevención. De este modo, el artículo 1 declaró que el propósito de la convención era “prevenir la destrucción de grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos de seres humanos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 124). Pero tal vez más interesante fue el artículo XII del borrador titulado ‘Acción de la Naciones Unidas para prevenir o detener el genocidio’, el cual leía:

Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos anteriores, si los delitos tal como se definen en esta Convención se cometen en cualquier parte del mundo, o si existen razones serias para sospechar que se han cometido

tales delitos, las Altas Partes Contratantes pueden recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para tomar medidas para la represión o prevención de tales crímenes.

En tal caso, dichas Partes harán todo lo que esté a su alcance para dar pleno efecto a la intervención de las Naciones Unidas. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 128)

La nota adjunta de la Secretaría/Secretario General de la ONU explicó que el borrador se había redactado en los términos más amplios posibles con el fin de que fuera la base para el debate y que correspondía a los Estados Miembros de la ONU y a los diversos órganos de la ONU resolver entre ellos mismos “aquellos problemas de naturaleza política que puedan surgir en relación con la prevención y el castigo del crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 133). Para nosotros, el comentario que acompaña al artículo XII, que luego fue adoptado en la convención final en una forma enmendada como artículo VIII, es lo más interesante. Luego de observar el efecto disuasivo general del derecho penal interno, continuó:

En el ámbito internacional, incluso más que en el nacional, es esencial ejercer una vigilancia constante, y deben tomarse medidas preventivas, ya sea antes de que se haga el daño o antes de que haya asumido amplias proporciones, porque entonces adopta el carácter de una catástrofe, cuyos efectos son en gran medida irreparables.

No es necesario explayarse sobre la acción preventiva que adoptarían las Naciones Unidas, ya que se trata de la competencia general de las Naciones Unidas que se aplicaría en un caso particular.

Sin embargo, debe señalarse que, para que las medidas preventivas tengan las máximas posibilidades de éxito, los Miembros de las Naciones Unidas no deben permanecer pasivos o indiferentes. La Convención para el castigo de los delitos de genocidio debería, entonces, obligar a los Estados a hacer todo lo que esté a su poder para apoyar cualquier acción de las Naciones Unidas que tenga la intención de prevenir o detener estos delitos. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 248).

Este borrador se presentó a la Comisión para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, lo que incitó al debate entre los Estados, inicialmente con respecto a los que no se le habían dado suficiente tiempo para considerar adecuadamente el borrador. Sin embargo, en mitad del debate, el representante egipcio expresó la esperanza de que “los planes futuros para prevenir el crimen de genocidio [fueran] lo suficientemente visionarios no sólo

para eliminar este crimen en una dirección, sino también para evitar que se desarrolle en otra dirección” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 173), mientras la URSS insistió en que los gobiernos obviamente tenían “el derecho a insistir en que se tomaran medidas efectivas para prevenir y castigar este crimen” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 176).

No obstante, los comentarios recibidos por los Estados miembros de la ONU generalmente apoyaron el artículo XII. Haití, por ejemplo, propuso también permitir que los grupos humanos afectados por el genocidio pidan a la ONU que tome medidas en respuesta (Abtahi y Webb, 2008a), mientras EE.UU. sugirió una enmienda al artículo XII para que los Estados miembros de la ONU estuvieran de acuerdo “para concertar su acción como Miembros [de la ONU] con el fin de asegurar que las Naciones Unidas tomen las medidas apropiadas según la Carta para la prevención y supresión del genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 380). Francia declaró que no podía “sino apoyar una medida diseñada para prevenir la repetición de las persecuciones raciales” cometido por los nazis (Abtahi y Webb, 2008a, p. 382), pero Venezuela, sin embargo, expresó su preocupación de que el borrador fuera más allá de la Resolución 96(I) de la Asamblea General, afirmando que “el espíritu de [Resolución 96(I)] era el de garantizar que los Miembros debían prevenir y castigar los actos de odio que constituyen genocidio y establecer un principio de cooperación internacional con este objeto” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 370).

Las discusiones en la Sexta Comisión continuaron. Francia expresó la opinión de que el borrador no iba lo suficientemente lejos, afirmando que “el presente borrador no proponía ningún mecanismo efectivo para la prevención del crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 388). No obstante, algunos, como Egipto y Australia, cuestionaron la utilidad de la convención, afirmando que no podría funcionar como una medida preventiva y que las sentencias de Núremberg y Tokio “tendrían un efecto mucho mayor para prevenir el genocidio que una convención” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 404). Pakistán, por otro lado, “favoreció una convención sobre el genocidio, creyendo que sería eficaz para prevenir el crimen y que la resolución de la Asamblea General [96 (I)] lo exigía” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 397).

El representante del Reino Unido —que había sido el fiscal principal británico en Núremberg— llamo a atención al artículo XII que

pedía a los órganos competentes de la ONU que tomen medidas de supresión contra el genocidio en cualquier parte del mundo, y que artículo IX proponía un tribunal internacional como el órgano competente de enjuiciamiento. Este representante cuestionó si algún Estado entregaría a sus nacionales a una institución de tal tipo, afirmando que “la única sanción realista contra el genocidio era la guerra” y que el borrador no era realístico (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 403-404).

Después, un Subcomité decidió que el órgano apropiado para proceder con el asunto era el ECOSOC (Abtahi y Webb, 2008a) y la Sexta Comisión instó a la Asamblea General a adoptar lo que se convirtió en la Resolución 180(II) de la Asamblea General, que solicitaba formalmente al ECOSOC que se ocupara de la cuestión (Abtahi y Webb, 2008a). Durante el debate de la Asamblea General sobre la Resolución 180(II), el delegado de Noruega dijo que parte de la Resolución 96(I) era “una invitación a los Estados Miembros para que promulgasen la legislación necesaria para la prevención y el castigo de este delito” e instó a la Asamblea General que “ahora elabore la convención sobre el genocidio para hacer lo poco que podamos para evitar que vuelva a suceder; y hagámoslo ahora mientras nuestros recuerdos [de la Segunda Guerra Mundial] aún están frescos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 451-452). Lo que es más importante para nosotros, fue lo que enfatizó el delegado mexicano:

[E]l mero hecho de que se produzca un genocidio, en cualquier parte del mundo, es suficiente para hacer que mi Gobierno considere que, tanto individual como colectivamente a través de nuestra organización internacional, cada uno de los Estados debería sentirlo como un deber obligado y un asunto de suma importancia eliminar y, sobre todo, prevenir este crimen contra grupos enteros de seres humanos, que destruyen de manera criminal grandes potencialidades de la cultura, energía y actividades vitales, y constituyen una amenaza directa y grave para el bienestar de la raza humana. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 454).

El delegado también expresó la opinión de que “la prevención del genocidio merece una atención especial superior a la que se le otorga en el borrador de convención redactado por la Secretaría” y que la prevención del genocidio no puede basarse en el castigo de los intentos o actos preparatorios, o en la efectividad de un castigo ejemplar, sino que, “más énfasis [se debe poner] en la eliminación, a través del funcionamiento de la convención, de ciertos actos reprensibles que

también pueden considerarse que dan lugar a condiciones que causan, o al menos predisponen al, genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 455). Estas observaciones no suscitaron objeciones. En respuesta a cierto escepticismo sobre la utilidad de una convención sobre el genocidio, el representante de la República Dominicana opinó que:

[L]a convención tendría al menos un gran peso moral y, solo por ese peso moral, podría prevenir muchos errores y excesos, porque la convención [...] sería la denuncia más contundente de ese crimen atroz, y por lo tanto significaría la condena final de sus instigadores ante el tribunal moral del mundo. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 459).

1.3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y el Comité Ad Hoc sobre Genocidio

A pesar de los términos de referencia que describen los problemas específicos que el ECOSOC debía resolver, una lectura de ese documento revela que la prevención del genocidio, como tal, no era el principal entre ellos (Abtahi y Webb, 2008a). No obstante, durante los debates iniciales en el ECOSOC, el representante brasileño insistió en que “[s]i bien no se puede esperar que tal convención impida el genocidio, como tampoco lo hacen las leyes penales de varios países previenen el crimen, tales consideraciones no deben desalentar a los Naciones Unidas de tomar medidas al respecto” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 591). Del mismo modo, el representante de la URSS adujo que prevenir el genocidio significaba también luchar contra la discriminación y la agitación del odio contra ciertos grupos no solo desarrollando relaciones amistosas entre los Estados, sino también entre los grupos que viven dentro del Estado (Abtahi y Webb, 2008a). Al final, se estableció un comité *ad hoc* (compuesto por representantes de los Estados Unidos, la URSS, el Líbano, China, Francia, Polonia y Venezuela) para seguir preparando el borrador de convención teniendo en cuenta las opiniones de los Estados miembros de las Naciones Unidas y organismos de la ONU. El mandato del comité no incluyó referencia específica a la prevención del genocidio como tal (Abtahi y Webb, 2008a).

Durante los debates del comité *ad hoc*, expresiones sobre la prevención del genocidio giraron en torno de los grupos protegidos y sobre si la complicidad gubernamental debería ser un elemento (Ab-

tahi y Webb, 2008a). Sin embargo, la delegación de la URSS produjo un conjunto de principios básicos que declaraban que “[l]a campaña contra el genocidio requiere que todos los pueblos civilizados tomen medidas decisivas para prevenir tales crímenes y también para reprimir y prohibir la estimulación del odio racial, nacional (y religiosa)” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 696) y entonces eran de posición de obligar a los Estados que promulgar leyes nacionales sobre genocidio. El representante de la URSS repetiría estas opiniones durante los debates del comité *ad hoc*, de los que también se hizo eco Polonia (Abtahi y Webb, 2008a). Esto provocó debates sobre la libertad de expresión, la propaganda del genocidio y la instigación a cometer genocidio. Inicialmente, el comité *ad hoc* rechazó la propuesta de la URSS de incluir lenguaje que obligaría a los Estados a criminalizar el genocidio en su legislación nacional, a pesar del apoyo en principio de países como China y Francia (Abtahi y Webb, 2008a). Más tarde en las negociaciones, este asunto fue revivido por la URSS y luego de más discusiones, a pesar de las reservas de Venezuela, su inclusión fue aprobada como una medida para prevenir el genocidio (Abtahi y Webb, 2008a).

Sin embargo, Venezuela también señaló el peligro de recurrir al Consejo de Seguridad de la ONU en un contexto de genocidio, en lugar de que cada Estado se comprometiera formalmente a reprimir y tratar de prevenir el genocidio en sí mismos:

[U]na fuerza expedicionaria armada en el territorio de un Estado culpable de genocidio llevaría inevitablemente a la guerra; sin embargo, se había establecido las Naciones Unidas con el propósito de evitar la guerra. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 782).

Otros, como el Líbano, apoyaron la idea de que se estableciera alguna forma de ‘control’ internacional, confiado al Consejo de Seguridad de la ONU, a una corte penal internacional o a una corte internacional *ad hoc*, porque el objetivo “no era sólo poner fin a los actos criminales; sino también deben ser prevenidos. El temor a represalias legales sería el medio más efectivo para prevenirlas” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 785). Polonia, por otro lado, pensó que el Consejo de Seguridad de la ONU y los Estados que tomaban medidas legislativas nacionales para prevenir el genocidio eran suficientes y se oponían a cualquier tribunal internacional (Abtahi y Webb, 2008a). La propuesta de establecer un tribunal internacional eventualmente se sometió

a votación y se aprobó (Abtahi y Webb, 2008a). Pero después esta propuesta se diluiría para que los Estados solamente se comprometan a presentar a las personas culpables de genocidio ante tribunales nacionales competentes o un futuro tribunal internacional, y luego lo eliminaron del borrador, pero aun así se incluyó en el informe final (Abtahi y Webb, 2008a).

El comité volvería a los principios básicos propuestos por la URSS, particularmente el Principio X, que establecía:

La convención debe establecer que los signatarios de la convención deben informar al Consejo de Seguridad de todos los casos de genocidio y de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la convención, de modo que se puedan tomar las medidas necesarias de conformidad con el Capítulo VI de Carta de las Naciones Unidas. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 698).

El representante de la URSS explicó que “un acto de genocidio podría requerir la adopción de medidas fuera del alcance de un tribunal internacional de justicia o tribunales nacionales. Por lo tanto, pertenecería al Consejo de Seguridad decidir si se deben tomar medidas de conformidad con el Capítulo VI de la Carta” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 807). Además, enfatizó que, si la humanidad fuera nuevamente testigo del genocidio, la adopción del Principio X

[p]ermidiría a las Naciones Unidas tomar las medidas necesarias para restablecer el orden y prevenir más delitos. Los signatarios de la convención no sólo debían tener el derecho de reportar todos los casos de genocidio al Consejo de Seguridad; pero debería ser su obligación hacerlo. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 807).

Polonia expresó su apoyo al principio de la URSS, opinando que “para que la convención fuese plenamente efectiva, se tenía que prevenir la intervención del único órgano de las Naciones Unidas en el que se depositó autoridad para tomar tales decisiones, es decir, el Consejo de Seguridad” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 808). El Líbano y Francia estaban conformes, siempre que el principio estuviese destinado a simplemente especificar la obligación de señalar el genocidio a la atención del Consejo de Seguridad. Francia agregó que “el Consejo de Seguridad no necesariamente tenía que ser informado de todas las violaciones de la convención’ ya que era un asunto que debía decidir el Consejo de Seguridad” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 809).

El representante de China se opuso, argumentando que planteaba dificultades, en particular con respecto a cuál sería el órgano apropiado en la ONU para tratar asuntos como el genocidio cultural y preguntó por qué el Capítulo VII no estaba mencionado en el Principio X. Sin embargo, el representante expresó su preferencia por una disposición similar al artículo XII del borrador del Secretario General de la ONU (Abtahi y Webb, 2008a), y propuso que “los Estados se les debe dar la opción, en lugar de ser obligados, de recurrir al órgano apropiado de las Naciones Unidas” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 821). Del mismo modo, los EE.UU. creía que el Principio X era algo superfluo, dado que los Estados miembros de la ONU ya estaban capacitados para llevar tales asuntos a la atención del Consejo de Seguridad, y también apoyó el artículo XII dado que su campo de aplicación era más amplio (Abtahi y Webb, 2008a). Al final, el principio de la notificación obligatoria de genocidio fue rechazado en una votación (Abtahi y Webb, 2008a) y, en su lugar, el comité *ad hoc* adoptó una propuesta de los EE.UU. para que los Estados miembros de la ONU tomen acción concertada para asegurar que la Organización tome medidas para prevenir y reprimir el genocidio de acuerdo con la Carta de la ONU de 1945 (Abtahi y Webb, 2008a).

Durante este tiempo, se redactó una nota de la Secretaría sobre la relación entre la Convención sobre el Genocidio, la formulación de los Principios de Núremberg y el Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en borrador, que abordó la cuestión de la prevención del genocidio y lo que su contenido significaría para la Convención de Genocidio. Además de las medidas penales por actos que no constituyen genocidio (por ejemplo, incitación al odio), el documento dijo que:

Puede que haya prevención internacional de carácter político. Esto se daría si se dispusiera que los Estados partes en la convención deben informar a los órganos de las Naciones Unidas para prevenir la comisión del genocidio. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 675).

Mientras tanto, los Estados continuaron presentando más opiniones. Los comentarios de los Países Bajos sobre lo que entonces era el artículo XII (“Acción de las Naciones Unidas para prevenir o detener el genocidio”) afirmó que la disposición requería un examen más detenido. En particular, opinó que el artículo XII contenía elementos ya

evidentes, como la estipulación de que los Estados debían hacer todo lo posible para dar pleno efecto a la intervención de la ONU y que sentía lo mismo con respecto a la propuesta de los EE.UU. expuesta anteriormente (Abtahi y Webb, 2008a). Los Países Bajos sugirieron:

[C]onsiderar como evidente que el nuevo tratado no infringía los derechos y deberes en virtud de la Carta, o insertar un artículo general a este efecto, de modo que toda acción de las Naciones Unidas que ahora es deseable y eficaz, seguirá siendo permisible en el futuro. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 638).

De vuelta en el comité *ad hoc*, China presentó sus propios artículos en borrador para incluirlos en la Convención sobre el Genocidio. Este borrador incluía lenguaje en el que los Estados partes acordaron prevenir y castigar el genocidio, sin embargo, esta parte se incluyó en el preámbulo (Abtahi y Webb, 2008a). Este preámbulo propuesto no provocó debate en el comité. Pero el resto de los artículos fueron discutidos línea por línea. El artículo IV del borrador chino es de interés. Este afirmaba que “[c]ualquiera de los signatarios de esta Convención puede pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que tome las medidas apropiadas según la Carta para la prevención y supresión del genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 833). Este artículo propuesto provocó cierto debate en el Comité *ad hoc*, donde la URSS propuso enmendarlo para incluir una obligación (no solamente un derecho) de informar sobre cualquier violación de la convención, así como actos de genocidio al Consejo de Seguridad de la ONU. Esta enmienda fue rápidamente rechazada en una votación (Abtahi y Webb, 2008a). Sin embargo, el apoyo a la propuesta china fue claro y acabó siendo aprobado con enmiendas (originalmente como artículo 7 de la convención en borrador, pero que más tarde se convirtió en artículo VIII):

Cualquier signatario de esta Convención puede pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que tome las medidas que sean apropiadas según la Carta para la prevención y supresión del genocidio. Cualquier signatario de esta Convención puede señalar a la atención de cualquier órgano competente de las Naciones Unidas cualquier caso de violación de esta Convención. (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 944-945).

También se sucedieron largas discusiones en torno a lo que se convertiría en el preámbulo del borrador de la Convención de Genocidio (cuyo lenguaje de prevención se incorporaría posteriormente en el artículo I de la convención final), pero no se centró en la prevención del genocidio como tal (Abtahi y Webb, 2008a). Pero si se rechazó una propuesta de los EE.UU. para incluir texto en el preámbulo de que «las partes de la [...] Convención acuerdan a prevenir y castigar [el genocidio] tal como se establece en este documento» (Abtahi y Webb, 2008a, p. 962-963). Sin embargo, una propuesta similar de la URSS, centrada más en la represión los actos preparatorios, fue aprobado en su lugar (Abtahi y Webb, 2008a). Más discusión resultó a que se redujo y que se refiriera a la entonces sentencia reciente del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. El preámbulo aprobado decía:

Las Altas Partes Contratantes declaran que el genocidio es un crimen grave contra la humanidad que viola el espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena;

Las Altas Partes Contratantes, profundamente conmovidas por varios casos recientes de genocidio, y habiendo tomado nota del hecho de que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en su sentencia del 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946, ha castigado a ciertas personas que han cometido actos análogos, y convencido de que la prevención y el castigo del genocidio requiere la cooperación internacional, por la presente acuerdan prevenir y castigar el crimen según lo dispuesto en esta Convención. (Abtahi y Webb, 2008a, p. 973).

Finalmente se aprobaron enmiendas de última hora durante las lecturas finales del texto de la convención. Esto incluyó texto sobre el juicio ante los tribunales nacionales o ante un tribunal internacional competente de las personas que, presuntamente, hubieran cometido genocidio en el sentido del artículo 6 del borrador (Abtahi y Webb, 2008a) y también cambios menores al artículo 7 del mismo. Sin embargo, la URSS insistió en que los Estados debían comprometerse en el tratado a reportar las ocurrencias de genocidio y violaciones de la convención al Consejo de Seguridad de la ONU para que las aborde según el Capítulo VI, expresando su preferencia por un artículo redactado de manera diferente a tal efecto (Abtahi y Webb, 2008a). De manera similar, se hicieron pequeños cambios al preámbulo, pero el lenguaje de prevención descrito anteriormente se mantuvo intacto, a pesar de la insistencia de la URSS de que el preámbulo también inclu-

yese un lenguaje con respecto a las medidas destinadas a suprimir y prohibir la incitación al odio y los actos preparatorios de genocidio (Abtahi y Webb, 2008a). También se introdujo un nuevo artículo I que declaró que el genocidio era un crimen internacional tanto durante los tiempos de paz como los de guerra, lo que hizo que el resto de los artículos se redujesen un número (Abtahi y Webb, 2008a). La votación final para la convención en su conjunto por el Comité *ad hoc* sobre genocidio fue de cinco a favor (China, Francia, Líbano, EE.UU., Venezuela), una en contra (URSS) con una abstención (Polonia) (Abtahi y Webb, 2008a), y se entregó sin demora al ECOSOC. Éste, a su vez, después de algunas discusiones, transmitió el borrador de la convención y el informe del comité a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su consideración (Abtahi y Webb, 2008a).

1.4. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención de Genocidio Final

La Sexta Comisión procedió luego a discutir el borrador del Comité *ad hoc*. Durante los debates iniciales, el representante de Yugoslavia criticó el borrador porque no tenía “ninguna disposición diseñada para prevenir el genocidio; todo el texto se refería al castigo del crimen” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1297) y sugirió que se prepare una nueva versión que contemplara tanto la prevención como el castigo del genocidio. El Reino Unido expresó nuevamente su duda sobre la utilidad de una convención sobre el genocidio, señalando que “el genocidio individual ya era punible por las leyes de todos los países, mientras que el genocidio cometido por los Estados sólo era punible por la guerra” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1307). Otros como Polonia elogiaron el borrador, particularmente sus disposiciones sobre la incitación a cometer genocidio, afirmando que “[l]os instigadores del odio eran numerosos en la actualidad y se debe evitar que realicen su peligroso trabajo” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1309). Egipto se unió en el apoyo a tales cláusulas como un medio para prevenir el genocidio. Varios Estados, entre ellos Bélgica y Checoslovaquia, también señalaron la importancia de promulgar leyes nacionales para reprimir y prevenir el genocidio, mientras que Irán destacó la capacidad de los Estados partes para llamar la atención de los organismos competentes

en las Naciones Unidas con el fin de tomar medidas para prevenirlo y reprimirlo (Abtahi y Webb, 2008b).

Cada uno de los artículos en borrador fue examinado por la Sexta Comisión. Con respecto al artículo I, Bélgica opinó que “[e]l compromiso de prevenir y castigar el crimen de genocidio debe estar contenido en la parte operativa de la convención en lugar de en el preámbulo” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1972). Por lo tanto, propuso que se transfiriera al artículo I, donde se leería “[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen a prevenir y castigar el crimen de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1972), aunque señalaron que, si era necesario, podría mencionarse en el preámbulo. Los Países Bajos propusieron agregar lenguaje para asegurar que no solo se reconociera el genocidio como un crimen internacional durante la guerra y la paz, sino que también sea un crimen que los Estados se comprometerían a prevenir y castigar (Abtahi y Webb, 2008b), una medida que fue apoyada por Irán, Siria, Dinamarca y el Reino Unido (Abtahi y Webb, 2008b). Por otro lado, la URSS se mostró escéptica y argumentó que debería trasladarse al preámbulo (Abtahi y Webb, 2008b), una posición apoyada por la República Dominicana. México y los Países Bajos se opusieron a esta propuesta (Abtahi y Webb, 2008b). Al final, la petición de la URSS fue rechazada decisivamente en una votación, y luego de algunas discusiones sobre la redacción exacta, se aprobó lo siguiente: “Las Altas Partes Contratantes confirman que el genocidio es un delito según el derecho internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o de guerra, que se *comprometen a prevenir y castigar*” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1352) (énfasis añadido).

A pesar de esto, algunas delegaciones, entre ellas Brasil, Checoslovaquia, Chile y Venezuela expresaron la opinión de que el artículo I debería aparecer en el preámbulo (Abtahi y Webb, 2008b). Cabe señalar que las palabras ‘a prevenir’ no provocó ningún debate de relevancia.

Entre las discusiones sobre otras disposiciones —como la definición de genocidio, los grupos protegidos y los actos preparatorios de genocidio (incitación, instigación, etc.)— se hizo referencia al tema de la prevención del genocidio. Por ejemplo, en respuesta a una propuesta francesa para la introducción de un elemento de participación estatal en el artículo II (Abtahi y Webb, 2008b), los EE. UU. plantearon el

tema de la responsabilidad estatal por genocidio, aduciendo que sería ilógico que un Estado que hubiera hecho lo posible para prevenir el genocidio, pero no lo hubiese conseguido, incurriera sin embargo responsabilidad internacional. Pero “si un Estado no hubiese hecho todo lo que estuviera en su mano para prevenir o castigar el crimen, entonces la responsabilidad internacional entraría en juego” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1461). Este punto de vista fue repetido por Suecia, Uruguay y Francia (Abtahi y Webb, 2008b). Sin embargo, las discusiones se centraron sobre la responsabilidad por genocidio dentro de las fronteras del Estado relevante, no fuera de esas fronteras. En cualquier caso, la propuesta francesa fue rechazada (Abtahi y Webb, 2008b).

Además, cuando los EE.UU. tomó medidas para eliminar la incitación directa a cometer genocidio de la convención (Abtahi y Webb, 2008b), varios Estados se opusieron, argumentando que esto socavaría los esfuerzos de la convención para prevenir el genocidio antes de que ocurriera. Polonia, Yugoslavia, Dinamarca, Checoslovaquia, Uruguay, Egipto y la URSS expresaron opiniones en tal dirección (Abtahi y Webb, 2008b). La propuesta estadounidense fue finalmente rechazada (Abtahi y Webb, 2008b). Similarmente, en los debates sobre a una propuesta de la URSS para agregar más actos preparatorios a la lista de actos punibles, Estados como la URSS, los Países Bajos, Yugoslavia, Dinamarca, Polonia, Checoslovaquia y Haití enfatizaron la necesidad de prevenir el genocidio antes de que se materializase (Abtahi y Webb, 2008b). Yugoslavia llegó a decir que “el rechazo de la enmienda de la Unión Soviética equivaldría a privar a la convención de toda fuerza preventiva” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1563). A pesar de eso, la enmienda de la URSS fue rechazada (Abtahi y Webb, 2008b). Del mismo modo, cuando surgió la cuestión de los tribunales competentes para el genocidio (en los documentos este era el artículo VII, pero eventualmente se convertiría en el artículo VI de la Convención sobre el Genocidio (1948) final), Estados como Pakistán, Irán, Ecuador y Bélgica consideraban que algún artículo para el control a nivel internacional para prevenir el crimen en el futuro era necesario (Abtahi y Webb, 2008b).

La atención eventualmente pasaría al artículo VIII. La URSS intentó reemplazar el borrador existente con un artículo que nuevamente introdujo el lenguaje de que los Estados “se comprometieran

a reportar al Consejo de Seguridad de todos los casos de genocidio y todos los casos de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1971), para que se tomen la acción necesaria de conformidad con el Capítulo VI. En los debates, la URSS expresó la opinión de que:

[N]o era pesimista con respecto a la capacidad de las Naciones Unidas para prevenir y reprimir el genocidio. Los capítulos VI y VII de la Carta proporcionaron medios para la prevención y el castigo del genocidio, medios mucho más concretos y efectivos que cualquier otra posibilidad en el ámbito de la jurisdicción internacional. (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1734).

Esto fue apoyado por Francia, quien propuso su propia enmienda al modelo de la URSS que eliminó ‘todo’, para que los Estados “pudieran llamar la atención del Consejo de Seguridad sobre los casos de genocidio y violaciones de la presente Convención que pudieran constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacional” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1735) para que el Consejo de Seguridad de la ONU pudiera tomar las medidas que considere necesarias. Otros, como el Reino Unido, Grecia, Francia, Bélgica, los EE.UU. y Siam se pronunciaron a favor de la eliminación del artículo VIII por considerar que era superfluo (Abtahi y Webb, 2008b). Sin embargo, Bélgica y Grecia expresaron su apoyo a la propuesta francesa (Abtahi y Webb, 2008b). Perú, por otro lado, pensó que no era prudente otorgar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la ‘jurisdicción’ sobre la prevención y represión del genocidio, ya que “de hecho sería otorgar jurisdicción penal a ese órgano. [...] Las medidas que deben tomarse contra el genocidio deben ser jurídicas y no políticas” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1736). Los EE.UU. expresó una opinión similar a la de Perú, ya que “toda la cuestión del veto estaría involucrada” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1739). Egipto, Siria, Polonia, Irán, y Checoslovaquia apoyaron el artículo VIII en su forma URSS/francés y se opusieron a su eliminación (Abtahi y Webb, 2008b). En particular, Checoslovaquia señaló que confiar en el Consejo de Seguridad de la ONU sería la manera más efectiva dado que:

[E]staba en sesión permanente y, por lo tanto, era capaz de acción rápida y efectiva. También era el órgano al que se le encomendó la responsabilidad principal del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional [...] y era el único órgano de las Naciones Unidas que tenía el poder de imponer sanciones efectivas. (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1741).

Polonia también declaró que “[l]a prevención del genocidio era extremadamente importante y si la comisión de genocidio estuviera vinculada con amenazas a la paz y la seguridad internacional, sería un elemento disuasivo útil”. (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1741).

Aunque el artículo VIII fue inicialmente rechazado (Abtahi y Webb, 2008b), la propuesta de la URSS/Francia permaneció sobre la mesa, aunque en una forma enmendada que también incluía la posibilidad que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU de se hagan cargo de instancias de genocidio y violaciones de la convención (Abtahi y Webb, 2008b)². Sin embargo, esto también fue rechazado en votación (Abtahi y Webb, 2008b), pero poco después, por iniciativa de la URSS —que había prometido luchar por el artículo VIII— hubo un intento de reabrir el debate sobre artículo VIII por motivos de procedimiento, que acabó siendo rechazado (Abtahi y Webb, 2008b).

Así, parecía que el artículo VIII estuviera condenado a desaparecer. Pero durante las discusiones sobre el artículo X —en relación a los procedimientos de disputa que incluían una cláusula de compromiso para la CIJ (que luego se convirtió en el artículo IX de la convención final)— el representante australiano intentó volver a introducir el artículo VIII a través de la puerta trasera como una enmienda a artículo X (Abtahi y Webb, 2008b)³, y aunque el Presidente decidió que estaba fuera de orden dado el rechazo previo del artículo VIII, fue rechazado por una mayoría de dos tercios de los votos (Abtahi y Webb, 2008b). Esta enmienda recibió el apoyo de China, y luego de una breve consideración fue aprobada en el artículo X (Abtahi y Webb, 2008b). El

² La propuesta conjunta de la URSS/Francia/Irán decía: “Las Altas Partes Contratantes pueden llamar la atención del Consejo de Seguridad o, si es necesario, de la Asamblea General sobre los casos de genocidio y violaciones de la presente Convención que puedan constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacional, para que el Consejo de Seguridad pueda tomar las medidas que considere necesarias para detener la amenaza” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1750).

³ Esta enmienda al artículo X agregó un segundo párrafo al artículo X: “Con respecto a la prevención y supresión de los actos de genocidio, una Parte a esta Convención puede pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que tome las medidas que sean apropiadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1793).

Reino Unido y los Países Bajos explicaron que habían votado a favor porque querían que quede claro que la CIJ no era el único recurso en casos de genocidio (Abtahi y Webb, 2008b).

A pesar de la aprobación del artículo X con un párrafo inspirado por el anterior artículo VIII (Abtahi y Webb, 2008b)⁴, parece que eventualmente fue trasladado y reenumerado para convertirse en el artículo VIII final. Una búsqueda del registro histórico no aclara totalmente cómo se originó este proceso o las discusiones que lo rodearon. El informe final de la Sexta Comisión se limitó a señalar la aprobación del artículo X (incluyendo el texto anterior del artículo VIII) y en una nota a pie de página explicó que “[a] reordenar y reenumerar los artículos decididos por el Comité de Redacción, el segundo párrafo del artículo X se convirtió en el artículo VIII del texto final” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 2027).

La Convención final, añadida como anexo al informe, contiene el lenguaje de lo que ahora es el artículo VIII:

Toda Parte Contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III. (Abtahi y Webb, 2008b, p. 2034).

El borrador completo fue luego aprobado por la Sexta Comisión (Abtahi y Webb, 2008b), pasado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, y luego fue aprobado a pesar de algunas enmiendas de último momento por la URSS y Venezuela el 9 diciembre 1948 (Abtahi y Webb, 2008b).

⁴ El artículo X aprobado decía:

“Cualquier disputa entre las Altas Partes Contratantes relacionada con la interpretación, aplicación o cumplimiento de la presente Convención, incluidas las disputas relacionadas con la responsabilidad de un Estado por cualquiera de los actos enumerados en los artículos II y IV, se someterá a la Corte Internacional de Justicia a solicitud de cualquiera de las partes en la disputa.

Con respecto a la prevención y supresión de los actos de genocidio, una parte de la presente Convención puede pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que tome las medidas que sean apropiadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 2006-2007).

1.5. *Análisis*

Los trabajos preparatorios, como se describe arriba, muestran que la prevención del genocidio, junto con su castigo, fue considerado un objetivo central de la convención desde el comienzo de su formación. Muchos Estados manifestaron su firme apoyo a la obligación de prevenir el genocidio, cubriendo una gama de diferentes sistemas legales y políticos, desde Cuba hasta China, India, Polonia y Arabia Saudita, entre muchos otros. Sin embargo, se hizo un ajuste significativo a la ubicación de la obligación de prevenir y castigar el genocidio durante la formación de la Convención. Si bien en un principio se pensó que las referencias a la obligación de prevenir debían constar en el preámbulo, más adelante esta referencia se trasladó al artículo I de la Convención (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007). Este cambio enfatizó el hecho de que la obligación de prevenir es distinta y autónoma. También dejó claro que las Partes Contratantes tenían la obligación de no cometer genocidio, lo cual no está expresamente impuesto por los términos reales de la Convención (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007).

El aspecto preventivo del genocidio, como se refleja en los *travaux préparatoires*, abarca dos nociones distintas. La primera fue la noción de prevención a través de la criminalización del genocidio en el derecho internacional. Los redactores confiaban en que, al imponer la fuerza de un tratado internacional contra el genocidio, esta actuaría como un elemento disuasivo para prevenir su futura aparición. Relacionado con esto, es el deber de la implementación del genocidio en la ley doméstica y el mandato de la sanción penal por los actos como contemplado en el artículo V⁵. Aunque artículo V no se refiere explícitamente a la legislación relativa a la prevención del genocidio, la prevención está sin embargo implícitamente cubierta por los términos del artículo V. Al exigir a los Estados que apliquen las disposiciones de la Convención, el artículo V claramente incluye una obligación

⁵ El artículo V de la Convención de Genocidio (1948) dice:

“Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro e los actos enumerados en el artículo III”.

preventiva. Sin embargo, la legislación dirigida a la prevención *ex ante* es menos común entre los sistemas nacionales que la legislación punitiva (penal), lo que plantea la cuestión de exactamente qué tipo y grado de prevención debe incorporarse en la legislación nacional. Los trabajos preparatorios no ofrecen respuestas a esta pregunta. Esto sigue siendo una preocupación importante con respecto a la Convención, aunque se debe recordar que en los tiempos modernos el derecho internacional penal complementa el derecho interno en su función preventiva. Que esto era una esperanza para los redactores es evidente en la referencia en el artículo VI a “la corte penal internacional que sea competente” (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948)⁶ que ahora es claramente aplicable a la Corte Penal Internacional donde se le ha otorgado dicha jurisdicción (Gillett, 2012).

La segunda es la noción incluida en artículo VIII⁷, de que los Estados podrían tener la opción de informar a los órganos competentes de la ONU sobre el genocidio para que actúen como les parezca. Sin embargo, no está claro si esto fue una mera indicación de que la ONU está mejor posicionada para focalizarse sobre la prevención, ya que normalmente es una actividad que se emprende al nivel nacional. Pero al incluir una referencia a la ONU, junto con los artículos V y VIII, indica que las Partes contratantes trataron de enfatizar la importancia de la prevención (y el castigo) a nivel nacional e internacional. Al mismo tiempo, si bien es cierto que durante las discusiones hubo una sensación de que la ONU era el órgano más apropiado a nivel internacional para abordar el genocidio, también es cierto que los Estados no discutieron seriamente sus obligaciones de prevención en ausencia

⁶ El artículo VI de la Convención de Genocidio (1948) dice:
“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

⁷ El artículo VIII de la Convención de Genocidio (1948) dice:
“Toda Parte Contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”.

de la ONU u otra acción relacionada con la ONU. No hay nada en los *travaux préparatoires* que sugiera que los Estados consideraron el nudo gordiano de nuestros tiempos: la intervención humanitaria como último recurso en caso de un estancamiento o inacción por parte del Consejo de Seguridad de la ONU. Pero a la vez, ni la Convención ni los debates establecen una justificación o apoyo explícito a la intervención unilateral en los asuntos de otros Estados cuando se trata de genocidio. A este respecto, se debe tener en mente el artículo 2(7) de Carta de las Naciones Unidas, que reconoce la soberanía estatal sobre los asuntos internos —sujeto a las consideraciones del Capítulo VII para la paz y la seguridad internacional— y del ECPI de 1998, que en su preámbulo estipula que “nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado” (ECPI, 1998).

Si bien la obligación de prevenir el genocidio en el artículo I de la Convención envía un mensaje contundente, se puede sin embargo criticar la falta de mecanismos o modalidades detalladas para lograr esa función preventiva. En este sentido, las discusiones de redacción detrás del artículo I arrojan poca luz sobre lo que incluye exactamente la prevención del genocidio, ya que ese tema no se abordó ni se elaboró en detalle significativo en los debates (Schabas, 2009)⁸. El vago lenguaje y términos generales del artículo I deja mucho que desear. Pero ahora tenemos orientación de la CIJ sobre estos temas. La CIJ ha confirmado que la obligación de prevenir y castigar el genocidio es una obligación distinta, que no es meramente repetitiva o introductoria de los artículos subsiguientes de la Convención:

[El compromiso en el artículo I] no es meramente exhortativo o intencional. El compromiso no está calificado (un asunto considerado más adelante en relación con el alcance de la obligación de prevención); y no debe leerse simplemente como una introducción a las referencias expre-

⁸ Schabas establece en su libro *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*:

“Si bien la Convención final tiene mucho que decir sobre [el] castigo del genocidio, hay poco que sugiera qué significa realmente la prevención del genocidio. Ciertamente, nada en los debates sobre el Artículo I proporciona la más mínima pista sobre el alcance de la obligación de prevenir” (Schabas, 2009, p. 81).

sas posteriores a la legislación, el procesamiento y la extradición. Estas características apoyan la conclusión de que el artículo I, en particular su compromiso de prevenir, crea obligaciones distintas de las que aparecen en los artículos subsiguientes. Esa conclusión también es apoyada por el propósito puramente humanitario y civilizador de la Convención. (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007, p. 111).

Como mínimo;

[E]stá claro que la obligación en cuestión es uno de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede tener la obligación de tener éxito, independientemente de las circunstancias, en la prevención de la comisión de genocidio. (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007, p. 221).

La CIJ agregó que “sin embargo, se incurre en responsabilidad si el Estado se recusa de manera manifiesta a tomar todas las medidas para prevenir el genocidio que estaba dentro de su poder, y que podría haber contribuido a prevenir el genocidio” (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007, p. 221).

2. LOS GRUPOS POLÍTICOS: LOS TRAVAUX PRÉPARATOIRES

2.1. *La Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas*

La primera propuesta concreta con respecto al genocidio —la resolución en borrador propuesto conjuntamente por Cuba, India y Panamá durante la segunda parte de la primera sesión de la Asamblea General en noviembre 1946— declaraba que genocidio ha ocurrido a lo largo de la historia cuando “los grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos ha[bían] sido destruidos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 3), lo que recibió un amplio apoyo. En ese mismo mes, la delegación de Arabia Saudí presentó un borrador del ‘Protocolo para la prevención y el castigo del genocidio’, que definió el genocidio como “la destrucción de un grupo étnico, pueblo o nación” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 6). Aunque se sugirieron varias enmiendas, la propuesta original para una lista restringida de grupos protegidos no se planteó como un problema durante las discusiones (Abtahi y Webb, 2008a). Pero esto

se modificó durante las negociaciones de un subcomité al que se había remitido la redacción de la resolución. Desafortunadamente, parece que no hay registro de estas discusiones. En cambio, lo que muestra los *travaux préparatoires* es que el borrador de la resolución final del subcomité fue adoptado por unanimidad modificaciones sustanciales y se convirtió en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta resolución afirmó que, en el pasado, se había producido el genocidio contra “grupos raciales, religiosos, políticos y otros” e incluía el genocidio por “motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquier otro tipo” (ONU, Resolución 96(I), 1946).

El informe que acompañó al borrador no hace mención de este cambio y tampoco se mencionó en las discusiones posteriores a su presentación e inmediatamente antes de su adopción (Abtahi y Webb, 2008a). Los representantes estatales no parecieron haber apreciado o reflejado el hecho de que la propuesta original había sido enmendada de manera sustancial de grupos protegidos limitados (según el borrador de Cuba, Panamá e India) grupos protegidos amplios, ya que no provocó debate ni comentarios. Por lo tanto, es difícil determinar exactamente por qué los grupos protegidos se definieron ampliamente en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Lo que sí sabemos es que, tal como se concibieron originalmente (por Cuba, Panamá e India), estaban definidos de una forma limitada, y no definidos ampliamente.

2.2. Primer borrador de la Convención de Genocidio preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas

La Resolución 96 (I) de la Asamblea General solicitó al ECOSOC que elabore el primer borrador de la Convención sobre el Genocidio que, a su vez, encomendó esta tarea al Secretario General (Abtahi y Webb, 2008a). Posteriormente, el primer borrador de la Convención sobre el genocidio preparado por el Secretario General declaró en el preámbulo que el genocidio es “la destrucción intencional de un grupo de seres humanos” y en el artículo I(I) que el objetivo del tratado era “evitar la destrucción de grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos de seres humanos” (Abtahi y Webb, 2008a, pp.

67, 214)⁹. En la introducción del comentario al borrador, el problema se enfrentó de frente: “¿Qué grupos humanos deberían estar protegidos por la Convención?” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 79. 224)¹⁰. Indicó que esta pregunta debía ser decidida por las Naciones Unidas, que tendría la libertad de limitar o restringir a los grupos protegidos cuando como le parezca conveniente.

El comentario al artículo I(I) entró en más detalles, reconociendo que existen muchos grupos humanos diversos y variados, “pero si se consideramos el problema del genocidio desde un punto de vista práctico y teniendo en cuenta experiencias previas, es evidente que no se pretende a proteger a un grupo profesional o deportivo” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 83, 229). El comentario continuó enumerando los grupos que podían considerarse bajo protección según el artículo I(I) —es decir, grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y políticos— sobre la base de que todos estaban incluidos (con la excepción de los grupos lingüísticos) en Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las ONU. Estos grupos protegidos se pusieron al profesor Lemkin durante las consultas, a lo que él reaccionó:

Sin embargo, un consultor experto, el Sr. Lemkin, expresó dudas sobre la conveniencia de incluir grupos políticos. Observó que, por un lado, los grupos políticos no tienen la permanencia y las características específicas de los otros grupos mencionados y, por otro lado, que la Convención sobre el Genocidio [...] no debe correr el riesgo de fracasar al introducir nociones sobre las que el mundo está tan profundamente dividido. También señaló que, en la práctica, los grupos humanos más vulnerables al genocidio, como lo ha demostrado la historia, son los grupos raciales, nacionales y religiosos. (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 83-230).

El profesor Donnedieu de Vabres —ex juez del Tribunal Penal Internacional en Núremberg— se opuso a este punto de vista, señalando que el genocidio era odioso sin importar qué grupos fueron víctimas y que excluir el genocidio político podría legitimar el genocidio cometido contra ellos, pero reconoció que esta *Deliciada* cuestión era un asunto para la Asamblea General de la ONU (Abtahi y Webb, 2008a).

⁹ Cabe señalar que las traducciones al inglés de los originales franceses difieren ligeramente.

¹⁰ El autor considera que el texto original en francés es autoritario.

Cuando el borrador se presentó a la Comisión para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, el representante francés señaló que el borrador planteaba varias preguntas, entre ellas “cómo definir contra qué tipo de grupos podría cometerse el crimen de genocidio: por ejemplo, solo grupos raciales (por ejemplo, judíos), ¿o se cubrirían también los grupos religiosos, lingüísticos y políticos?” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 163). También señaló a un memorando presentado por Francia el mes anterior que había declarado “que todo exterminio de individuos como miembros de un grupo racial, social, político o religioso constituye un crimen contra la humanidad” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 141). Después de cierto debate — que no se relacionaba con los grupos protegidos por el genocidio— la Comisión devolvió el borrador de la Convención sobre el Genocidio al Secretario General, señalando que aún no había sido remitido a los Estados para sus comentarios y, en ausencia de información sobre sus opiniones, se sentía incapaz de expresar una opinión (Abtahi y Webb, 2008a).

Después de que el ECOSOC pidió a los Estados miembros de la ONU que presentaran comentarios sobre el borrador de la convención (Abtahi y Webb, 2008a), EE.UU. comentó que se habían formulado preguntas considerables sobre si los grupos políticos debían incluirse en la definición y expresó la opinión de que era “capaz de aceptar la inclusión de los grupos políticos en el entendimiento de que el genocidio en relación con tales grupos se limite a la destrucción física” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 373). Durante los debates en la Sexta Comisión, el Reino Unido expresó algunas reservas sobre la utilidad de la convención en general porque “algunos Estados se mostrarían reacios a renunciar su jurisdicción nacional mediante la ratificación de la convención, por ejemplo, en [...] asuntos relevantes para la represión de las actividades subversivas por parte de los grupos políticos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 403). En contraste, Panamá presentaría una resolución aprobada por su asamblea nacional a la Sexta Comisión que solicitó a la Asamblea General de la ONU para, en nombre del pueblo panameño, “discutir y aprobar [...] la Convención sobre el crimen de genocidio que establece la exterminación de grupos políticos, nacionales, raciales, religiosos y otros, punibles por la acción internacional” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 407). El representante cubano recordó que el “asesinato masivo de seres humanos por

motivos de prejuicio racial o político, todavía es demasiado reciente para que la gente en general no acepte la resolución [es decir, Resolución 96 (I)] adoptada el año pasado” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 445). Del mismo modo, Dinamarca creía que el borrador de la convención era “una base adecuada para establecer normas y órganos internacionales para combatir acciones destinadas a destruir grupos raciales, racionales, lingüísticos, religiosos y políticos” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 537, 557).

2.3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y el Comité Ad Hoc sobre Genocidio

La redacción de la Convención, incluidos los grupos protegidos, fue finalmente confiada al ECOSOC¹¹, que a su vez estableció un comité *ad hoc* para discutir y redactar una nueva convención (Abtahi y Webb, 2008a). Es evidente que en este punto toda consideración de los ‘grupos lingüísticos’, según el borrador del Secretario General, cesó por completo. En cambio, la atención se dirigió a los grupos políticos. Venezuela indicó que la inclusión de los grupos políticos podría disuadir a las naciones a unirse a la convención, ya que “podría interpretarse como un obstáculo para la acción de los gobiernos con respecto a las actividades subversivas dirigidas contra ellos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 686). China también expresó dudas sobre la inclusión de grupos políticos para ellos ya que “no tenían la estabilidad ni la homogeneidad de un grupo étnico” y señaló que los individuos pueden cambiar sus creencias políticas (Abtahi y Webb, 2008a, p. 702). Sólo el Líbano pareció simpatizar con la protección de cualquier grupo amenazado “ya fuera de carácter racial, religioso o cultural, [o] de cualquier clase social u organización política” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 589, 692)¹².

¹¹ Se le pidió explícitamente al ECOSOC que respondiera a 4 preguntas políticas. La primera fue: “¿Qué grupos humanos deberían ser protegidos? ¿Todos los grupos humanos, ya sean raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos, deben estar protegidos o solo algunos de ellos?” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 575).

¹² “La delegación libanesa consideró que, para calificar como genocidio, un acto de destrucción de un grupo de seres humanos tiene que ser inspirado por el fanatismo, ya sea de naturaleza racial, cultural, religiosa, política o de otro tipo” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 589).

Durante las discusiones, la URSS presentaría un documento titulado ‘Principios básicos de una Convención sobre Genocidio’ que estipulaba que la definición “debería basarse en el concepto de que [el genocidio] esencialmente implicaba la destrucción física de grupos de la población por motivos raciales y nacionales (o religiosos)” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 696, 700). Este documento generó debate, con el presidente de la sesión (que era de los EE.UU.) proponiendo que: el “[g]enocidio es la exterminación o intento de exterminar los grupos raciales, nacionales y religiosos de seres humanos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 707). Esto fue apoyado por Francia y el Líbano (Abtahi y Webb, 2008a). A la luz de esto, el presidente de la sesión abrió el debate sobre si los grupos políticos también deberían incluirse en la definición de genocidio. Francia insistió en que debían, y opinó que la libertad de opinión debería protegerse (Abtahi y Webb, 2008a) mientras que la URSS se opuso porque “la noción de opinión no era lo suficientemente precisa como para permitir que los tribunales [...] tomaran una decisión” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 708). Venezuela apoyó a Francia, pero reconoció abiertamente que sería difícil incluir grupos políticos en el texto (Abtahi y Webb, 2008a).

En la siguiente reunión, el presidente de la sesión (de los EE.UU.) —después de preguntar si los presentes deseaban agregar cualquier otro grupo a los grupos protegidos— propuso formalmente la inclusión de los grupos políticos en la definición (Abtahi y Webb, 2008a). La moción fue apoyada por el Francia, que comentó que apoyaron la inclusión de la exterminación de grupos basándose en sus opiniones y que la persecución de personas que pertenecen a un grupo político por su opinión política fue tan condenable como la de los otros grupos, señalando que en la Alemania nazi había sido tan peligroso para un socialdemócrata o un comunista declarar su membresía como para anunciar que era un judío (Abtahi y Webb, 2008a). Líbano también apoyó la inclusión de grupos políticos, siempre que su exterminación fuera el resultado de un ‘fanatismo político’, subrayó que la opinión política se había convertido en la principal causa de odio y que los grupos raciales, políticos y religiosos tenían ciertas opiniones políticas y en muchos casos no pueden ser desasociados de ellos (Abtahi y Webb, 2008a). El representante de los EE.UU. aclaró que él “no estuvo de acuerdo en que la exterminación de un grupo político no constituyera un crimen de genocidio si no se llevó a cabo únicamente por

las opiniones de ese grupo', que la 'exterminación de un grupo por su opinión" (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 716-717) fue vago y potencialmente peligroso, que un grupo político era más fácilmente reconocible que un grupo que tiene cierta opinión, y señaló que la Resolución 96 (I) había mencionado grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008a).

El representante polaco se pronunció en contra, señalando que los grupos raciales, nacionales y religiosos "tenían un trasfondo histórico plenamente establecido, mientras que los grupos políticos no tenían una forma estable" y que, si los grupos protegidos iban más allá de estos tres, entonces "no habría razón para no tener una lista interminable que protegiera a todos los tipos de grupos concebibles" (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 717-718). El representante de China estuvo de acuerdo con Polonia ya "que, si se incluyeran tales grupos, no habría ninguna razón por la cual los grupos sociales, económicos y otros no debieran ser incluidos" (Abtahi y Webb, 2008a, p. 724). A diferencia de la reunión anterior, Venezuela también se opuso a la inclusión de los grupos políticos, llamó la atención sobre las dificultades que surgirían para la firma de la convención si esto ocurriera y opinó que cualquier impresión de que la definición de genocidio ofrecía algún tipo de protección a los rebeldes contra la autoridad interna de un Estado debería evitarse (Abtahi y Webb, 2008a). Si los grupos políticos tenían que ser incluidos, Venezuela era de la opinión de que debería dejarse en manos del Estado pertinente para determine si los actos de tal naturaleza ocurriendo en su territorio constituyen genocidio (Abtahi y Webb, 2008a).

Sorprendentemente, China después presentó un borrador de definición que incluía "grupo[s] de carácter nacional, racial, religioso o político" (Abtahi y Webb, 2008a, p. 833). En respuesta, la URSS propuso eliminar 'grupos políticos' en una versión enmendada del borrador chino (Abtahi y Webb, 2008a). Aunque Francia apoyó el borrador chino tal como estaba (Abtahi y Webb, 2008a), el representante soviético enfatizó que su enfoque era más concreto y más cercano a la realidad, ya que el genocidio "se comete solo por motivos nacionales, raciales o religiosos" (Abtahi y Webb, 2008a, p. 865). Al final, la propuesta soviética fue rechazada por cuatro votos contra tres y el texto chino fue adoptado por seis votos, sin votos en contra y una abstención. Sin embargo, los grupos políticos se pusieron entre paréntesis y se mantuvieron abiertos a debate (Abtahi y Webb, 2008a).

En la siguiente reunión, el presidente de la sesión planteó de nuevo la inclusión de grupos políticos eliminando así el paréntesis del borrador chino (Abtahi y Webb, 2008a). Venezuela se opuso porque este grupo sería demasiado controvertido y advirtió que muchos Estados no podrían firmar la convención si estuvieran incluidos (Abtahi y Webb, 2008a). El Líbano opinó que un “grupo político no era permanente; se basaba en un conjunto de conceptos teóricos mientras que el sentimiento o la tradición unían a los miembros de un grupo nacional, racial o religioso” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 872). En su opinión, no había “nada que correspondiera al odio racial o al fanatismo religioso que usualmente motivaba actos de genocidio dirigidos contra los otros grupos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 872), a pesar de que el Líbano parecía mostrar apoyo a los grupos políticos. En este punto, China propuso una ligera alteración para que quede claro que el genocidio contra los grupos políticos se basaría en su ‘opinión política’, una medida que fue apoyada por Francia y los EE.UU. (Abtahi y Webb, 2008a). La URSS repitió que el genocidio significaba solo la persecución de ‘grupos raciales, nacionales o religiosos’, y Polonia objetó por las razones que había indicado anteriormente (Abtahi y Webb, 2008a). Sin embargo, en una votación de cuatro a tres, los ‘grupos políticos’ se incluyeron en el borrador de la definición de genocidio en la convención (Abtahi y Webb, 2008a). En la segunda lectura, tanto la URSS como Polonia votaron en contra de la inclusión de los grupos políticos. La URSS insistió que “[e]ra incorrecto agregar grupos políticos a la lista de grupos protegidos por la Convención sobre Genocidio” y que significaba “una ampliación del concepto de genocidio que contradice el significado básico y científicamente reconocido de esa palabra” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1016). Polonia apoyó la declaración de la URSS, creyendo firmemente que “los grupos políticos no podrían tratarse adecuadamente en el mismo terreno que los grupos nacionales, raciales y religiosos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1017) y también advirtió que existía un peligro para la convención en su conjunto si se incluyeran grupos políticos.

Al explicar su voto en contra de la adopción del completo borrador de convención, la URSS insistió en que la inclusión de grupos políticos “no tenía nada en común con la definición científica del [genocidio], [y que] conduciría prácticamente a la pérdida de perspectiva y la ausencia de la supresión de la destrucción de grupos humanos por

motivos nacionales, raciales y religiosos” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 1041, 1153). Por su parte, Polonia se abstuvo, en parte porque “la inclusión de grupos políticos entre los que están cubiertos por el genocidio podría, en la práctica, llevar a la injerencia en los asuntos internos de los Estados” (Abtahi y Webb, 2008a, pp. 1042, 1126). El informe final del comité *ad hoc* señalaría que la inclusión de “grupos nacionales, raciales y religiosos” había sido unánime, contrastándola con la inclusión de grupos políticos, y que los Estados que habían votado en contra opinaron que “los grupos políticos no tenían la estabilidad de los otros grupos mencionados. No tenían la misma homogeneidad y estaban bien definidos” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1123)¹³.

Cuando se presentó el borrador de la convención al ECOSOC, Venezuela consideró que los grupos protegidos deberían “basarse en criterios permanentes y fácilmente reconocibles”, que los grupos políticos “les faltaba la permanencia” y que la protección de los grupos políticos “debe ser asegurado por otros medios” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1222); Polonia se opuso a su inclusión “debido a su mutabilidad y falta de características distintivas” que “distorsionaba el significado de genocidio y los objetivos de la Convención, que había sido diseñada sólo para la protección de grupos nacionales, raciales y religiosos” y que “[l]a protección de los grupos políticos no tenía ninguna conexión con el derecho universalmente reconocido del individuo a ciertas creencias políticas” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1230). Brasil sintió que el genocidio debería definirse estrictamente y que “a los grupos políticos les faltaba cohesión y estabilidad” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1238); y la URSS se opuso a su inclusión porque “no estaba en conformidad con la definición científica de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1241) y distorsionaría el crimen de genocidio y la eficacia de la convención. Por otro lado, Canadá apoyó la inclusión de grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008a); Francia opinó que “estaba claro que en el futuro [el genocidio] se cometería principalmente por razones políticas” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1244); y los EE.UU., “en contra de las opiniones expresadas por Polonia y la Unión So-

¹³ El texto final de los grupos protegidos (artículo 2) en el borrador de convención se puede encontrar en: AGNU, ONU Doc. E/794 anexo, 1948. También, en la página 1155 de *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires – Volume 1* por H. Abtahi y P. Webb.

viética, [...] creían que el derecho a la vida no podía ser cuestionado, ni siquiera por razones de creencia política” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 1246). El borrador de la convención finalmente se transmitió a la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU sin enmiendas.

2.4. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención de Genocidio Final

En la Sexta Comisión, se trazaron líneas de batalla alrededor del tema de los grupos protegidos. Si bien los delegados acordaron que los grupos nacionales, políticos y religiosos deberían ser protegidos, los grupos políticos fueron altamente controvertidos. Algunos Estados fueron por su inclusión, mientras que otros se opusieron rotundamente.

Brasil reiteró su oposición a los grupos políticos por falta de ‘homogeneidad y estabilidad’; abogó por una definición estricta; consideró que su inclusión debilitaba el concepto de genocidio y enfatizaba que genocidio “debe significar un crimen cometido contra grupos raciales, nacionales o religiosos”, es decir, “genocidio solo podría perpetrarse contra grupos que eran estables y permanentes” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1292, 1355).; y apoyó las enmiendas brasileñas, iraníes y belgas (citadas abajo) que eliminarían los grupos políticos y la opinión política del borrador. Egipto llamó la atención a “los frecuentes e inevitables cambios de la opinión política”, que “no tenía características estables” y que su “protección debería garantizarse bajo el título de derechos humanos” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1293-1294, 1358) y Yugoslavia estaba preocupada porque la inclusión de grupos políticos “implicaba pasar del genocidio al campo de los derechos humanos” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1296). La URSS mantuvo el argumento de que los grupos políticos “estaban completamente fuera de lugar en una definición científica de genocidio” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1302, 1397-1400) y debilitaban el tratado, enfatizó que el Sexto Comité se ocupa de un tratado sobre el genocidio y no de una resolución [como lo había hecho con la Resolución 96 (I)], señaló que la Alemania nazi había atacado a los miembros de naciones para su destrucción en vez de los grupos políticos y pidió una consideración desapasionada de la cuestión ante ellos.

Polonia también continuó su oposición, reiterando que “el genocidio era básicamente un delito cometido contra un grupo de personas que tenían en común ciertos rasgos estables y características” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1308-1309, 1406-1407), algo que los grupos políticos no tenían; que la parte operativa de la Resolución 96 (I) no incluyó grupos políticos como un grupo protegido; que esta resolución simplemente había dado una indicación general de la actitud de la Asamblea General hacia el genocidio; y que era debatible si los grupos políticos deberían gozar de los mismos derechos que otros grupos o ser tratados de la misma manera que los grupos nacionales, raciales o religiosos en vista de su flexibilidad y falta de homogeneidad (Abtahi y Webb, 2008b). Venezuela insistió en que los grupos políticos “no tenían ni la estabilidad ni la cohesión características de los grupos étnicos o raciales”; que su inclusión “podría poner en peligro el futuro de la convención” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1312, 1356-1357, 1408-1409); que los grupos políticos ya estaban protegidos y deberían estar protegidos por la legislación nacional que se extendería aún más por la Declaración de los Derechos Humanos; que la Resolución 96(I) había mencionado a los grupos políticos solo como un ‘ejemplo’ pero no decía que debían estar protegidos por la convención sobre el genocidio; y que los Estados deben guiarse por el ‘espíritu’ de la Resolución 96(I) pero no reproducir sus disposiciones literalmente (Abtahi y Webb, 2008b).

Irán consideró que los grupos protegidos sólo deberían incluir grupos que “tenían características permanentes como la raza, la nacionalidad o la religión” y que excluyesen los grupos políticos “la membresía de los cuales es opcional”; que si bien las personas pueden cambiar su religión o nacionalidad, “tales cambios no ocurren comúnmente” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1324, 1391-1392, 1403); que los grupos políticos impedirían que algunos Estados ratifiquen la convención – los países que deseaban mantener la libertad de reprimir los disturbios internos; que el propósito de la Resolución 96(I) no fue definir genocidio sino denunciar la exterminación de grupos humanos; que la protección de los grupos políticos podría tratarse en un tratado posterior (Abtahi y Webb, 2008b) y propuso una enmienda que eliminó los grupos “políticos” y la “opinión política” del borrador (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1975). Suecia originalmente no estuvo a favor de su inclusión, ya que “plantearía la cuestión de proteger también

a los grupos económicos y profesionales” y, por lo tanto, favorecía una convención que “no sea de un alcance demasiado amplio y que, por lo tanto, obtuviera el mayor número de signatarios” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1975) (pero luego cambiaría de opinión); Perú temía que “[l]a inclusión de grupos políticos alarmaría a los países que cubrirían los delitos políticos en su propia legislación nacional” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1359); Noruega se opuso “sobre la base de que tales grupos nunca son tan claros o estables como los grupos nacionales, raciales o religioso” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1360), señalando que aunque se podía renunciar a la pertenencia a una religión, era mucho más difícil que la de un partido político; y la República Dominicana abogó por la eliminación de los grupos políticos, ya que “la convención se debilitaría si su alcance fuera demasiado amplio” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1393).

Uruguay se opuso porque consideraba que “introduc[ir] conceptos políticos en la convención sobre el genocidio sería peligroso e incluso podría impedir la conclusión de la convención” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1305, 1394, 1401), que los grupos políticos deben ser eliminados para facilitar el establecimiento de un tribunal internacional para el genocidio, creía que el genocidio político “debería tratarse dentro del campo de los derechos humanos” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1305, 1394, 1401), que el Tercer Comité (Social, Humanitario y Cultural) de la Asamblea General de la ONU era más competente para organizar la protección de los grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b) y propuso una enmienda para eliminar los grupos ‘políticos’ y la ‘opinión política’ de la definición. Bélgica pensó que “[l]a extensión del genocidio a grupos políticos, [...] sería una medida arbitraria que probablemente no conduciría al éxito” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1402), que la inclusión de grupos políticos estaba cercanamente vinculada con la cuestión de un tribunal penal internacional para el genocidio con jurisdicción obligatoria y las posibilidad de asegurar la ratificación de la convención por todos los Estados miembros de la ONU y también presentó una enmienda desprovista de grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b).

Por otro lado, el Reino Unido apoyó la inclusión de grupos políticos, señalando que “había tanta persecución por motivos políticos como por motivos raciales”, que “en ciertos Estados los partidos políticos gobernantes insistirían en que tienen una existencia tan estable

como algunos grupos religiosos o raciales” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1360) y rechazó las preocupaciones planteadas por Egipto. Cuba también habló a favor “porque se podría decir que los grupos políticos estaban en peligro al igual que otros grupos, tal vez incluso en mayor peligro” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1378, 1403); Bolivia expresó su apoyo, diciendo que “no había una razón válida para restringir el concepto de genocidio con la exclusión de los grupos políticos”, “ya que los miembros de [grupos políticos] estaban unidos por un ideal común” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1391); y los Países Bajos argumentaron que los nazis habían destruido a un gran número de personas por sus opiniones políticas y que “[e]ste tipo de delito no se debía omitir en la convención” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1392). Ecuador también insistió en la retención de los grupos políticos a pesar de su carácter menos estable y el hecho de que “podrían unirse y dejarse a voluntad” porque, en su opinión, esto “no era una razón suficiente para negarles protección [ya que] no cambiaba la naturaleza del delito” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1393-1394); agregó que si la convención no los protegía, entonces el pretexto de las opiniones políticas de los grupos raciales o religiosos se podría usar para perseguirlos o destruirlos sin la posibilidad de ser objeto de sanciones internacionales; y señaló que debido a que la Resolución 96(I) había incluido a los grupos políticos, la opinión pública no comprendería por qué la ONU no condenaba en 1948 lo que condenó en 1946 (Abtahi y Webb, 2008b).

Los EE.UU. también se pronunció a favor y señaló que tales grupos podían definirse perfectamente; rechazó el argumento de que los grupos políticos eran difíciles de identificar; pidió una explicación de aquellas delegaciones que se oponían a los grupos políticos cuando habían apoyado recientemente la Resolución 96 (I) (que los incluía); apoyó los comentarios de Ecuador y sugirió que la convención debería estar sujeta a los requisitos de moralidad, orden público y bienestar general para aliviar las preocupaciones que rodeaban a los gobiernos y sus medidas defensivas contra los elementos subversivos (Abtahi y Webb, 2008b). Haití insistió que el genocidio fue realmente cometido por razones/motivos políticos; que “el concepto de genocidio [debe] abarcar los crímenes cometidos contra grupos políticos” y que la inclusión de los grupos políticos era “una condición esencial para salvaguardar la paz y la dignidad de la persona humana” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1396-1397, 1410). Grecia opinó que “aquí no había razo-

nes teóricas ni prácticas para excluir a los grupos políticos” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1402-1403) y que la protección de las minorías no era una idea nueva; Guatemala recordó que los nazis habían perseguido a los alemanes únicamente por motivos políticos y también a los grupos por su nacionalidad, raza o religión (Abtahi y Webb, 2008b); Suecia, que originalmente se había opuesto, se retractó a la luz de la persecución histórica de los grupos políticos que se había presentado durante el debate, aunque estuvo de acuerdo con Polonia y la USRR en que un grupo político era diferente en naturaleza a los otros grupos (Abtahi y Webb, 2008b); y El Salvador sostuvo que “no había razones decisivas para no incluirlos” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1411).

Cuando se procedió a una votación sobre el tema, el resultado fue de 29 a 13 con 9 abstenciones para retener a los grupos políticos en la definición (en artículo II) (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1411-1412). 10 días después la definición de genocidio en su totalidad, con la inclusión de grupos políticos, fue sometido a votación (en vez de la de la pregunta anterior: si se deberían incluir los grupos políticos en particular). La votación también tuvo éxito, con 28 votos a favor, 6 en contra y 5 abstenciones (Abtahi y Webb, 2008b). Aquí, la República Dominicana explicó que, aunque había votado a favor de la definición en su totalidad, no significaba que estaba a favor de la inclusión de grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b). Por su parte, Venezuela explicó su abstención específicamente porque se había opuesto consistentemente a la inclusión de los grupos políticos en la definición (Abtahi y Webb, 2008b)¹⁴. Como veremos, estas fueron destinadas a ser victorias de corta duración para los grupos políticos en la definición de genocidio.

La inclusión de grupos políticos no fue el único tema que provocó el debate en la Sexta Comisión. Durante las discusiones, los EE.UU. también propuso una enmienda para agregar grupos “económicos” a los grupos protegidos (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1968). Pero esta propuesta no fue bien recibida con Brasil, Egipto, los Países Bajos, la URSS y Suecia alineándose para oponerse (Abtahi y Webb, 2008b). La enmienda solo recibió escaso apoyo de Bolivia (Abtahi y Webb,

¹⁴ Ver también: AGNU, ONU Doc. A/C.6/SR.83, 1948. Sr. Pérez Perozo (Venezuela), en *supra* nota 88, p. 1501.

2008b, p. 1391)¹⁵. En vista del débil apoyo, y después de que quedase claro que no tendría éxito, la enmienda fue retirada (Abtahi y Webb, 2008b).

En una etapa relativamente tardía durante las negociaciones, surgió la propuesta de grupos ‘étnicos’. A pesar de su inclusión en el primer borrador de la resolución que se convirtió en la Resolución 96(I) de la Asamblea General (Abtahi y Webb, 2008a) y en el primer protocolo en borrador de Arabia Saudí (Abtahi y Webb, 2008a), el grupo desapareció por completo de la lista de grupos protegidos hasta que fue resucitada por Suecia, quien formalmente propuso su inclusión durante el debate de la Sexta Comisión. Suecia argumentó que los “grupos nacionales” necesitaban una aclaración para que no dependiera en la existencia de un Estado. Para evitar, en la ausencia de un Estado, que tales grupos formen “grupos políticos” (y en vista de la oposición a los grupos políticos), Suecia recomendó la inclusión de “grupos étnicos” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1389, 1984). Egipto no se opuso a pesar de que no vio ninguna justificación para su inclusión ni gran diferencia entre los grupos étnicos y raciales, y creyó que en la mayoría de los casos los grupos étnicos serían protegidos como grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b). La URSS no objetó porque “no era una categoría nueva [sino] era un subgrupo de un grupo nacional” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1400); Uruguay propuso que “étnico” debería sustituir la palabra “racial” porque los dos tenían el mismo significado (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1412); Bélgica pensó que las dos palabras (“étnico” y “racial”) tenían exactamente el mismo significado y que la idea de los grupos nacionales eran suficientemente claros (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1413, 1421); y Haití estaba a favor, ya que en ciertos casos un grupo podría no ser considerado como un grupo racial, pero podría caer bajo la categoría de “étnico” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1413). Cuando se convocó a votación, se aprobó su inclusión en la definición del genocidio con 18 votos a favor, 17 en contra y 11 abstenciones (Abtahi y Webb, 2008b).

A pesar que los grupos políticos habían sido incluidos en la definición de genocidio por votación, cuando los debates sobre otros

¹⁵ Este apoyo mediocre fue curioso, dado que Bolivia había sido el primer país en sugerir la inclusión de “genocidio económico” (Abtahi y Webb, 2008a, p. 402).

artículos se avanzaban, se hizo más claro que un número significativo de Estados no firmarían un tratado que los incluya. Varios países, al discutir los borradores de otros artículos de la convención, continuaron a insistir que la inclusión de los grupos políticos era un error (URSS); expresaron su continua oposición vis-a-vis los grupos políticos (la República Dominicana); o expresaron dudas sobre el nivel de protección otorgado a los grupos políticos (Suecia) (Abtahi y Webb, 2008b). Parecía que los Estados que apoyaban la inclusión de los grupos políticos habían puesto en riesgo toda la convención. Por separado, también se aprobó una propuesta venezolana para eliminar el motivo de la definición de genocidio —para que el genocidio por motivo de las creencias políticas de los miembros del grupo (así como por motivos de origen nacional o racial y creencias religiosas de los miembros del grupo) fuera eliminado (Abtahi y Webb, 2008b)— se aprobó con 27 a favor, 22 en contra y 2 abstenciones (aunque esta votación generaría controversia por motivos de procedimiento y sobre lo que se había votado exactamente) (Abtahi y Webb, 2008b).

En consecuencia, la pregunta se reabrió ante la insistencia de Irán, Egipto y Uruguay, quienes presentaron una enmienda para excluir a los grupos políticos —solo 11 días antes de la adopción definitiva de la final Convención sobre el Genocidio (Abtahi y Webb, 2008b). Esta vez, los EE.UU.— quizás el Estado que fue el aliado más fiel para la inclusión de los grupos político – cedieron. “[C]on un espíritu conciliador y para evitar la posibilidad de que la aplicación de la convención a los grupos políticos impida que ciertos países se adhieran a ella” (Abtahi y Webb, 2008b, pp. 1867-1868), los EE.UU. expresó su apoyo a la eliminación de los grupos políticos del artículo II. Brasil también indicó que votaría por la remoción de grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b); Egipto explicó que había propuesto la eliminación por razones prácticas, “ya que se había quedado claro que la inclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos por la convención sería un serio obstáculo para la ratificación de la Convención por un gran número de Estados” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1867); Irán reflejó los comentarios de Egipto y recordó a los delegados que la Convención sobre el Terrorismo de 1935 nunca obtuvo más de 3 ratificaciones precisamente por sus implicaciones políticas (Abtahi y Webb, 2008b); mientras que Australia favoreció la reexa-

minación de la definición de genocidio y la eliminación de cualquier mención de los grupos políticos (Abtahi y Webb, 2008b). Cuba mantuvo su posición anterior y continuó apoyando a los grupos políticos, pero declaró que se abstendría de votar en lugar de votar en contra de su eliminación (Abtahi y Webb, 2008b).

Después de una votación procesal exitosa sobre la propuesta de reabrir la definición de genocidio (en artículo II) (Abtahi y Webb, 2008b), la enmienda de Irán, Egipto y Uruguay para eliminar a los grupos políticos se sometió a votación. El resultado: la enmienda tuvo éxito con 22 votos a favor, 6 en contra y 12 abstenciones (Abtahi y Webb, 2008b). Inmediatamente después de la votación, China declaró que había votado en contra porque “creía que, en el presente momento de conflicto ideológico, los grupos políticos tenían una mayor necesidad de protección que los grupos nacionales o religiosos” (Abtahi y Webb, 2008b, p. 1870), y que a China le resultaría más difícil adoptar el convenio así modificado. Esta votación significó el final para los grupos políticos en la Convención de Genocidio.

2.5. *Análisis*

Al final, después de tanta discusión y debate, elaboración y reformulación, es humoroso tener en cuenta que, a pesar de todos estos esfuerzos, los grupos protegidos que finalmente se incluyeron en la Convención en artículo II —los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos— fueron exactamente los mismos que Cuba, India y Panamá incluyeron en el original borrador que presentaron a la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre 1946 (Abtahi y Webb, 2008a). A pesar de que la Resolución 96(I) de la Asamblea General amplió estos parámetros al referirse a “grupos raciales, religiosos, políticos y otros” e incluyó el genocidio por “motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquier otro tipo” (ONU, Resolución 96(I), 1946), los cuatro grupos que se incluyeron en última instancia en la Convención permite ciertas observaciones.

En primer lugar, los grupos políticos fueron ampliamente considerados, pero los Estados tomaron una decisión consciente a no incluirlos entre los grupos protegidos. Los grupos fueron limitados a propósito en número; su alcance no era lo suficientemente amplio como para permitir la entrada de los grupos políticos. La razón fue que

varios Estados consideraron que los grupos políticos no eran suficientemente permanentes o estables: se creía —con o sin razón— que las personas podían entrar y salir de los grupos políticos de una manera más fluida y dinámica que los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Por lo tanto, es correcto decir que los *travaux préparatoires* apoyan la noción de que la Convención sobre el Genocidio solo tenía la intención de proteger a grupos estables o permanentes. Pero otra cosa es decir lo que dijo *Akayesu*:

Además, la Cámara consideró si los grupos protegidos por la Convención de Genocidio [...] deben limitarse a solo los cuatro grupos mencionados expresamente y si no deben incluir también a cualquier grupo que sea estable y permanente como los cuatro grupos mencionados. En otras palabras, la pregunta que surge es si sería imposible castigar la destrucción física de un grupo como tal en virtud de la Convención sobre el Genocidio, si dicho grupo, aunque estable y la membresía es por nacimiento, no cumple con la definición de ninguno de los cuatro grupos expresamente protegidos por la Convención de Genocidio. En opinión de la Cámara, es particularmente importante respetar la intención de los redactores de la Convención sobre el Genocidio, que de acuerdo con los *travaux préparatoires*, era claramente garantizar la protección de *cualquier grupo estable y permanente*. (TPIR, ICTR-96-4-T, 1998, párr. 516) (énfasis añadido).

La idea de que la Convención sobre el Genocidio protege a cualquier grupo estable y permanente —en vez de solamente los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos— no ha sido acogida con entusiasmo por la jurisprudencia del derecho penal internacional¹⁶. Solo los casos de *Rutaganda* y *Musema* del TPIR lo adoptaron, aunque

¹⁶ Para críticas sobre el pronunciamiento de *Akayesu* sobre los grupos protegidos de genocidio, vea: Mettraux, G. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 230; Schabas, W. A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2ª Edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pp. 151-153. Como señaló Schabas, ‘parece cada vez más idiosincrático con el paso del tiempo’: Schabas, W. A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 129; Schabas, W. A. ‘Article 6: Genocide’, en Triffterer, O. y Ambos, K. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª Edición (Munich/Oxford/Baden-Baden, Verlag C. H. Beck/Hart Publishing/Nomos, 2016), p. 135.

con ligeras modificaciones¹⁷, y también se puede ver en el caso *Krstić* del TPIY¹⁸.

Sin embargo, como muestra claramente el registro histórico, los Estados tomaron una decisión decidida de rechazar una formulación abierta en favor de una lista cerrada de los grupos protegidos que fueron explícitamente enumerados. Pero también es cierto que los redactores originales del tratado solo pudieron expresar su visión de los grupos protegidos a través del prisma y el marco de referencia de 1948, es decir, los grupos permanentes y estables que prevalecían en ese momento: los grupos nacionales, étnicos, religiosos y raciales. Mientras que en los tiempos modernos la lealtad política podía posiblemente considerarse más estable que la adhesión religiosa en muchos casos, este no era el caso hace 70 años. Entonces, si bien se puede argumentar que la lista cerrada de los grupos protegidos no está actualizada, también es cierto que no ha habido casos en los tiempos modernos en que grupos estables y permanentes hayan sido objeto de actos de genocidio, pero no se encajaron dentro de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Queda por verse si esto sigue siendo cierto en el futuro.

¹⁷ TPIR, caso *Musema*, 27/01/2000, párr. 162:

“De una lectura de los *travaux préparatoires* de la Convención sobre el Genocidio, parece que ciertos grupos, como los grupos políticos y económicos, han sido excluidos de los grupos protegidos, ya que se consideran ‘no estables’ o ‘grupos móviles’ que uno se une a través del compromiso individual y voluntario. Esto parecería sugerir *a contrario* que la convención presumiblemente intentaba de cubrir grupos relativamente estables y permanentes. Por lo tanto, la Cámara sostiene que al evaluar si un grupo en particular puede considerarse protegido del crimen de genocidio, se procederá caso por caso, teniendo en cuenta tanto la evidencia relevante presentada como el contexto político, social y cultural en el que supuestamente se produjeron los hechos”.

Ver también: TPIR, caso *Rutaganda*, 6/12/1999, párr. 57-58.

¹⁸ Se estableció en dicha providencia:

“El trabajo preparatorio de la Convención muestra que el establecimiento de una lista de este tipo [de los grupos protegidos] fue diseñado más para describir un fenómeno único, que corresponde aproximadamente a lo que se reconoció, antes de la Segunda Guerra Mundial, como ‘minorías nacionales’, en lugar de referirse a varios prototipos distintos de grupos humanos” (TPIY, caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 556).

Otro tema que se planteó varias veces durante la redacción del tratado con respecto a los grupos políticos fue la preocupación de que su inclusión obstaculizaría a los Estados en sus esfuerzos de reprimir a los grupos subversivos con orientación política que buscaban socavar o tal vez derrocar al gobierno del Estado relevante. Los Estados consideraron que no deberían verse restringidos por la convención a este respecto. Esto quizás podría sugerir que los Estados se reservaban el derecho de realizar actos de genocidio en su lucha contra las fuerzas internas rebeldes o subversivas que intentaban desafiar a la autoridad gubernamental. Si fue así, esto era bastante ridículo. De hecho, el uso de la fuerza no es ilimitado, incluso cuando se actúa en defensa de la patria. Como lo puso el TPIY, aunque en un contexto ligeramente diferente: “si un ataque se ordenó como preventivo, defensivo u ofensivo es irrelevante desde el punto de vista legal[,] [...] [e]l tema en cuestión es si la forma en que se llevó a cabo la acción militar fue criminal o no” (TPIY, caso *Kordić y Čerkez*, 17/12/2004, párr. 812)¹⁹. En cualquier caso, los *travaux préparatoires* indican que los grupos políticos provocaron verdadera inquietud entre los Estados. Incluso después de que su inclusión había sido aprobada y presumiblemente finalizada, la oposición y la preocupación entre los Estados llegó a tal punto que, en un espíritu de compromiso, para lograr un consenso y para permitir que el número máximo de Estados se unan al tratado, se tomó la decisión de excluir a los grupos políticos de los grupos protegidos. Esto ocurrió solo 11 días antes de la adopción de la Convención. Así, la historia muestra que la eliminación de los grupos políticos de la Convención sobre el Genocidio que fue un compromiso político finamente calculado.

Finalmente, la inclusión tardía de los grupos étnicos en la lista de los grupos protegidos, y las razones detrás de su propuesta, agrega mayor claridad a los grupos políticos y nacionales. Cuando Suecia propuso grupos étnicos ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, manifestó específicamente que su intención era evitar que los grupos nacionales formaran grupos políticos en ausencia de un Estado (Abtahi y Webb, 2008b). En otras palabras, ya que la nacio-

¹⁹ Ver también TPIY, caso *Martić*, 8/10/2008, párr. 268; TPIY; caso *Boškoski y Tarčulovski*, 19/05/2010 párr. 31.

alidad está vinculada a un Estado, aquellas personas que creen que pertenecen a un Estado que no existe podrían ser clasificadas como perteneciendo a un grupo político (porque podría decirse que pertenecen a una causa política: la formación de su propio Estado). Debido a la oposición expresada por numerosos Estados a la inclusión de los grupos políticos en la definición de genocidio, Suecia propuso grupos étnicos para prevenir esta eventualidad potencial (Abtahi y Webb, 2008b). Esto es prueba más de que los redactores evitaron los grupos políticos. Además, la inclusión de los grupos étnicos también aclara la interpretación de los grupos nacionales. Es decir, los grupos nacionales no deben interpretarse, de acuerdo con la intención original de los redactores, de una manera que incluya a los grupos políticos, ya que los grupos étnicos se agregaron exactamente para prevenir esta situación.

Y así, este análisis histórico muestra que, a la luz de los pensamientos, opiniones y decisiones de los redactores de la convención, no se puede decir que la Convención sobre el Genocidio final pretendió a proteger a los grupos políticos, ni el artículo II debe leerse de manera creativa para lograr este resultado. Para hacerlo, tendría que ignorarse o señalar indiferencia a los *travaux préparatoires* descritos anteriormente. Esta conclusión está respaldada por la reciente jurisprudencia del TEDH, que sostuvo en el caso *Vasiliauskas* que la condena penal retroactiva por genocidio basada en la destrucción total o parcial de grupos políticos —en vez de grupos religiosos, nacionales, étnicos o raciales— es en contra del principio *nullum crimen sine lege*, incluso si la legislación nacional pertinente incluía explícitamente a los grupos políticos en su definición de genocidio (TEDH, caso *Vasiliauskas*, 20/10/2015)²⁰. Esto debería motivar a ciertos jueces latinoamericanos a pensar y reconsiderar su postura sobre este tema, dado que algunos —particularmente en Argentina en los casos *Etchecolatz et al.*, *Von Wernich*, *Dupuy et al.*, *Videla et al.*, *Madrid*, *Elichalt and Kirilosky y Porra et al.*— han condenado a personas por, o han comentado que, cometieron genocidio contra grupos políticos en el pasado. Si bien la Corte IDH aún no se ha apoderado de este tema específico, ciertamente está listo para su consideración legal.

²⁰ Pero véase TEDH – Cuarta Sección, caso *Drėlingas c. Lituania*, 12/03/2019.

3. CONCLUSIÓN

Como los trabajos preparatorios de la Convención demuestran, el desarrollo de sus cláusulas fue a veces complicado. Si bien la obligación de prevenir el genocidio siempre ha sido considerada como una característica de la Convención, esta característica —ahora central— de la Convención solo se produjo cuando las referencias a la obligación de prevenir se trasladaron del preámbulo a la parte operativa. Con respecto a la enumeración de los grupos protegidos, los trabajos preparatorios indican que los grupos políticos fueron explícitamente rechazados y que solo una lista de grupos restringidos alcanzó a ser incluidos en la Convención – a pesar del lenguaje mas amplio que se incluyó en la Resolución 96(I). En este sentido, está claro que la exclusión de los grupos políticos fue una decisión tomada después de mucha discusión y reflexión. Al final, fue su falta de permanencia y estabilidad, y la preocupación de que su inclusión impediría a los Estados que ratifiquen el tratado final, lo que condenó su inclusión en la Convención final. De este modo, las negociaciones en el contexto de la preparación de la Convención nos informan hoy en día, 70 años después de su adopción, del tenor de su contenido.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abtahi, H. y Webb, P. (2008a). *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires – Volume 1*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Abtahi, H. y Webb, P. (2008b). *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires – Volume 2*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gillett, M. (2012). The Call of Justice: Obligations to Cooperate with the ICC under the Genocide Convention. *Criminal Law Forum*, 23(1-3).
- Mettraux, G. (2006). *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. A. (2009). *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (2ª ed). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- Triffterer, O. y Ambos, K. (ed.) (2016). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3ª ed.) Munich/Oxford/Baden-Baden: Verlag C. H. Beck/Hart Publishing/Nomos.

Jurisprudencia nacional

Argentina

- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata. (1 de noviembre de 2007). *Von Wernich*.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata. (19 de septiembre de 2006). *Etchecolatz et al.*
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata. (19 de julio de 2013). *Madrid, Elichalt y Kirilosky*.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata. (24 de noviembre de 2010). *Dupuy et al.*
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Rosario, Argentina. (24 de febrero de 2014). *Porra et al.*
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de Córdoba. (22 de diciembre de 2010). *Videla et al.* Opinión disidente de Juez Pérez Villalobo.

Jurisprudencia internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH, Cuarta Sección. (12 de marzo de 2019). *Drélingas c. Lituania*. 28859/16.
- TEDH, Gran Cámara. (20 de octubre de 2015). *Vasiliauskas c. Lituania*. 35343/05.

Corte Internacional de Justicia

- CIJ. (26 de febrero de 2007). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. (27 de enero de 2000). Caso *Alfred Musema*. No. ICTR-96-13-T.
- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.
- TPIR. (6 de diciembre de 1999). Caso *Georges Rutaganda*. No. ICTR-96-3-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY. (19 de mayo de 2010). Caso *Ljube Bošković y Johan Tarčulovski*. No. IT-04-82-A.
- TPIY. (17 de diciembre de 2004). Caso *Dario Kordić y Mario Čerkez*. No. IT-95-14/2-A.
- TPIY. (8 de octubre de 2008). Caso *Milan Martić*. No. IT-95-11-A.
- TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

Otras referencias

Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas, Asamblea General (AGNU), Sexto Comité. (1946). Delegation of Saudi Arabia: Draft Protocol for the Prevention and Punishment of Genocide. UN Doc. A/C.6/91 (26 de noviembre). Disponible en: <https://undocs.org/es/A/C.6/91>.

Naciones Unidas, Comité Económico y Social (ECOSOC). (1948). Report of the Committee and Draft Convention drawn up by the Committee (Dr. Karim Azkoul – Rapporteur). UN Doc E/794 (24 de mayo). Disponible en: <http://undocs.org/E/794>.

Capítulo 4
**Apuntes socio-jurídicos sobre el
concepto de genocidio**

Pilar Eirene de Prada

INTRODUCCIÓN

Las perspectivas sociológico-jurídicas en el estudio del crimen de genocidio¹ cobran una especial relevancia debido al propio sentido que encierra el neologismo —del griego *γένος*, *genos* “raza, tribu” y del latín *caedere* “matar”²— creado por Raphael Lemkin (1944) y cuyo carácter definitorio más reconocible es la protección de grupos humanos, no solo de los individuos que lo conforman. Más allá de la faceta de Lemkin como consagrado jurista y abogado, su comprensión del fenómeno del genocidio era eminentemente sociológica, de un especial interés, y es que en efecto no podemos abordar el estudio de un crimen que pretende la protección de los grupos como tal sin tener en consideración que éstos son construcciones sociales que van más allá de la mera agregación de individuos. Pese a que no todas las aportaciones de Lemkin quedaron finalmente incluidas en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, son un buen punto de partida para trazar puentes entre las visiones sociológicas y aquellas puramente jurídicas del concepto de genocidio, siendo este el objetivo principal de este artículo.

Lemkin había observado con preocupación la falta de protección en el derecho internacional de los grupos humanos antes incluso de la Segunda Guerra Mundial. Ya en 1933, durante la quinta Conferencia internacional para la unificación del Derecho Internacional Penal

¹ El presente artículo aboga por la utilización del término “crimen” siguiendo la terminología anglosajona.

² Según la propia descripción etimológica empleada por Lemkin en el capítulo IX titulado Genocidio en su obra *La Dominación del eje en la Europa Ocupada* (1944) y en el que habla por primera vez de este termino.

(DIP) celebrada en Madrid, a la que remitió el texto de su ponencia —aunque finalmente no pudo asistir por impedirlo una Orden del Ministerio de Justicia polaco³— alertó de la necesidad de dar protección a los grupos en el derecho internacional. Lemkin propuso la creación de dos nuevos crímenes: de *barbarismo*, relativo a la destrucción de grupos nacionales, y de *vandalismo*, relativo a la destrucción de bienes culturales, más tarde aunados por el autor en el concepto de genocidio (Lemkin, 2015a). Aunque su propuesta fue discutida en la ponencia de Madrid, esta no fue tomada en consideración en atención al principio de soberanía nacional, considerando que las minorías nacionales no merecían una especial protección legal (Moses, 2004). Este mismo principio fue el que adujo el Tercer Reich para poder llevar a cabo sus políticas discriminatorias y deshumanizantes.

Unos años más tarde, en su primera entrevista como Gobernador General, fechada el 3 octubre 1939, Hans Frank explicaba que la recientemente invadida Polonia era considerada por el Reich una “colonia” y sus habitantes “esclavos del Gran Imperio Mundial Alemán” (Shirer, 1991, p. 944). Con esta ágil maniobra los juristas del Reich, entre ellos el propio Frank, buscaban evitar la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1929⁴ a los territorios ocupados, tratando al Gobierno General⁵ como una parte anexionada al Reich en la que se aplicaba el derecho alemán y el principio de soberanía, por lo que cualquier conflicto que emergiera sería, desde el punto de

³ Según algunas versiones el impedimento se debió al deseo de las autoridades de no irritar al recientemente llegado al poder Hitler cuando todavía los dos países gozaban de buenas relaciones.

⁴ En 1939 estaban vigentes la tercera versión del *Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña* de 1864; la segunda versión del *Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o náufragos de las fuerzas armadas en el mar* de 1906; y el *Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 27 de julio de 1929, adoptado tras los episodios de la Primera Guerra Mundial para cubrir las lagunas de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907.

⁵ El Gobierno General de los territorios polacos ocupados fue el nombre dado por el régimen nazi a los territorios ocupados tras la invasión de las fuerzas armadas alemanas el 12 de octubre de 1939 y subdivididos en cuatro distritos: Varsovia, Lublin, Radom, y Cracovia. Tras el ataque a la Unión Soviética en junio de 1941 el territorio del Gobierno General incorporó Galicia del Este, hasta entonces parte de la República Socialista Soviética de Ucrania.

vista del Reich, un conflicto de carácter puramente interno, impidiendo que la comunidad internacional pudiera entrometerse en el manejo de sus minorías.

Lemkin estaba especialmente interesado en la protección de los colectivos culturales, más de que sus miembros individualmente considerados, puesto que estos segundos ya quedaban protegidos por otros preceptos legales existentes. Este empeño por la protección de los grupos derivaba de una visión cosmopolita basada en el principio de individualidad de Herder y en la creencia de Mazzini en el papel único de cada individuo en la “sinfonía de naciones” (Walicki, 1982), que Lemkin traducía en el concepto de “cosmos humano” (Elorza, 2015) y que le llevaba a afirmar que los grupos merecían protección por su composición humana, pero también como forma de prevenir “el drenaje de los recursos espirituales de la humanidad” (Elorza, 2015).

1. PRESUPUESTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS

Indudablemente el concepto de genocidio no puede desligarse del Holocausto y de la Segunda Guerra Mundial, como tampoco del trabajo de Lemkin; sin embargo, los genocidios no son un fenómeno exclusivo ligado a la modernidad, ni exclusivo de Europa u occidente. Se pueden identificar rasgos claramente genocidas en célebres pasajes históricos de la antigüedad como en la destrucción de Troya, las guerras del Peloponeso o las guerras púnicas, aunque algunos autores llegan a ubicar episodios genocidas más atrás en el tiempo (Naimark, 2017). A pesar de ello, numerosos estudios se han centrado en el análisis del crimen de genocidio utilizando el Holocausto como patrón o molde sobre el que comparar otros fenómenos enmarcados en la misma categoría, estrechando enormemente la visión sobre este fenómeno y dejando de lado otros casos que no se ajustaban a este “falso” estándar. Al mismo tiempo, se ha promovido la idea de la singularidad del Holocausto, fomentando visiones que lo definen como un crimen único, genuino, singular, incomparable o sin precedentes; cayendo así en la paradoja de que un crimen sin comparación posible es al mismo tiempo el estándar para definir el genocidio (Moses, 2004).

No se niega aquí la profunda importancia del Holocausto ni el interés y necesidad de su estudio, de hecho, hablar del concepto de

genocidio sin contextualizar el momento y circunstancias históricas en el que surgió no nos permitiría alcanzar la necesaria profundidad en su análisis. Sin embargo, el presente artículo aboga por la desacralización del concepto de genocidio, desligándolo de las visiones reduccionistas y eurocéntricas para dotarlo de autonomía y relevancia propia, sin referirlo a un episodio concreto. Se abordará el crimen de genocidio con una visión socio-jurídica e integradora del concepto, más allá del concepto establecido en la Convención.

Tras las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial se tomó conciencia de la necesidad de protección de los grupos cristalizando esta idea a través de un tratado de carácter internacional; sin embargo, este importante hito no puede convertirse en una desventaja a la hora de definir el crimen de genocidio. No debe tornarse en una jaula que impida la evolución natural del concepto y la reflexión crítica pudiendo incluso desembocar en su posible modificación. La Convención fue un gran avance, pero adolece de serios problemas que en la práctica nos traslucen el riesgo de que termine convirtiéndose en un crimen puramente simbólico, en la práctica irrealizable, aumentando así el umbral de impunidad en relación con los actos criminales que tienen como sujetos pasivos los grupos humanos diferenciados.

El presente análisis se enfocará en los genocidios que llamaremos *modernos*, entendidos como aquellos que han sido organizados, impulsados y realizados por Estados modernos o por élites dominantes que buscan hacerse con el poder del Estado, con un doble común denominador: contar con una maquinaria organizada de poder y una ideología que la alimente.

El análisis expuesto en este artículo se compone de varias partes que bien podrían funcionar como artículos independientes y en efecto han sido fruto de momentos distintos de reflexión. Este no busca ser un análisis ni comprensivo ni exhaustivo sobre la materia, y tampoco tiene la intención de crear un modelo teórico a través de la exposición gráfica del triángulo del genocidio. Al contrario, se ha utilizado esta herramienta conceptual como forma de anclaje de inquietudes diversas en torno al tema que nos ocupa y como una manera de poder recoger aportes provenientes de diferentes disciplinas como la filosofía, sociología, ciencias políticas, antropología, psicología o los estudios

de paz y conflicto. Con ello la autora busca despertar en el lector una reacción, polemizar, y en lo posible, romper los moldes existentes.

La estructura del Estado moderno cimentada en la noción de Estado-nación encierra en su esencia (1) una *capacidad genocida* del Estado, entendida ésta como un caldo de cultivo basado en *políticas y prácticas cotidianas discriminatorias y excluyentes* hacia las minorías presentes en el territorio conducentes a su deshumanización. Y, normalizando en consecuencia, la comisión de prácticas violentas hacia estos colectivos, al completarse el proceso de *separación moral* en la sociedad. Esta *capacidad genocida* de los Estados modernos puede concretarse en acciones que van más allá de la discriminación y exclusión cotidianas orientadas a la eliminación de colectivos concretos a través de (2) la *destrucción de elementos culturales e identitarios* conformadores de la esencia del grupo objetivo. La falta de previsión en la Convención del genocidio cultural abre un importante espacio de desprotección en la consecución de los fines depuratorios. La forma más extrema de perseguir este fin, también la más visible, inmediata y violenta, es (3) la *destrucción física y/o biológica* de los miembros de grupo objetivo. Fruto de una elección racional de los poderes del Estado, ésta se da en unas determinadas circunstancias, normalmente facilitada por factores coyunturales como la existencia de un conflicto armado, la concentración de poder o las situaciones de transición. En todo este proceso llama también especialmente la atención el papel de la burocracia.

Consideraremos que estas tres principales formas de violencia contra los grupos (políticas y prácticas discriminatorias y excluyentes, destrucción de los elementos culturales e identitarios y la destrucción física y/o biológica de los miembros del grupo) forman parte de lo que denominaremos el triángulo del genocidio, a pesar de que la Convención centre su protección exclusivamente en la destrucción en la última de estas formas, es cierto que más graves pero también más visibles de genocidio, dejando de lado aquellas que no son tan obvias a primera vista y forman parte de procesos duraderos en el tiempo, aunque orientados al mismo fin: la eliminación de grupos minoritarios del territorio del Estado. Concluiremos el análisis argumentando que se debe fomentar la reflexión sobre el crimen de genocidio y sobre las formas de protección efectiva de los grupos, no solo desde el plano jurídico-teórico-dogmático-penal sino desde una perspectiva multi-

disciplinar y multicéntrica, ya que la Convención no puede ser una jaula que convierta al crimen de genocidio en un crimen alejado de la realidad, o solo para algunas realidades, irrealizable, o imposible de probar. Debemos afirmar la gravedad de las otras formas de genocidio por más que no se materialicen en primera instancia en la destrucción física o biológica, merecen idéntica o similar consideración y son igualmente lesivas.

2. ESTADO Y GENOCIDIO

Resulta fundamental explorar las conexiones que puedan existir entre el Estado moderno y el crimen de genocidio. Y es que éste se encuentra íntimamente ligado al concepto de nación a través de la etimología del propio término *genos*, y por lo tanto a la idea moderna de Estado-nación. La identificación del Estado con una sola nación, nacida en el seno de la revolución francesa, llevó a la división interna de los Estados entre mayorías nacionales y minorías fundadas en diferencias religiosas, lingüísticas, culturales y/o étnico/raciales, elemento que perdura en la genética de los Estados modernos. La realidad actual también nos demuestra la dificultad de gestionar un Estado multinacional o multiétnico, es decir, en el que han de convivir varias naciones.

Los *genocidios modernos* son perpetrados por Estados en su gran mayoría. Aunque la Convención finalmente no considerara la responsabilidad penal de los Estados por la violación de la Convención, ni contemplara expresamente que los Estados pueden cometer este crimen (discusión sobre los artículos IV y VI) (Schabas, 2007),⁶ poste-

⁶ El Sexto Comité debatió sobre el Artículo IV, Reino Unido propuso una modificación introduciendo el concepto de la responsabilidad de los Estados, además de la individual: “*Criminal responsibility for any act of genocide as specified in articles II and IV shall extend not only to all private persons or associations, but also to States, governments, or organs or authorities of the State or government. Such acts committed by or on behalf of States or governments constitute a breach of the present Convention*” (UN Doc. A/C.6/236 and Corr. 1.) La propuesta de Reino Unido se rechazó por un margen de dos votos (UN Doc. A/C.6/SR.96). En el debate sobre el Artículo VI Reino Unido introdujo una nueva frase a la disposición: “*Where the act of genocide as specified in articles II and IV is, or is*

riormente confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Bosnia c. Serbia* (CIJ, Judgment, 26 February 2007, párr. 107); los Estados en cualquier caso son objeto de obligaciones y responsabilidades derivadas del Derecho Internacional y así lo estableció la CIJ en el caso *Bosnia c. Serbia* (caso Bosnia c. Serbia, 26/02/2007, párr. 108) al condenar a este último por no prevenir el genocidio.

Algunos críticos de esta idea sostienen que no solo los Estados cometen actos de genocidio, sino que también los llevan a cabo otros agentes no-estatales como milicias armadas, paramilitares o partidos políticos fuera del poder. Sin embargo, todos ellos normalmente suelen estar de una u otra forma incorporados en la maquinaria del Estado o son alentados por ésta y rara es la vez que actúan por su cuenta. Es más, con frecuencia son utilizados como *proxies* por los aparatos del poder para derivar la responsabilidad por las atrocidades cometidas (Weiss-Wendt, 2010). También podemos identificar a otro tipo de agentes auxiliares del genocidio como señores de la guerra, líderes locales o autoridades religiosas, por señalar algunos ejemplos, encargados de propagar la ideología genocida del Estado.

Tal y como señala Arendt (1998, p. 196-7) aunque el Estado-nación occidental heredó la función primordial de proteger a todos los habitantes de su territorio con independencia de su nacionalidad, el fenómeno de la creciente conciencia nacional del pueblo pronto chocó con esta función. Así, el Estado-nación moderno pasó de garantizar el Estado de Derecho para todos los habitantes de su territorio a ser un instrumento al servicio de la nación, reconociendo únicamente a los “nacionales” —es decir, a aquellos pertenecientes a la comunidad nacional por derecho de origen y nacimiento— como ciudadanos con plenos derechos civiles y políticos. El Estado pasaba de esta manera de ser un instrumento de la ley a ser un instrumento de la nación, en-

alleged to be the act of the State or government itself or of any other party to the present Convention, be referred to the International Court of Justice, whose decision shall be final and binding. Any acts or measures found by the Court to constitute acts of genocide shall be immediately discontinued or rescinded and if already suspended shall not be resumed or reimposed” (UN Doc.A/C.6/236 and Corr. 1). La modificación fue de nuevo rechazada por considerar que el tema ya fue debatido durante la discusión sobre el artículo IV (UN doc.A/C.6/SR.99).

tendida como una comunidad etno-nacional resultado de un estrecho imaginario (Benhabib, 2009).

Agamben (2016) ahonda en la idea de Arendt del nexo entre derechos del hombre y el Estado-nación moderno occidental apuntando que,

El principio del nacimiento y el principio de la soberanía, que estaban separados en el Antiguo Régimen (en que el nacimiento sólo daba lugar al *sujet*, al súbdito), se unen ahora de forma irrevocable en el cuerpo del “sujeto soberano” para construir el fundamento del nuevo Estado-nación. La ficción implícita aquí es que el nacimiento se haga inmediatamente nación, de modo que entre los dos términos no pueda existir separación alguna. Los derechos son atribuidos al hombre (o surgen de él) solo en la medida en que el hombre mismo es el fundamento, que se desvanece inmediatamente del ciudadano. (Agamben, 2016, p. 163)

En resumen, en el Estado-nación los pretendidos derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de cualquier tutela y de cualquier realidad desde el momento mismo en que deja de ser posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado (Agamben, 2016).

Estos análisis, centrados en el Estado-nación surgen como consecuencia y reacción a dos acontecimientos históricos. Por una parte, la convulsión política surgida tras la Primera Guerra Mundial y motivada por la disolución de los imperios perdedores en múltiples Estados-nación con una gran diversidad lingüística, religiosa, étnica y nacional en su interior, configurando así amplias minorías nacionales⁷. Por otro lado, buscan hallar una posible explicación a los horrores cometidos durante el régimen Nazi. Aunque tanto Arendt como Agamben realizan un análisis marcadamente eurocéntrico y coinciden en trazar la crisis de los Estados-nación al finalizar la Segunda Guerra Mundial, su análisis sobre la exclusión de las minorías y su desprotección por parte de los Estados modernos continúa siendo un referente esencial

⁷ Sobre los tratados de protección de las minorías durante el mandato de la Sociedad de Naciones ver: Krasner, S.D. (1999) *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton, p. 105; Cmiel, K. (2004) The Recent History of Human Rights, *American Historical Review*, CIX, pp. 128-35; Lauren, P. (1998), *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, Philadelphia, pp. 98-105.

hoy en día por permanecer y acentuarse como rasgos característicos de los Estados, no solo occidentales.

El contagio de estos perniciosos rasgos más allá de Europa fue posibilitado por el actuar de los imperios europeos en los territorios bajo su dominio, control y administración. La “misión civilizadora” llevada a cabo por los poderes imperiales buscó trasladar el discurso político, legal, administrativo y cultural de las metrópolis a los territorios bajo su dominio. Ya en los años 50 la teoría del *efecto boomerang* (Arendt, 1998, p. 178) apuntaba de manera lúcida a las relaciones entre las ideologías raciales, las técnicas burocráticas y el empleo de la violencia que circulaban y se retroalimentaban entre el imperio y la metrópolis en el siglo XIX y parte del XX. Aunque muchos historiadores consideran que su teoría no pasó de una mera “hipótesis de investigación” (King y Stone, 2007), ha generado numerosas reacciones y estudios posteriores acerca de la retroalimentación entre metrópolis y colonias antes y después de la Segunda Guerra Mundial⁸.

Ferrajoli (1999), en su análisis sobre la crisis del Estado nacional moderno como sujeto soberano, achaca a la arbitrariedad en la división de fronteras presente en todo el planeta, conformadora del carácter artificial y ficticio de los Estados, que a su vez están orientados a someter a una unidad homogeneizadora forzosa a las diferentes comunidades nacionales, negando su carácter propio basado en la diferencia; como causa de los conflictos armados modernos, y en particular de aquellos de carácter intraestatal. Si bien no menciona expresamente los genocidios; el autor localiza en las propias bases sobre las que se asientan los Estados modernos como la raíz de sus problemas, criticando duramente los imaginarios derivados de las ideas del Estado-nación. De hecho, apunta a que la única forma de superar la crisis del Estado es afrontar la superación de la propia forma de Estado nacional y refundar el derecho nacional sobre la autonomía

⁸ Para ahondar en la teoría del efecto boomerang, ver, por ejemplo: Lindqvist, S. (1996) *Exterminate All the Brutes*, New York; Hull, I.V. (2005) *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca; Zimmerer, J. (2004) Colonialism and the Holocaust en Moses, A.D (ed.), *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History* New York; Moses and Stone (eds.) (2007) *Colonialism and Genocide*, New York.

de los pueblos y no sobre el principio de soberanía de los Estados que rige actualmente.

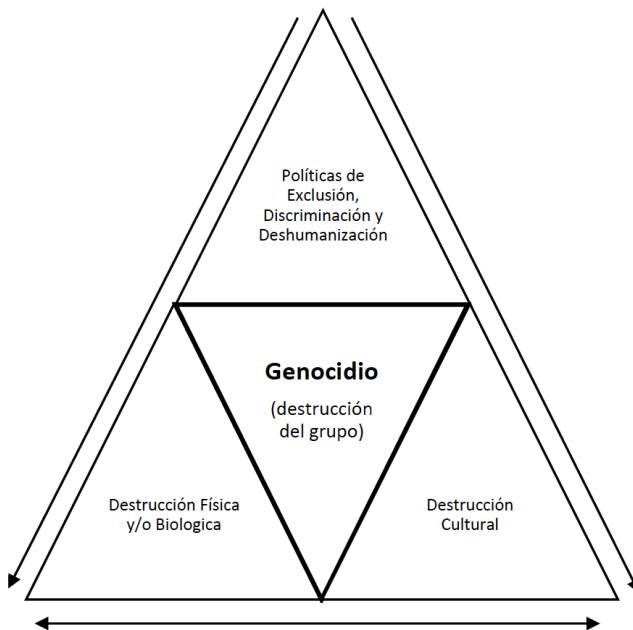
Para Scheper-Hughes (2002) son precisamente estos rasgos los que han evolucionado en la *capacidad genocida* de los Estados modernos, expresada a través de la exclusión social, deshumanización y despersonalización de determinados grupos humanos, normalizando en consecuencia la comisión de prácticas violentas hacia estos colectivos. En otras palabras, se trata de la capacidad de reducir a los otros a la categoría de no personas, de monstruos, de meros objetos eliminables o que pueden ser objeto de violencia sin aparentes consecuencias. Esta llamada *capacidad genocida* se basaría en la propensión del Estado a ejercer una *violencia de tipo estructural* (Galtung, 1969) sobre determinados sectores de su población. Es violencia que no se ejerce de manera directa sobre la población —como con el uso de las armas—, sino invisible y silente, y sus consecuencias se manifiestan bajo distintas formas como la pobreza, marginalización ejercida a través de prácticas y políticas institucionales, y exclusión de determinados sectores de la población. Estas situaciones, inadvertidas para una gran mayoría de la población —que no se ve afectada por ellas— generan un caldo de cultivo para la violencia por ambas partes —opresores y oprimidos—. Es lo que podemos calificar de *conflicto latente* (Jacoby, 2008) con el potencial de estallar si se dan unas determinadas circunstancias.

3. EL TRIÁNGULO DEL GENOCIDIO

Podemos identificar dos grandes objetivos perseguidos con la depuración de grupos nacionales minoritarios del territorio de un Estado, en gran medida derivados de las aspiraciones provenientes del imaginario etno-nacional inserto en la genética de los Estados modernos (Valentino, 2004). Por una parte, están los objetivos homogeneizadores del territorio y la población, con un claro objetivo de limpieza social, a través de la erradicación de colectivos desleales, rebeldes o insurgentes, o simplemente considerados indeseables por el Estado. Por otra parte, podemos encontrar los objetivos orientados al refuerzo de la cohesión social y el control de la población (Valentino, 2004). Sin embargo, estos dos objetivos que podemos calificar como

reorganizadores y propios de una ideología genocida del Estado, no implican que tengan que llevarse a cabo a través de la comisión de un crimen de genocidio en el sentido de la Convención. En sus reflexiones sobre los crímenes de masa modernos Feierstein (2012) apunta a que “el aniquilamiento no es el fin sino su herramienta” (p. 95). Ahondando en esta misma idea, Rae (2002, p. 14), cuando habla de los rasgos de *homogenización patológica* de los Estados modernos, concluye que, si bien la exclusión de las minorías se puede llevar a cabo en ocasiones de manera violenta, por lo general se produce a través de métodos menos extremos, como la expulsión, desplazamiento, segregación o asimilación forzada de dichas minorías. En otras palabras, los objetivos reorganizadores del Estado se pueden llevar a cabo a través de diversos medios, siendo el genocidio en la forma prevista en la Convención, su manifestación más extrema al entrar en el campo de la violencia física directa de masas.

Figura 1
Medios de depuración de grupos minoritarios



Resulta, pues, interesante reflexionar en este punto sobre los medios a través de los que se puede llevar a cabo la depuración de los grupos minoritarios nacionales del territorio de un Estado. Partiendo de una concepción de los grupos como construcciones sociales basadas en una identidad colectiva diferenciadora tanto en el plano interno como externo (Mercado y Hernández, 2010), hemos de identificar tres principales medios de depuración de grupos minoritarios nacionales que se conceptualizan en lo que denominaremos el triángulo del genocidio (ver *Figura 1*), compuesto por: (1) políticas y prácticas de discriminación, exclusión y deshumanización; (2) destrucción cultural; y (3) destrucción física y/o biológica.

Es fundamental aclarar antes de pasar a un análisis más detallado de cada uno de estos componentes, que son autónomos y pueden emplearse aislada o combinadamente, de manera simultánea o sucesiva, de cara a la persecución del fin homogeneizador y depuratorio del territorio y su población. En este sentido, consideramos el primer medio como herramienta base sobre la que se sustentan las otras dos. Esta *capacidad genocida* del Estado moderno (se manifiesta como violencia estructural en diversos grados y formas) en su versión más avanzada, que denominaremos políticas y prácticas de deshumanización, permite que en paralelo se culmine el proceso de *separación moral* de la sociedad, permitiendo que emerja el necesario apoyo social para el empleo por parte del Estado de otros instrumentos más directos y efectivos de destrucción de los grupos. Sin esta transformación social la maquinaria de poder estatal no podrá emplear, aunque tuviera la ocasión, los medios directamente genocidas.

Por otra parte, consideramos ambos métodos de destrucción — cultural y física y/o biológica— como genuinamente genocidas, ya que ambos tienen la capacidad de llegar al fin destructivo, si bien empleando métodos distintos. Sin embargo, recordemos que según la Convención únicamente podremos hablar de genocidio cuando entre en juego directamente el ataque o la destrucción de vidas humanas, como forma de eliminar al grupo. Ya he expresado que esta es una concepción del crimen de genocidio excesivamente restrictiva, inadmisibles en términos sociales y políticos. Desde el momento en que se cruza el umbral de la *separación moral* y la *capacidad genocida* del Estado se define y materializa en acciones concretas orientadas a atacar la integridad del grupo deberíamos hablar de genocidio sin im-

portar las herramientas e instrumentos empleados para cumplir con el fin aniquilador de la diversidad y riqueza cultural que permita a la maquinaria del poder del Estado llevar a cabo el objetivo reorganizador de territorio y población con base al grupo nacional dominante (May, 2010, p. 114; Donders; 2012).

3.1. Exclusión, discriminación y deshumanización

Las condiciones a las que se ven sometidos los grupos nacionales minoritarios son un problema recurrente en los Estados modernos. A la hora de avanzar en la protección de sus derechos —especialmente aquellos de carácter colectivo— las minorías se han topado a menudo con un muro infranqueable: la soberanía de los Estados (Preece, 1997). Tradicionalmente los Estados se han mostrado reticentes a poner sobre la mesa aquellos temas en los que la integridad territorial, la estabilidad política o el principio de no intervención se puedan ver afectados. Ejemplo y manifestación de ello son las conocidas dificultades que han existido a la hora de avanzar en la protección internacional de las minorías (Rehman, 2000). Aunque se les garantiza en diversos instrumentos internacionales el derecho a la existencia, igualdad y no discriminación, su eficacia práctica a menudo se ha mostrado escasa, además de que existen importantes lagunas aún por cubrir en relación con los derechos culturales, lingüísticos y religiosos de estos grupos.

Es un hecho indiscutible que la acción o inacción de los Estados provoca o, cuando menos, agrava las condiciones de desigualdad y exclusión a las que se ven sometidas las minorías. Inmersas en la cotidianeidad y solapadas en la complejidad de las relaciones sociales y políticas, se han convertido en situaciones invisibles para la mayoría de la población que no se ve afectada por ellas y no reconoce a sus víctimas —invisibilizadas— al carecer de voz audible frente al conjunto de la sociedad. Podemos afirmar que hoy en día estas políticas y prácticas revelan un carácter sistémico, si bien debemos hacer un esfuerzo por distinguir la gravedad y los distintos grados de indefensión que políticas y prácticas de este tipo pueden producir sobre los derechos fundamentales. Pues no es lo mismo prohibir el uso en público de una lengua, impedir el ejercicio del derecho al sufragio activo y/o pasivo, que restringir el acceso a la sanidad a determinados colectivos, o re-

vocar la nacionalidad a personas individuales o colectivos completos por la mera pertenencia a un grupo minoritario.

Muchos de los ejemplos que podemos encontrar hoy en día en occidente relativos a este tipo de políticas y prácticas se encuentran íntimamente ligados a lo que algunos autores como Agamben (2015) han venido a llamar *estados permanentes de emergencia* en los que la razón de Estado es sustituida por la razón de seguridad y colectivos completos son tratados como enemigos potenciales por motivo de su etnia, raza, cultura o religión; reforzando al mismo tiempo la visión negativa de la población en general sobre determinadas minorías poblacionales. Dos ejemplos paradigmáticos son la batería de normas desplegada por la administración Bush tras el 11/S —conocidas como la *Patriot Act*— así como el estado de emergencia decretado en Francia tras los atentados del club Bataclán, prolongado durante varios años, y cristalizado en 2017 en la nueva ley antiterrorista francesa, que algunos ya califican de la *Patriot Act Francesa*. Estas regulaciones de emergencia —adoptadas bajo los principios de la protección de la seguridad del conjunto de la nación— de carácter antiterrorista, aunque muy ambiguas, vierten sus efectos sobre individuos —en muchas ocasiones considerados sospechosos únicamente por su origen y religión— y colectivos en general consideradas auténticas *comunidades sospechosas*.

Con ello, se genera una situación de *conflicto latente*, en la que el grupo que se ve sometido a unas duras condiciones sociales, políticas y económicas dentro de un patrón de desigualdad y exclusión es consciente de lo injusto de esta situación. El escenario podrá desembocar en una situación de mayor conflictividad social si el grupo minoritario decide resistirse ante los que consideran abusos del Estado a través de la lucha por la recuperación de sus derechos, ya sea de manera pacífica o violenta. Ello abriría paso a lo que Jacoby (2008) califica como situaciones de *conflicto manifiesto*, en las que la escala de conflictividad y tensión social aumentará progresivamente pudiendo desembocar en un conflicto violento a no ser que se pongan en marcha mecanismos de mediación y de acercamiento de posturas que rebajen la escalada de tensión. En este segundo escenario aumentarán los incentivos del Estado para responder de manera violenta a las demandas de las minorías, también se incrementará la brecha social entre los grupos.

En algunos casos las políticas empleadas por los Estados son fácilmente reconocibles y se dirigen de manera directa hacia las minorías, aunque en otros casos los efectos excluyentes o segregacionistas son el resultado de políticas a primera vista inocuas. Un plan de urbanismo, por ejemplo, puede fomentar la segregación de determinadas minorías a zonas concretas de la ciudad, y profundizar la desigualdad y exclusión si además carecen de importantes servicios básicos como un buen transporte público, como sucede en algunas grandes ciudades estadounidenses como San Francisco, Boston o Nueva York (Jacobs, 1961). Planear la destrucción y traslado de un núcleo poblacional por diversos motivos (económicos, urbanísticos, políticos, etc.) además puede tener un importante impacto en los vínculos sociales y culturales de esas personas. Es el caso de las comunidades afrodescendientes del pacífico colombiano que se ven desplazadas y reubicadas tierra adentro por proyectos urbanísticos y de mejora de grandes infraestructuras sin tener en cuenta que su medio de vida, transporte y socialización, además de uno de los pilares de su cultura tradicional, son los ríos (Comisión Intereclesial de Justicia y Paz y Mundubat, 2015).

Toda esta *violencia estructural*,¹ que se ejerce contra las minorías crea una auténtica jerarquía social compuesta por ciudadanos de primera, pertenecientes al grupo nacional mayoritario que ostenta el poder; ciudadanos de segunda, adscritos a las distintas minorías presentes en el territorio; e incluso de tercera, cuando la pertenencia a una minoría converge con algún otro elemento discriminatorio como es el género o la orientación sexual. Es de sobra conocido el empleo de este tipo de jerarquías por los poderes coloniales hasta bien avanzado el siglo XX como una forma de gobernanza en los territorios bajo su control. La técnica del *divide et impera* —que mostró ser de gran ayuda para el control de la población local por parte de los administradores coloniales— dejó profundas huellas aún visibles hoy en día y muchas de las divisiones sociales artificiales que implantaron en aquella época han perdurado en el tiempo.

Sin embargo, las divisiones sociales empleadas por los gobiernos coloniales no respondían a una descripción cultural ni biológica de la población local, tal y como Weheliye (2014) sugiere, sino a un conglomerado de relaciones sociopolíticas dirigidas a disciplinar a la población estableciendo jerarquías raciales que diferenciaban entre humanos, no-exactamente humanos y no-humanos. Muestra paradig-

mática de los procesos de diferenciación y jerarquización de grupos aparentemente homólogos es la jerarquización racial llevada a cabo por Gran Bretaña en relación con Irlanda. Aunque provocaba evidentes problemas invocar el cromatismo para justificar la división y se trataba de la necesidad de someter al dominio colonial a una población blanca europea, se sirvieron de los estereotipos ya existentes contra la población irlandesa desde tiempos victorianos (mostraban una imagen del irlandés como ignorante, indolente y alcohólico) acompañados de dinámicas culturales y lingüísticas basadas en la diferencia entre los dos pueblos (acento propio de “barbaros”, propensión al salvajismo, etc.) para justificar las incompatibilidades con la civilizada Gran Bretaña (Reynolds, 2017, pp. 62-3).

El empleo de estereotipos deshumanizantes e imágenes binarias sigue siendo un método eficaz de estigmatización más allá de los contextos coloniales. En este punto la exclusión, discriminación y en última instancia la deshumanización de las minorías, no se lleva a cabo únicamente de arriba-abajo sino también de forma transversal, es decir, entre los propios miembros de la sociedad. Con ello, se reducen grupos enteros a una sola imagen simplista y negativa: el “otro”. Es fácil advertir el empleo de estos marcos eufemísticos para definir a diferentes grupos en base a una serie de tópicos, repetidos en distintos escenarios y convertidos en narrativas recurrentes. Podemos agrupar estas etiquetas negativas en tres tipos en función del grado de deshumanización que inflijan (Topolski, 2013): (1) símiles relacionados con la peligrosidad de los individuos pertenecientes al grupo y que los definen como “enemigos”, “rebeldes”, “subversivos” o “terroristas”; (2) que degradan a las personas a una condición de no-humanos calificándolos de insectos o animales; o (3) que niegan cualquier rasgo propio de un ser vivo, calificándolos como “basura”.

La utilización de este tipo de marcos binarios basados en estereotipos y etiquetas negativas, tanto por los aparatos de poder como por la propia sociedad, abren una importante brecha en la sociedad. Los medios de comunicación juegan un importante papel generalizando, potenciando y popularizando las visiones binarias enfrentadas: nosotros vs ellos, amigo vs enemigo, bueno vs malo. Visiones simplistas y estereotipadas de fácil calado y comprensión para el conjunto de la sociedad. Butler (2016) critica precisamente la capacidad de los medios de comunicación de determinar qué vidas pueden ser objeto

de agravio y cuáles no. La ética periodística debería replantearse su posición al respecto y en vez de fomentar discursos cimentados en la exclusión de lo diferente y en la otredad adoptar una perspectiva relacional a la hora de presentar la información.

Kuper (1989) identifica dos formas distintas de deshumanización que resumirían las políticas y prácticas descritas: una de tipo estructural, que se desarrolla a largo plazo; y una segunda de tipo coyuntural y más inmediata. Según el autor, la primera se inscribe dentro de las estructuras de dominación y su potencial destructivo únicamente se activa en situaciones particulares como una rebelión contra las estructuras de dominación. Por otra parte, el segundo tipo de deshumanización es deliberada, marcada por la puesta en marcha de normas discriminatorias directas y la marginación social de los colectivos objetivo. Kuper sostiene que la deshumanización de las víctimas no sería una precondition necesaria para la comisión del crimen de genocidio, sino la deshumanización de los propios victimarios (1989). Sin embargo, la deshumanización del victimario y de la sociedad en general que permite que tales actos se lleven a cabo en nombre del Estado se produce como reacción a la deshumanización, en primer lugar, de las víctimas. Así, el empleo generalizado de dicotomías excluyentes conduce a la deshumanización total del “otro” produciendo lo que se conoce por *separación moral*.

Entendemos por *separación moral* el proceso psicológico por el cual un individuo se separa de su propia conducta, que considera poco ética o inaceptable según los propios estándares individuales (Topolski, 2013). Este mecanismo silencia el sentimiento de culpa dando paso a otro nivel dentro de la escala de violencia contra los grupos. Al alcanzar estas cuotas de deshumanización y habiéndose producido la *separación moral* se genera una suerte de derecho a suprimir a los grupos que ocupen los puestos inferiores de la jerarquía, ocupados por la o las minorías nacionales. Es lo que Arendt (1998, p. 517) califica como *enemigo objetivo*, el odio público y la lucha contra un grupo en general, con independencia del accionar individual de cada miembro del grupo, que deja de tener cualquier tipo de relevancia. Llegados a este punto, la *capacidad genocida* del Estado pasa de ser una mera abstracción a poder manifestarse de manera abierta y directa.

3.2. *Destrucción cultural*

La principal preocupación de Lemkin, que le llevó a idear el concepto de genocidio, fue la protección de los grupos en su afán por conservar la diversidad, atributo esencial de la humanidad (Benhabib, 2009)⁹. El autor, con un concepto de grupo culturalista, consideraba irremplazable la destrucción de cualquier grupo al acarrear la pérdida de sus futuras contribuciones al mundo (Moses, 2010). Aunque es cierto que su concepto de cultura ha recibido importantes críticas desde diversos puntos de vista¹⁰, resulta primordial recordar la esencia del concepto de genocidio como punto de partida a la hora de reflexionar sobre la destrucción de la cultura de un grupo.

Definir qué es la cultura no es tarea fácil y existen múltiples visiones y formas de abordarla. Dentro del marco de análisis definiremos cultura de manera amplia como un sistema de creencias, valores, normas, símbolos y prácticas colectivas aprendidas y compartidas por los miembros de una colectividad, que constituyen el marco de sus relaciones sociales. Decir que la cultura es un sistema de creencias, valores y normas implica que los miembros de cada sociedad generan un conjunto de máximas, a partir de las cuales dan sentido a sus acciones e interpretan los acontecimientos de la vida diaria (Mercado y Hernández, 2010, p. 241). Así, los elementos centrales para la conformación de la identidad cultural de un grupo incluirían (aunque no exclusivamente) la lengua, prácticas religiosas, prácticas tradicionales

⁹ De igual manera la Asamblea General de Naciones Unidas afirmó en su Resolución 96(1) que el genocidio supone una “gran pérdida cultural y espiritual para la humanidad” (AGNU, UN Doc. A/Res/96(1), 1946).

¹⁰ Uno de los aspectos más criticados es su visión primordialista de la cultura, lo que le dificultaba concebir la posibilidad de la hibridación o de la adaptación cultural. Para Lemkin solo existían dos posibilidades: el genocidio y la asimilación total. Este problema encontraba su origen en su particular concepto de cultura en la que equiparaba “cultura nacional” con “alta cultura”. Igualmente, su visión era marcadamente eurocéntrica y no se oponía a las misiones “civilizatorias” coloniales. Entendía que la absorción de las culturas más “débiles” no era en sí misma genocida si no existía coerción, aunque toda desaparición cultural fuera en sí misma una tragedia. Para un análisis más detallado ver: Moses, A.D. (2010) Raphael Lemkin, culture and the concept of genocide, en Bloxham, D. Y Moses, A.D. (eds.) *The Oxford handbook of genocide studies*, Oxford: Oxford University Press, pp. 19-41.

y otras formas de expresión (Neressian, 2005). Numerosas comunidades indígenas consideran que además dentro del concepto de cultura se debería incluir: el territorio, las formas de gobernanza propias y de relacionarse con el medioambiente (Woolford, 2009). Todos estos elementos conformadores de la identidad son por lo tanto las bases sobre las que se sustentan y conglomeran los grupos humanos.

En su definición, Lemkin no identificaba el genocidio necesariamente con la inmediata destrucción de una nación (2015b). Rechazaba la idea de que la aniquilación o destrucción de una nación pudiera equipararse de manera exclusiva con el asesinato masivo del colectivo que se busca destruir. De tal manera que su definición enfatizaba este aspecto,

[El genocidio] está pensado más bien para designar un **plan coordinado de diferentes acciones tendentes a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales, con el objeto de aniquilar a los propios grupos**. Los objetivos de dicho plan consistirían en la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del idioma, de los sentimientos nacionales, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, de la libertad, de la salud, de la dignidad, e incluso de las vidas de los individuos pertenecientes al grupo. El genocidio se dirige contra el grupo nacional visto como una entidad, y las acciones emprendidas se dirigen contra los individuos, no en su condición individual, sino como miembros del grupo nacional. (2015b, p. 219) (resaltado fuera del texto original).

El primer borrador de la Convención de mayo de 1947 dividió el genocidio en tres categorías: físico, biológico y cultural (Schabas, 2011)¹¹. El genocidio cultural quedaba protegido a la par que el genocidio físico y biológico en su Artículo III. Se mencionaba la “destrucción de características específicas del grupo” (ECOSOC, 1947) incluidos actos como el traslado forzoso de menores a otros grupos, exilio forzoso y sistemático de miembros de un grupo cultural, prohibición del empleo de la lengua nacional, destrucción sistemática de libros escritos en la lengua del grupo o de carácter religioso, prohibición de

¹¹ El borrador inicial de la Convención fue elaborado por el Secretariado de Naciones Unidas junto con Raphael Lemkin, Vespasian Pella y Henri Donnedieu de Vabres por lo que muchas de las propuestas iniciales encuentran gran similitud con los planteamientos expresados por Lemkin desde 1933 a este respecto.

nuevas publicaciones y la destrucción sistemática o prohibición del uso de objetos y monumentos culturales (religiosos o artísticos).

Sin embargo, todas estas referencias fueron eliminadas de la versión definitiva ya que, con 25 votos en contra de su inclusión, 16 a favor y 4 abstenciones, el genocidio cultural quedó fuera de del Artículo III¹². Los debates sobre la conveniencia de excluir de la Convención el genocidio cultural se pueden resumir en los siguientes argumentos: (1) el concepto no era susceptible de una adecuada definición (por ambiguo y excesivamente amplio) y por lo tanto dejando la puerta abierta a posibles demandas abusivas o ilegítimas; (2) podía interferir en los legítimos esfuerzos de los Estados coloniales de civilizar a los pueblos primitivos bajo su dominio; (3) la destrucción de los elementos culturales de un grupo no llega al nivel de gravedad de la destrucción física (verdadero objeto de la Convención); (4) era mejor dejarlo como un tema de derechos humanos; y (5) su inclusión impediría la adhesión al texto de numerosos Estados (Ratner, Abrams y Bischoff citados en Ehlert, 2014, p. 35; May, 2010, p. 102 y ss.).

Resulta interesante detenernos un momento en este punto para ver cómo se dividieron los bloques de votos a favor y en contra de la inclusión del genocidio cultural durante la tercera sesión del Sexto Comité Legal. Los partidarios de la inclusión del genocidio cultural fueron el bloque de oriente medio y el bloque soviético y sus aliados de la época. El apoyo de estos últimos parece bastante obvio si tenemos en cuenta dos aspectos. Primero, los episodios de la Segunda Guerra Mundial, de hecho, en sus alegatos, el delegado de la URSS mencionó la importancia de los juicios de Núremberg a la hora de ilustrar como la destrucción de la cultura de algunos grupos puede constituir un método de destrucción del propio grupo (Morsink, 1999; UN Summary Record of Meetings, 1948). Segundo, es bien conocida la

¹² Estados que votaron en contra de la inclusión del genocidio cultural (25): Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, República Dominicana, Francia, Grecia, India, Irán, Liberia, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Perú, Siam, Suecia, Turquía. Estados que votaron a favor de su inclusión (16): URRS, Yugoslavia, República Soviética Socialista de Bielorrusia, China, Checoslovaquia, Ecuador, Egipto, Etiopía, Líbano, México, Paquistán, Filipinas, Polonia, Arabia Saudí, Siria, República Soviética Socialista de Ucrania. Abstenciones (4): Venezuela, Afganistán, Argentina y Cuba. (AGNU, UN Doc. A/C.6/SR83, 1948).

postura de la URSS a favor de la descolonización, lo cual podría explicar también su postura en oposición a los países occidentales que buscaban mantener el dominio sobre sus colonias. Por su parte, el bloque de países de oriente medio mostró una gran preocupación por los recientes desarrollos en Palestina, en pleno conflicto con Israel y cuya población desplazada se contaba ya por miles. El delegado de Pakistán argumentó de manera muy elocuente a favor de la inclusión del genocidio cultural alegando que este representaba el fin, mientras que el genocidio físico era únicamente el medio para conseguirlo y, en consecuencia, considerando que ambas formas de genocidio eran indivisibles. El único país de este bloque que mostró una posición fluctuante y no consistente fue China, que inicialmente apoyó su inclusión y tras varios cambios de bando finalmente votó a favor.

En el lado opuesto se encontraban las posturas occidentales, lideradas por Europa, Estados Unidos y Canadá al que se sumaron países como India, Sudáfrica, Liberia, Irán, Siam o Turquía. India mantuvo una posición decidida a limitar la protección únicamente a la Declaración, desoyendo la preocupación pakistaní por la posible comisión de crímenes contra las minorías musulmanas de la India. La posición de los países occidentales pasó por una doble moral, explicando la importancia de la protección cultural de las minorías, pero limitando ésta a la Declaración (Morsink, 1999; UN Summary Record of Meetings, 1948).

El bloque restante lo conformaban los países latinoamericanos, que, con excepción de Venezuela, mostraron poco o ningún interés en los debates por la protección de los derechos culturales. De hecho, la delegación de Brasil, posicionada en contra, llegó a exponer como argumento el legítimo derecho de los Estados a alcanzar un cierto grado de homogeneidad dentro del límite de sus fronteras. El voto de los países latinoamericanos se dividió en tres (a favor: México y Ecuador, en contra: Perú, Panamá, República Dominicana, Brasil, Bolivia y Chile y abstención: Venezuela, Argentina y Cuba), siendo los votos en contra los más numerosos (Morsink, 1999; UN Summary Record of Meetings, 1948).

Este breve resumen de las posiciones mantenidas por los países representados en la Sexta Comisión en torno a la inclusión del genocidio cultural en la Convención resulta esclarecedor. Además de

mostrar los movimientos diplomáticos de países individuales y bloques regionales completos, ilustra de manera elocuente tres aspectos relevantes.

Los países occidentales mostraron una gran reticencia a la inclusión del genocidio cultural como una forma de protegerse contra posibles acusaciones penales futuras contra ellos. En plena crisis colonial, con el auge de los movimientos de liberación en las colonias, y el aumento de la oposición internacional hacia los sistemas coloniales que terminó en 1960 con la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, los Estados cerraron filas y trataron de evitar el impacto que la inclusión del genocidio cultural podría producirles. Estados Unidos y Canadá, ambos con población indígena en sus territorios se unieron también a esta postura. Una de las principales características de este bloque es que recurrieron a un doble argumento destinado a mantener una postura progresista de cara al exterior y a favor de los derechos humanos mientras trataban de limitar los efectos jurídicos que la inclusión del genocidio cultural en la Convención podía acarrear. Para ello recurrieron a una combinación de motivos en contra, siendo el más recurrente la primacía de la soberanía interna de los Estados, en combinación con el apoyo a la protección de las minorías en otros instrumentos como la Declaración.

El desinterés manifiesto de la mayoría de países del bloque latinoamericano (con contadas excepciones), precisamente países todos ellos con gran cantidad de minorías indígenas y afrodescendientes, encuentra una explicación si miramos más de cerca el tratamiento que estos Estados daban a sus minorías. Según la triple distinción elaborada por Yrigoyen (2006) sobre el grado de autonomía o sometimiento en que se encuentran las comunidades indígenas respecto de la sociedad dominante en función de (1) si fueron pueblos sometidos y colonizados en el siglo XVI (2) pueblos no sometidos o (3) naciones no colonizadas donde la corona envió misioneros; existen tres principales tendencias que convivieron en Latinoamérica entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX: (a) asimilacionista, basada en la conversión de la población indígena en ciudadanos dotados de derechos individuales a través de la disolución de sus pueblos, tierras colectivas, autoridades propias y del fuero indígena con el objetivo de evitar futuros levantamientos indígenas; (b) integracionista, fundada

en otorgar ciertos derechos colectivos a los pueblos indígenas aunque manteniendo la unidad del Estado-nación y el monismo jurídico y; (c) de ocupación y exterminio, con el objetivo de anexionar nuevos territorios al Estado. Según la autora, países como Chile y Argentina mantuvieron hasta bien entrado el siglo XX políticas de ocupación militar y exterminio de los pueblos indígenas basadas en el despojo de soberanía y territorio.

Podemos encontrar un paralelismo entre las discusiones de la Sexta Comisión sobre la inclusión del genocidio cultural en el Artículo III de la Convención y las relativas a la inclusión de los derechos de las minorías en el Artículo 31 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que acabó con la exclusión de ambas propuestas en detrimento de la protección de los derechos de las minorías. La decisión de dejar fuera de la Convención el genocidio cultural parecía llevar aparejada por parte de numerosos países el compromiso de apoyar su inclusión en la Declaración; sin embargo, aunque se propusieron varias versiones del artículo para su discusión en el Comité de Asuntos Sociales y Humanitarios ninguna llegó a votarse, ya que fueron reenviadas a la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Morsink (1999) considera que este fatídico desenlace para la protección de los derechos de las minorías está íntimamente ligado a las dinámicas de la Guerra Fría.

En resumen, en los debates para la inclusión del genocidio en la Convención fueron determinantes dos factores que nada tienen que ver con los derechos humanos o el derecho internacional penal pero que, desafortunadamente, en más de una ocasión terminan siendo decisivos. Nos referimos a los intereses propios de los Estados, más preocupados por limitar la posible responsabilidad por sus acciones que por la protección de los derechos humanos y al juego de poderes propio de la política internacional, en este caso especialmente marcado por el inicio de la Guerra Fría. Estos factores no solo entraron en juego en el debate sobre la protección de los derechos de las minorías y genocidio cultural, también en otros temas que han suscitado gran polémica en la Convención como la exclusión del genocidio político.

Estas motivaciones que se esconden detrás de la exclusión del genocidio cultural, alejadas de un verdadero interés por proteger a los grupos, no pueden más que reforzar la necesidad de superar estas

dinámicas con el fin de alcanzar una auténtica y efectiva protección de los derechos humanos. En un plano más pragmático, la dificultad que existe para lograr, aparte de un cambio de actitud de los Estados, una modificación de un tratado internacional nos hace pensar en otras posibles vías para abrir el concepto de genocidio y adaptarlo a las necesidades reales. Pensamos en el importante papel que están llamados a jugar en estos casos la Comisión de Derecho Internacional, los tribunales penales internacionales a través de su jurisprudencia, los tribunales regionales de derechos humanos o los propios tribunales y legisladores en el plano nacional. A continuación, repasaremos brevemente las posturas que algunos de estos órganos han tomado respecto del genocidio cultural para determinar de manera definitiva en qué posición se encuentra en la actualidad.

La Comisión de Derecho Internacional ha apostado por un abordaje apegado al texto literal de la Convención dejando, en consecuencia, un importante espacio para la impunidad. Afirma de manera tajante que la destrucción a la que se refiere el texto del tratado es:

La destrucción material del grupo a través de medios físicos o biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular. Los elementos nacionales o religiosos y elementos raciales o étnicos no son tenidos en consideración en la definición de la palabra “destrucción”, que debe ser entendida en su sentido material, físico o biológico. (International Law Commission, 1996, pp. 90-91) (traducción propia).

Esta interpretación peca, sin lugar a dudas, de ser simplista, fruto más bien de un experimento de laboratorio sin intención de aplicarlo a la realidad social. Una construcción social —como el grupo— no se puede destruir, tal como plantea la interpretación de la Comisión de Derechos Internacional, exclusivamente a través de la imposición de violencia y destrucción sobre los cuerpos físicos de los miembros individuales del grupo (Shaw, 2010). Un grupo es mucho más que la mera aglomeración de personas individualmente consideradas. Pensar exclusivamente el genocidio como la destrucción física y biológica de los miembros del grupo es quedarnos en la superficie. Un grupo va más allá de sus componentes humanos, por ello debemos preguntarnos qué elementos son conformadores de un grupo. Esos elementos, pilares de la identidad del grupo, son también atacados cuando se comete un genocidio. Nos referimos no solo a lugares de culto, bienes u

objetos materiales, también a sus líderes y cabezas visibles del grupo. Un ejemplo recurrente en la historia es la destrucción de las bibliotecas, que Goytisoló (1993), en relación con el conflicto en los Balcanes, calificaba de *memoricidio* al considerar que con su destrucción se atentaba contra la memoria colectiva del pueblo musulmán bosnio.

Desafortunadamente la interpretación judicial mayoritaria ha optado por apegarse también a la lectura literal del concepto y la intención de sus redactores, confinada únicamente a la destrucción física y biológica del grupo, dejando fuera los ataques a los pilares identitarios del grupo, considerándolos meramente actos de persecución a la cultura del grupo dentro del fenómeno de la “limpieza étnica” (Negri, 2013). En este sentido, el TPIY, en relación con la acusación contra Karadžić y Mladić, concluye que la naturaleza de algunos de los medios utilizados para alcanzar el objetivo de “limpieza étnica” ponen de relieve que estos actos estaban diseñados para alcanzar los cimientos del grupo. El tribunal pone como ejemplos la violación de mujeres para transmitir la identidad étnica del agresor al niño, el recurso a la humillación y el aterrorizamiento para desmembrar el grupo o la destrucción de mezquitas, iglesias católicas y bibliotecas con la intención de aniquilar la cultura del grupo (TPIY, caso *Karadžić-Mladić*, 11/07/1996, párr. 94).

En un punto intermedio se sitúan posturas como la defendida por Lemkin, que pese a la máxima importancia que consagraba a la destrucción cultural, consideraba que por sí misma —en ausencia de ataques a los elementos físicos o biológicos de un grupo— no podía calificarse de genocidio (Moses, 2010). Desde esta perspectiva la destrucción cultural y la destrucción física serían elementos interdependientes o interrelacionados para la comisión del crimen de genocidio. Esta visión interrelaciona ambos elementos y le da al elemento cultural del grupo un peso específico que precisamente lo distingue de otros crímenes internacionales. Se ha adoptado como solución de compromiso ante la exclusión del genocidio cultural en la Convención.

El argumento de la interdependencia ha sido acogido por el TPIY, aunque la jurisprudencia al respecto es sorprendentemente escasa. En el caso *Radislav Krstić* (2/07/2001), en que el TPIY analizó la posible destrucción del grupo a través de la destrucción de su cultura (párr.

574)¹³. Y aunque determinó que el ataque en exclusiva a elementos culturales no se podría enmarcar dentro del crimen de genocidio; consideró que los ataques físicos al grupo estaban acompañados con frecuencia por la destrucción de propiedades y símbolos culturales que debían ser considerados como prueba de la intención específica de destruir la identidad del grupo (párr. 580)¹⁴. Esto presenta una especial importancia ya que los tribunales además de marcar la línea jurisprudencial sobre la interpretación del tipo, establecen, al juzgar estos crímenes, el relato judicial sobre algunos de los episodios más oscuros de la historia de la humanidad, a su vez estrechamente vinculados a los procesos transicionales y encaminados a la reconciliación y a la construcción de los relatos y la memoria sobre lo ocurrido.

La CIJ en el caso *Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro* (26/02/2007) concluyó, de manera similar al TPIY, que la destrucción del legado histórico, religioso y cultural no puede ser considerado un acto genocida en el sentido del Artículo II de la Convención pero que el *dolus specialis* que requiere el genocidio se puede inferir de los ataques a los símbolos religiosos y culturales del grupo objetivo (párr. 344).

Esta interpretación ha sido también recogida por los tribunales nacionales alemanes. El caso *Jorgić* (Corte Federal de Justicia – Bundesgerichtshof, 30/04/1999) amplió la definición de genocidio al incluir la destrucción de un grupo como unidad social. El tribunal alemán concluyó que la destrucción de un grupo a la luz del artículo 220(a) del código penal alemán abarcaba la destrucción de un grupo como unidad social en su diferenciación, particularidad y sentimiento de

¹³ Para 574: “The physical destruction of a group is the most obvious method, but one may also conceive of destroying a group through purposeful eradication of its culture and identity resulting in the eventual extinction of the group as an entity distinct from the remainder of the community”.

¹⁴ Para 580: “[...] an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide. The Trial Chamber however points out that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group”. Esta interpretación también fue seguida en la sentencia del caso *Blagojević*, 17/01/2005.

pertenencia común, sin ser necesario el empleo de destrucción física y/o biológica para su consecución. El tribunal consideró que la norma alemana no requiere que el autor tenga la intención de destruir físicamente al grupo, siendo suficiente la intención de destruir su existencia social (Cassese et al., 2011).

Jorgić apeló ante el TEDH argumentando que la definición internacionalmente aceptada de genocidio requiere una intención de destruir en el sentido biológico y/o físico por lo que la interpretación del tribunal alemán infringiría el Artículo 7(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no ser razonablemente previsible (TEDH, caso *Jorgić c. Alemania*, 12/07/2007). El TEDH determinó que la interpretación del tribunal alemán era consistente con la esencia del crimen de genocidio y que por lo tanto era posible su previsión y concluyó dando libertad a los tribunales nacionales para decidir sobre la interpretación del crimen de genocidio que decidan adoptar a nivel nacional (párr. 114).

A pesar de estos intentos por expandir los horizontes del concepto de genocidio con el objetivo de abarcar la destrucción cultural del grupo, la exclusión del genocidio cultural de la Convención ha tenido importantes consecuencias, generando un vacío de impunidad en torno a la destrucción de los elementos culturales e identitarios que en el mejor de los casos son tenidos en cuenta como elementos accesorios del crimen de genocidio entendido como destrucción física y/o biológica de los miembros del grupo. En ningún caso se ha aceptado la posibilidad de la destrucción de un grupo únicamente a través de la afectación a sus elementos culturales e identitarios (Neressian, 2005). Aunque es más difícil de identificar a primera vista que las formas de destrucción física y/o biológica, este escenario va más allá de una mera construcción teórica. Es más sutil, menos visible, pero igualmente efectivo. Ciertamente, no se trata de un acto con consecuencias inmediatas sino parte de un proceso continuado en el tiempo, que puede llevarse a cabo de manera tanto directa como indirecta, y cuyos efectos pueden prolongarse sobre varias generaciones hasta la completa desaparición del grupo (Novic, 2016; Donders, 2012).

La identidad colectiva de un grupo puede ser dañada de manera irreversible sin que sea necesaria la eliminación física y biológica de los miembros del grupo. Un ejemplo contemporáneo que sirve para

ilustrar la eliminación de un grupo a través del ataque a su cultura son las diversas situaciones a las que han sido y son sometidos los pueblos indígenas. Las políticas asimilacionistas que impiden el uso de las lenguas propias del grupo pueden llegar a producir la muerte de la lengua nativa, clave en la transmisión intergeneracional de la tradición, convirtiéndose en un daño irreparable para su cultura. Igualmente, las políticas de reubicación de la población indígena empleadas por algunos Estados erosionan de manera irreversible la identidad propia de estas comunidades —cuya existencia se encuentra fuertemente anclada al territorio— viéndose alejados de sus lugares de culto, de su relación propia con la naturaleza y el medioambiente y privados de sus medios de vida. Líderes indígenas han llegado a afirmar que sin sus lugares de culto y sin su territorio sagrado ya no pueden seguir siendo miembros del pueblo indígena (Kingston, 2015); es decir, su identidad se ha visto tan dañada en sus elementos conformadores que el grupo ha dejado de existir, habiéndose eliminado éste sin recurrir a la destrucción física y/o biológica de sus miembros individuales.

Es por ello, que resulta necesario fortalecer la protección internacional de la identidad cultural de los grupos de manera independiente y no exclusivamente como elemento secundario de la destrucción física en el crimen de genocidio. Los intentos por abarcar la destrucción cultural por parte de tribunales nacionales e internacionales es un paso importante, pero se queda corto al ser únicamente considerado como un elemento accesorio o interdependiente de la eliminación de las vidas que componen el grupo.

3.3. Destrucción física y/o biológica del grupo: el particular rol de la burocracia

El tercer y último aspecto por abordar es la destrucción física y/o biológica del grupo. No hablamos únicamente de asesinatos en masa, sino también de las consecuencias del sometimiento a condiciones inhumanas a los miembros de un grupo encaminadas a su destrucción; el desarraigo de poblaciones enteras de sus tierras ancestrales y de los vínculos sociales y culturales; el arrebato de sus medios de vida y subsistencia y de las formas propias de socialización; la persecución contra los líderes religiosos y elementos aglutinantes de la sociedad como forma de eliminar los lazos que unen al grupo y que lo confor-

man como tal; o la esterilización forzada y otros métodos utilizados para impedir la supervivencia en el tiempo en el grupo.

Además de una ideología genocida, motivadora del actuar de la maquinaria del Estado, la decisión de eliminar a los miembros de un grupo requiere de una elección racional propiciada por una combinación de criterios entre los que juega un especial papel el de oportunidad. Que el genocidio es un crimen racional, resultado de una serie de decisiones deliberadas, estratégicas y planificadas está ampliamente aceptado. De hecho, la definición legal del genocidio requiere de dos elementos que apuntan a la racionalidad del crimen: el conocimiento y la intención del autor. En este mismo sentido, Schabas (2007) apunta que el genocidio es un crimen “organizado y no espontáneo” (p. 208) y es que la magnitud de este crimen hace inconcebible que se cometa de manera inintencionada.

Sin embargo, el elemento intencional se ha convertido en un requisito excesivamente estricto y cerrado en el que intenciones, decisiones y acciones específicas de los autores deben coordinarse en un gran plan con una única intención genocida que debe ser coherente y consistente en el rango de acciones llevadas a cabo durante largos periodos de tiempo (Shaw, 2015). Esta interpretación restrictiva, promovida por los tribunales internacionales y gran parte de la doctrina, implica una idea absolutista de genocidio en la que una única intención con una fuerte carga moral se sitúa en el origen de todas las acciones del autor durante la totalidad del tiempo (Shaw, 2015). No obstante, las intenciones pueden variar a lo largo del tiempo y en muchos casos se dan como respuesta a contextos cambiantes. Es decir, el autor seguramente tendrá una variedad de intenciones cambiantes en el tiempo y que se adapten a las circunstancias variables, y las políticas serán igualmente un reflejo de esto. Es muy improbable encontrar una única decisión, intención o motivo que justifique un episodio genocida que se desarrolló durante meses o incluso años. Hay que tener en cuenta los procesos de escalada de violencia y los cambios coyunturales, ya que la aniquilación en masa del grupo no suele ser el plan A.

En este sentido, resulta imposible crear un modelo teórico de genocidio en el que encajar todos los casos. Sin embargo, es posible identificar una serie de elementos comunes presentes en múltiples escenarios y que podemos considerar componentes facilitadores del

genocidio físico y/o biológico. Abordaremos cuatro factores estructurales presentes en distintos escenarios de genocidio moderno que, si bien por si solos no son suficientes, de manera combinada se convierten en elementos desencadenantes del genocidio físico y/o biológico, al generar unas condiciones especialmente propicias para su puesta en marcha. Hablamos de factores como: la presencia de una fuerte división étnica, el vínculo con un conflicto armado, la concentración de poder y la existencia de un proceso de transición.

Kuper (1981) es uno de los mayores exponentes del fuerte vínculo que existe entre la división étnica en una sociedad plural y el genocidio. Sostiene que este tipo de sociedades se caracterizan por la superposición de desigualdades (Kuper, 1981) y que en los casos en los que una mayoría étnica gobierna sobre otras que considera subordinadas aumentan las bases para un posible genocidio. De manera similar, hemos argumentado que la división interna de los Estados entre mayorías nacionales y minorías fundadas en diferencias religiosas, lingüísticas, culturales, étnicas y/o raciales fomenta las desigualdades y la exclusión, pudiendo llegar a la deshumanización de los grupos minoritarios, creando el perfecto caldo de cultivo para la violencia de tipo genocida, ya sea iniciada por el Estado o bien como reacción a una expresión popular violenta, o no, de descontento por parte de minorías organizadas. Este elemento es esencial, ya que como hemos mencionado anteriormente, también aporta el necesario apoyo social motivado por la separación moral de una parte importante de la sociedad que deja de censurar medidas que impliquen la eliminación de vidas humanas.

La existencia de un conflicto armado en episodios genocidas se ha mostrado también como un factor recurrente. Mientras que en otros crímenes internacionales como los crímenes contra la humanidad aparece de una forma más clara la conexión con un conflicto bélico, este vínculo nunca se ha exigido para el genocidio. A pesar de ello, en los análisis sobre los factores sociales y políticos vinculados al fenómeno del genocidio algunos autores llegan a considerar la existencia de un conflicto armado como precondition (Porter, 1982, p. 5; Harff, 2003, p. 62) para el genocidio. Según esta visión, la existencia de un conflicto armado facilitaría la estigmatización de las víctimas pertenecientes al grupo o grupos objetivo y su calificación como traidores, enemigos, rebeldes o insurgentes justificando su ataque y en conse-

cuencia minimizando los costes sociales, políticos e incluso jurídicos. Los conflictos armados tienden a simplificar y polarizar los discursos, y en consecuencia tiene la capacidad de empoderar las visiones más extremistas frente a las moderadas, aumentando potencialmente el apoyo social hacia la comisión de actos genocidas. Otros autores, sin embargo, describen la relación entre genocidio y conflicto armado como un efecto causal (Shaw, 2003), llegando a considerar el genocidio como una forma específica de combate.

La concentración de poder ha revelado jugar un papel importante en la comisión del genocidio (Horowitz, 2002), unido a una total indiferencia por el más rudimentario respeto a los derechos humanos (Fein, 1993). Siguiendo esta idea, los Estados no-democráticos serían unos claros candidatos a ostentar el título de potenciales genocidas: sin nadie que controle su poder, ni obligación de garantizar derechos fundamentales, ni siquiera de proteger a sus ciudadanos (Fein, 1993). El sentido común también nos inclina hacia esta idea, será más lógico que un genocidio ocurra en un Estado con un régimen dictatorial que en una democracia. Siguiendo esta línea, Zimmerman (1983, p. 102) sostiene que las formas más intensas de violencia política son más improbables en sistemas políticos democráticos. En la misma línea Harff y Gurr (1988, p. 13) concluyen en su estudio que los regímenes revolucionarios de partido único son los sistemas políticos más propensos a la comisión de un genocidio (incluido el genocidio político), seguido de cerca por los estados pretorianos (regímenes autoritarios dominados por militares).

Sin embargo, las posturas más críticas de la academia contradicen esta visión mayoritaria y observan que también los Estados democráticos han matado o creado condiciones encaminadas a la destrucción de grupos humanos. Solo hace falta alargar un poco la mirada para ver esta realidad, por ejemplo, en el papel imperialista jugado por Estados Unidos en los años setenta en Latinoamérica, dando apoyo a regímenes que estaban cometiendo verdaderas atrocidades contra su población (Porpora, 1990; Chomsky y Herman, 1979). Un rápido vistazo a los procesos de descolonización que tuvieron lugar en distintos lugares durante el siglo XX también desvela importantes contradicciones, al igual que simplemente ojear el trato que han recibido y aún reciben algunas poblaciones indígenas. En resumen, defender en abstracto que las democracias no cometen este tipo de violencia nos

puede resultar muy reconfortante; sin embargo, las realidades son a menudo más complejas.

Uno de los momentos de mayor tensión en la vida de un Estado son los procesos transicionales, entendidos de manera amplia. Contextos como los derivados de la creación de nuevos Estados, cambios de régimen o procesos de paz. Se trata de situaciones de especial riesgo por entrañar unos altos niveles de volatilidad y de inestabilidad política. En estas situaciones el riesgo de violencia genocida aumenta cuando un único grupo ostenta el poder del Estado o en situaciones en las que no se tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza. En un contexto de transición hacia la paz, los primeros años desde el cese de la violencia son vitales de cara a la resolución del conflicto. En este sentido, el tratamiento que se otorgue a las minorías nacionales cobrará especial importancia pudiendo reavivar el conflicto si éstas no son integradas en el proceso de paz o son abiertamente discriminadas o excluidas por el Estado.

En los contextos coloniales, los momentos de mayor riesgo de violencia a gran escala dirigida contra grupos concretos de la población estuvo relacionada con los procesos de independencia (Shaw, 2003). Poderes coloniales como el Británico se emplearon a fondo para evitar la independencia de sus territorios coloniales empleando tácticas de contra-insurgencia contra la población local, incluyendo ejecuciones sumarias, torturas, deportaciones masivas, castigos colectivos o el uso de campos de concentración. Para Mann (2005) esta violencia masiva derivada de los contextos coloniales guarda una especial relevancia ya que es el ejemplo más directo que el autor ha podido encontrar de la relación directa entre los regímenes democráticos y la violencia a gran escala (p. 4). Sin embargo, según Fein (1993) se habrían cometido más genocidios tras la independencia de los Estados coloniales que durante los periodos de dominio por parte de las metrópolis.

3.3.1. El particular rol de la burocracia

Para llevar a cabo la aniquilación de amplios colectivos humanos, la maquinaria del Estado recurre ineludiblemente a una de sus más eficaces herramientas: la burocracia. La cantidad ingente de recursos y el nivel y escala de planificación y coordinación que requiere la destrucción implica ineludiblemente algún nivel de burocracia. Para

Bauman (2000), un perfecto modelo del paradigma de la racionalidad burocrática moderna lo encarnaba el Holocausto. En una línea similar Webber (citado en Bauman, 2000) lo consideraba un ejemplo de los procedimientos burocráticos modernos.

A parte de la facilidad de acceso a recursos, planificación y coordinación; una vez en marcha y establecidos los parámetros sobre los que debe operar se convierte en una máquina perfecta con un enorme poder destructivo contra aquellos que se encuentran excluidos (Horowitz, 2002, p. 130). Los excluidos ven dificultado el acceso igualitario a los recursos a través de diversos mecanismos puestos en marcha por la propia maquinaria burocrática decidida a excluirllos, estigmatizarlos y eventualmente depurarlos a través de su eliminación física.

Esta estructura jerárquica descompone la información y las tareas en pequeños fragmentos ofreciendo un cómodo lugar a sus agentes, que esconden su responsabilidad individual en su condición de mero obediente de un engranaje dentro de una superestructura jerarquizada, consiguiendo desvirtuar la relación entre causa y efecto (Kuper, 2010, p. 162). Es decir, los agentes, encargados cada uno de pequeñas operaciones dentro de un conjunto, desconocen las consecuencias globales de sus acciones.

Estos *mecanismos aislantes*, como los llama Kuper (2010), imponen una distancia física y social entre los burócratas y los sujetos bajo su administración, inhibiendo como resultado cualquier sentimiento de empatía. Bajo este procedimiento las personas son reducidas a meros números, deshumanizadas, despersonalizadas, reducidas a simples categorías. Con el auge de la tecnología, este proceso ha llegado a su máxima expresión, minimizando el contacto entre el agente burócrata y el sujeto, aunque por otro lado también ha reducido aún más la autonomía del burócrata (Kuper, 2010).

Durante las sesiones del juicio a *Eichmann* en Jerusalén, Arendt reflexionó prolongadamente a cerca del sujeto que se sentaba en el banquillo de los acusados. Arendt (2013) calificó a *Eichmann* como irreflexivo (“*thoughtless*”) y no como irracional (“*mindless*”) o estúpido, mostrando la diferencia entre saber y ser consciente. Ello le llevó a modificar su concepto de mal que denominó *mal banal*. Este concepto es de especial interés cuando hablamos de los *mecanismos aislantes* y deshumanizantes de las burocracias ya que pone el acento en el

factor cognitivo. Al agente del *mal banal* lo caracteriza su falta de reflexión sobre el daño que acarrea su actuar rutinario y la renuncia a su capacidad de juzgar tales acciones (Wagon, 2013). De esta manera el sujeto del *mal banal* puede realizar el mal y mantener una buena conciencia e imagen de sí mismo. Con esto lo que hace el agente es enmascarar sus acciones en la normalidad, en que éstas se corresponden con el sistema de normas vigente, con independencia de que dicho sistema normativo no sea legítimo¹⁵.

De ahí la especial importancia que toma la deshumanización en estos procesos como elemento habilitador de otras formas de violencia, más allá de las meramente estructurales, encaminadas a la eliminación de grupos minoritarios, al habilitar mecanismos que permiten y justifican la eliminación de seres humanos sin generar aparente desconcierto entre amplios sectores de la población.

4. REFLEXIONES FINALES

Estas páginas han planteado una serie de consideraciones —si bien sin ánimo exhaustivo— en torno al crimen de genocidio con el propósito de abrir nuevas puertas a la reflexión crítica sobre este concepto. Se han puesto de manifiesto aspectos con un claro vínculo con la realidad actual y que demuestran que el genocidio no es algo del pasado. Se ha llamado la atención sobre la violencia intrínseca al propio concepto de Estado-nación. Un modelo en profunda crisis que parece haber entrado en una fase nueva encaminada a su autodestrucción. Y es que ya nadie pone en duda la profunda crisis institucional que sufren los Estados occidentales y, en especial, los del viejo continente. Ello unido al auge de los populismos, el resurgir de los nacionalismos y la entrada en las instituciones de partidos de extrema derecha con

¹⁵ Según esta descripción, la forma de actuar de *Eichmann* no se correspondería con ninguna de las propensiones al mal kantianas ya que éste obedeció a la ley moral por puro respeto a esta ley, sin que se le pueda adjudicar una inversión en los motivos que fundamentaron su accionar. Es decir, en términos kantianos su obrar debería ser catalogado como moralmente bueno, aunque jamás podríamos afirmar algo así. La falta de reflexión de *Eichmann* fue respecto de la ley moral misma que acató ciegamente, una ley moral que pasó de estar dictada por la razón práctica a ser la mera voluntad del Führer (Wagon, 2013).

tintes fascistas, racistas y antifeministas pone de manifiesto que nos encontramos en un proceso de cambio. La entrada en el poder de Donald Trump, uno de sus máximos exponentes, también ha desvelado el avance un grado más allá en las políticas deshumanizantes contra minorías e inmigrantes, aunque también una forma de gobierno con unos preocupantes tintes antidemocráticos, que desprecia abiertamente las conquistas que durante décadas se han llevado a cabo en materia de derechos humanos, así como los consensos sociales y las líneas rojas de la política en los sistemas democráticos.

Otro de los aspectos en los que se ha puesto el acento es la falta de protección contra la destrucción cultural de los grupos. Las sociedades actuales nos dan muestras palpables de ello. Así, cuando se habla de las situaciones vividas por los pueblos indígenas y aborígenes estas no se circunscriben únicamente al pasado, también suponen un desafío presente. La cosmovisión de estos pueblos, fundada en el valor del territorio y en la protección del medioambiente, entra en total confrontación con los principios sobre los que se sustenta el capitalismo liberal de mercado. Ejemplo de ello es la voracidad de las empresas extractoras de minerales o petroleras en todo el mundo. Ante escenarios en los que el medioambiente corre el riesgo de sufrir daños irreparables por la acción voraz e irresponsable de empresas estatales y multinacionales, las comunidades indígenas se han enfrentado de manera pacífica y en solitario a estos escenarios, convirtiéndose en muchos casos en blancos de la violencia, ante la negativa de abandonar su lucha o el territorio.

Estos escenarios contemporáneos son el vivo ejemplo de la necesidad de actualizar el paradigma existente sobre genocidio. Tal y como señalábamos al inicio de esta reflexión, la Convención fue un gran avance, pero adolece de serios problemas que en la práctica nos traslucen el riesgo de que termine convirtiéndose en un crimen puramente simbólico, en la práctica irrealizable, aumentando el umbral de impunidad en relación con los actos criminales que tienen como sujetos pasivos los grupos humanos diferenciados. Se debe abrir un espacio para la reflexión que culmine en la actualización del crimen de genocidio.

Ante los retos que nos deparan el avance de los populismos nacionalistas de derechas que buscan imponer una visión antagónica a los derechos humanos y los principios del Derecho internacional, y re-

cogiendo la sugerencia de Schabas (2007, p. 271), se deben fomentar las interpretaciones dinámicas de los instrumentos de protección de derechos humanos y, en su caso, acudir a los principios del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con el fin de poder recurrir a los trabajos preparatorios de un tratado cuando el significado ordinario de una disposición resultase ambiguo. Esto nos permitiría extender la protección de la Convención a casos como los que hoy en día abarca el amplio paraguas de la limpieza étnica, pero que irían más allá al existir una intención de destruir a una comunidad, aunque no fuera una intención de destrucción física. Todo ello sin necesidad de abordar una modificación de la Convención, que ateniéndonos a la deriva de la política internacional no parece el momento más apropiado, a pesar de que a priori pudiera resultar lo más conveniente. También resultaría deseable un mayor hermanamiento entre visiones multidisciplinares desde la teoría y la práctica, que permitiera romper las actuales interpretaciones circulares y encorsetadas del crimen de genocidio que, en mi opinión, impiden que se llegue a cumplir en su totalidad el auténtico espíritu de la Convención.

REFERENCIAS

Doctrina

- Agamben G. (2015). De l'Etat de droit à l'Etat de sécurité. *Le Monde*. (21 diciembre). Disponible en: https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/23/de-l-etat-de-droit-a-l-etat-de-securite_4836816_3232.html.
- Agamben, G. (2016). *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos.
- Arendt, H. (1998). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Arendt, H. (2013). *Eichmann en Jerusalén*. Madrid: Lumen.
- Bauman, Z. (2000). *Modernity and the Holocaust*. Ithaca: Cornell University Press.
- Benhabib, S. (2009). International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism: Hannah Arendt and Raphael Lemkin. *Constellations*, 16(2), pp. 331-350.
- Butler, J. (2016). *Frames of war: When is life grievable?* London: Verso Books.
- Cassese, A. Acquaviva, G.; Fan, M. y Whiting, A. (2011). *International Criminal Law: Cases and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

- Chomsky, N., y Herman, E. S. (1979). *The Washington connection and third world fascism* (Vol. 1). Boston: South End Press.
- Donders, Y. (2012). Old Cultures Never Die? Cultural Genocide in International Law. En Boerefijn, I., Henderson, L., Janse, L., Weaver, R. (eds). *Human rights and conflicts: essays in honour of Bas de Gaay Fortman*. Cambridge: Intersentia, pp. 287-303.
- Ehlert, C. (2014). *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law (with a case study on the Khemer Rouge's destruction of Cambodia's heritage)*. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers.
- Elorza, A. (2015). El nombre para un crimen. En Elorza, A. (ed.) *Genocidio: Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feierstein, D. (2012). Los crímenes de masa: ¿fin o herramienta? En Zaffaroni, E. *Crímenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Fein, H. (1993). Accounting for genocide after 1945: Theories and some findings. *International Journal on Group Rights*, 1(2), pp. 79-106.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3), pp. 167-191.
- Goytisolo, J. (1993). El memoricidio, Tribuna – Cuaderno de Sarajevo. *El País*, Disponible en: https://elpais.com/diario/1993/08/27/opinion/746402414_850215.html.
- Harff, B. y Gurr, T.R. (1988). Toward empirical theory of genocides and politics: identification and measurement of cases since 1945. *International Studies Quarterly*, 32(3), pp. 359-371.
- Harff, B. (2003). No lessons learned from the Holocaust? Assessing risks of genocide and political mass murder since 1955. *American Political Science Review*, 97(1), pp. 57-73.
- Horowitz, I. L. (2002). *Taking lives: Genocide and state power*. New York: Routledge.
- Jacobs, J. (1961). *The death and life of great American cities*. New York: Vintage.
- Jacoby, T. (2008) *Understanding conflict and violence: theoretical and interdisciplinary approaches*. London: Routledge.
- King, H, y Stone, D. (eds.) (2007) *Hannah Arendt and the Uses of History: Imperialism, Nation, Race and Genocide*. Oxford: Berghahn.
- Kingston, L. (2015) The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples. *Journal of Human Rights*, 14(1), pp. 63-83.
- Kuper, L. (1981). *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*. New Haven: Yale University Press.

- Kuper, L. (1989). The Prevention of Genocide: Cultural and structural indicators of genocidal threat. *Ethnic and Racial Studies*, 12(2), pp. 157-174.
- Kuper, L. (2010). The prevention of genocide: Cultural and structural indicators of genocidal threat. *Ethnic and Racial Studies*, 12(2), pp. 157-174.
- Lemkin, R. (1944). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires: Prometeo (ed. 2008).
- Lemkin, R. (2015a). Ponencia de Madrid: Los ataques que constituyen un peligro general (interestatal), considerados como delitos de derecho de gentes. En Elorza, A. (ed.) *Genocidio: Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lemkin, R. (2015b). Genocidio, en A. (ed.) *Genocidio: Escritos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mann, M. (2005). *The dark side of democracy: Explaining ethnic cleansing*. Cambridge: Cambridge University Press.
- May, L. (2010). *Genocide, a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mercado, A., y Hernández, A. V. (2010). El proceso de construcción de la identidad colectiva. *Convergencia*, 17(53), pp. 229-251.
- Morsink, J. (1999). *The universal declaration of human rights: Origins, drafting and intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Moses, A.D. (2004). The Holocaust and Genocide. En Stone, D. (ed.) *The Historiography of the Holocaust*. London: Palgrave Macmillan.
- Moses, A.D. (2010). Raphael Lemkin, culture and the concept of genocide. En Bloxham, D. Y Moses, A.D. (eds.) *The Oxford handbook of genocide studies*. Oxford: Oxford University Press, pp. 19-41.
- Naimark, N.M. (2017). *Genocide: A World History*. Oxford: Oxford University Press.
- Negri, S. (2013) Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change? *Transitional Dispute Management*, 10(5).
- Neressian, D. (2005) Rethinking Cultural Genocide Under International Law. *Carnegie Council for Ethics in International Affairs, Human Rights Dialogue*, Diponible en: http://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html.
- Novic, E. (2016). *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford: Oxford University Press.
- Porpora, D. (1990). *How Holocausts Happen: the US in Central America*. Philadelphia: Temple University Press.
- Porter, J.N. (1982). *Genocide and Human Rights: A Global Antology*. Lanham: University Press of America.
- Preece, J.J. (1997). National minority rights vs. State sovereignty in Europe: changing norms in international relations? *Nations and Nationalism*, 3(3), pp. 345-64.

- Rae, H. (2002). *State identities and the homogenisation of peoples*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rehman, J. (2000). *The weaknesses in the international protection of minority rights*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Reynolds, J. (2017). *Empire, emergency and international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2007). *Genocide in International Law, the Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2011). Introduction: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *United Nations Treaty Collection*, Disponible en: <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/cppcg/cppcg.html>.
- Shaw, M (2003). *War and Genocide: organized killing in modern society*. Oxford: Wiley.
- Shaw, M. (2010). Sociology and genocide. En Bloxham, D. Y Moses, A.D. (eds.) *The Oxford handbook of genocide studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Shaw, M. (2015). *What is genocide?* New York: John Wiley & Sons.
- Scheper-Hughes, N. (2002). The genocidal continuum: Peace-time crimes. En Mageo, J.M. (ed.) *Power and the Self*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 29-47.
- Shirer, W. (1991) *The Rise and Fall of the Third Reich: A History of Nazi Germany*. London: Arrow.
- Topolski, A. (2013). An ethics of relationality: Destabilising the exclusionary frame us versus them. En Ingleare, B., Parmentier, S., Haers SJ, J. Y Segart, B., *Genocide, Risk and Resilience: an interdisciplinary approach*. London: Palgrave Macmillan.
- Valentino, B.A. (2004). *Final Solutions: Mass killing and genocide in the twentieth century*. Ithaca: Cornell University Press.
- Wagon, M. E. (2013). *Eichmann según Kant: Consideraciones sobre el problema del mal en Arendt y Kant*. *Anacronismo e Irrupción*, 3(5), pp. 69-97.
- Walicki, A. (1982). *Philosophy of the Romantic Nationalism: the case of Poland*. Oxford: Clarendon Press.
- Weheliye, A. G. (2014). *Habeas viscus: Racializing assemblages, biopolitics, and black feminist theories of the human*. Durham: Duke University Press.
- Weiss-Wendt, A (2010). State and Genocide en Bloxham, D. Y Moses, A.D. (eds.) *The Oxford handbook of genocide studie*. Oxford: Oxford University Press.
- Woolford, A. (2009). Ontological destruction: Genocide and Canadian aboriginal peoples. *Genocide Studies and Prevention*, 4(1), pp. 81-97.
- Yrigoyen, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralism jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo an-

dino. En Mikel (coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567.

Jurisprudencia nacional

Alemania

Corte Federal de Justicia – Bundesgerichtshof. (30 de abril de 1999). Caso *Jorgić*, 3 StR 215/98.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (26 de febrero de 2007). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro.

Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia

TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

TPIY. (11 de julio de 1996). Caso *Radovan Karadžić y Ratko Mladić*. No. IT-95-5/18-R61.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. (12 de julio de 2007). *Jorgić c. Alemania*. Nº 74613/01.

Otras referencias

Comisión Intereclesial de Justicia y Paz y Mundubat. (2015). *Buenaventura: el despojo para la competitividad*, Disponible en: <http://www.mundubat.org/wp-content/uploads/2016/03/BuenaventuraInprenta.pdf>.

International Law Commission. (1996). Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Vol. II, Part Two.

Naciones Unidas. (1948) *Summary Record of Meetings UN GAOR*, 6th commission, 3rd session, UN Doc A/C.6/SR.

Naciones Unidas. Asamblea General. (1948) *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Nueva York, 9 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1947). Draft convention on the crime of genocide. UN Doc. E/447 (26 de junio) Disponible en: <http://undocs.org/en/E/447>.

Capítulo 5

¿Otras formas de genocidio?

Ricardo Izquierdo
Ana Lucía Ugalde

INTRODUCCIÓN

Durante los debates previos a la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en adelante “la Convención”) una de las discusiones de mayor importancia fue la selección de las modalidades de comisión del genocidio y los grupos humanos protegidos por dicho instrumento. A 70 años de su adopción, ambas cuestiones siguen sin estar libres de controversias.

Desde legislaciones domésticas hasta diversos sectores de la literatura académica han presentado propuestas para ampliar el concepto de genocidio previsto en la Convención, con el objetivo de extender a otros grupos humanos la protección jurídica que esta última ofrece, y expandir las formas de destrucción de dichos grupos que la Convención prohíbe. Ello está en parte motivado porque, en realidad, los crímenes atroces que en un primer momento inspiraron la adopción de un instrumento internacional sobre genocidio continúan siendo cometidos no solo en contra de aquellos grupos incluidos en la Convención, sino también en contra de otros grupos humanos que no gozan de su protección. Asimismo, y como era evidente ya desde los debates sobre los distintos proyectos de Convención discutidos en el seno de la ONU, la aniquilación de grupos humanos puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante la destrucción de características o elementos que los hacen únicos frente a otros grupos humanos, sin que ello implique necesariamente atentar contra la vida o integridad física de los miembros que los componen.

En este contexto, cabe preguntarse ¿qué grupos humanos podrían incluirse en una eventual actualización del concepto de genocidio previsto en la Convención? ¿Y qué modalidades de destrucción de los grupos protegidos podrían añadirse al instrumento internacional?

Con el propósito de responder a estas preguntas el presente capítulo evalúa distintas formas de genocidio no previstas en la Convención que han sido comentadas por la literatura académica o, incluso, propuestas por algunos Estados. Al hacerlo, el capítulo hace referencia a eventos históricos que han resultado de particular importancia en la consideración de las distintas formas de genocidio estudiadas. Es de notar que, en vista de su tratamiento en otros capítulos de la presente publicación, el genocidio de grupos políticos y el genocidio cultural como modalidad de destrucción no serán desarrollados.

En consecuencia, el capítulo estudia en primer lugar el llamado “genocidio económico” como modalidad de destrucción y el genocidio en contra de grupos socioeconómicos. Seguidamente, en su segunda y tercera parte, el capítulo hace referencia al genocidio en razón del género y al genocidio lingüístico, respectivamente. La cuarta parte del capítulo realiza una breve consideración de algunas formas adicionales de genocidio que han recibido cierta atención en la literatura académica, como el genocidio en contra de grupos de personas con discapacidad. Otras modalidades de destrucción son también tratadas en la sección quinta del capítulo. Por último, la sexta sección del capítulo presenta las conclusiones de los autores en torno a la temática estudiada.

1. GENOCIDIO ECONÓMICO Y GENOCIDIO DE GRUPOS SOCIOECONÓMICOS

1.1. *Genocidio económico como modalidad de destrucción*

Al ofrecer una definición de genocidio, Raphael Lemkin (1944) sostuvo que el genocidio generalmente implica, entre otras cosas, un plan coordinado cuyo objetivo es la aniquilación de las bases esenciales para la vida de grupos —nacionales—, mediante la destrucción de sus instituciones políticas y sociales, de su cultura, lenguaje y religión, y de su existencia *económica*. De esta forma, Lemkin daba vida a una modalidad de genocidio distinta a aquellas que fueron finalmente incluidas en la Convención: el genocidio económico (o *economic genocide*). Esto es, la eliminación de un grupo mediante la destrucción

de las bases fundamentales para el ejercicio de su vida económica (Schabas, 2009).

En este sentido, el genocidio económico constituye una ampliación del concepto de genocidio previsto en la Convención en el mismo sentido que el genocidio cultural, en tanto que implica una modalidad de destrucción de un grupo sin atentar físicamente contra la vida de sus integrantes (genocidio “físico”) ni impedir “los nacimientos en el seno del grupo” (genocidio “biológico”). Al respecto, y en los años previos a la adopción de la Convención, la delegación de Arabia Saudita presentó al Sexto Comité de la Asamblea General un proyecto de “Protocolo para la Prevención y Sanción del Genocidio” en el que hizo referencia a esta modalidad de genocidio. En su artículo I, la delegación saudí definió el genocidio, en rasgos generales, como la destrucción de un grupo étnico, pueblo o nación mediante, entre otros actos, “la desintegración planificada de la estructura política, social o económica”¹ de dicho grupo, pueblo o nación (AGNU, A/C.6/86, 1946). No obstante, el genocidio mediante acciones u omisiones de índole económicas fue finalmente excluido por los Estados en la preparación del texto final de Convención, quienes optaron por una lista exhaustiva de conductas que denominaron de carácter “físico” o “biológico” para la delimitación del tipo objetivo del crimen de genocidio.

El genocidio económico, como modalidad de destrucción, ha sido objeto de discusión por parte de algunos sectores de la literatura académica. En la actualidad, el debate suele tomar como punto de referencia histórico la imposición de sanciones económicas por parte de los Estados Unidos de América en contra de Iraq a partir de agosto de 1990. Las sanciones resultaron en la limitación efectiva de la capacidad iraquí de importar alimentos y medicamentos, principalmente. Para mitigar el efecto de las sanciones, a mediados de la década de los '90 fue implementado el programa *Oil-for-Food*, o *Petróleo por Alimentos*, bajo el auspicio de la ONU. El programa pretendía permitir a Iraq la exportación de petróleo para cubrir las numerosas necesidades humanitarias de la población bajo la supervisión de la Organización,

¹ Traducción propia. Texto original: “Planned desintegration of the political, social or economic structure of a group, people or nation”.

evitando, a su vez, que los recursos de la renta petrolera iraquí fuesen utilizados con fines militares.

El impacto de las sanciones económicas sobre vidas humanas iraquíes ha llevado a algunos autores a sostener que su imposición, particularmente en el contexto iraquí, debe ser considerada como constitutiva del crimen de genocidio (Jones, 2011). De forma similar, para Jones, “el bloqueo económico impuesto sobre Alemania durante y después de la Primera Guerra Mundial” constituye un segundo ejemplo histórico en el que la implementación de medidas económicas puede ser considerado como genocida (Jones, 2011, p. 393). Así, Jones estima que, si bien medidas de esta naturaleza pueden contribuir a restringir regímenes potencialmente genocidas, el reto de su implementación reside en evitar el sufrimiento humano que puede resultar de las mismas. Posturas similares han sido adoptadas en relación a, por ejemplo, programas de sanciones económicas impuestos en contra de Suráfrica, Sudán (Goldstone, 2011) y, más recientemente, Venezuela (Weisbrot y Sachs, 2019).

En cualquier caso, y a los efectos del presente capítulo, el estudio histórico de los efectos de sanciones económicas impuestas en contra de Estados concretos puede tener relevancia para una potencial ampliación del concepto de genocidio previsto actualmente en la Convención. Bajo estos términos, una posible inclusión del genocidio económico inicialmente propuesto por Lemkin significaría, en consecuencia, que programas de sanciones como los acá mencionados podrían constituir una modalidad de genocidio cuando se cometa en contra de alguno de los grupos protegidos y con el dolo específico requerido por dicho crimen.

1.2. Genocidio de grupos socioeconómicos

Durante las discusiones sobre el proyecto de Convención en el marco de la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU, algunas delegaciones expresaron su opinión en torno a la posibilidad de incluir o no a *grupos económicos* bajo el ámbito de protección de la Convención. Concretamente, la propuesta de incluir grupos económicos fue presentada por los Estados Unidos en un proyecto sobre los artículos II, III y IV de la Convención (AGNU, A/C.6/214, 1948). En dicho proyecto, los actos constitutivos del crimen de genocidio se

mantenían limitados a conductas que atentaran contra la integridad física de los miembros del grupo, o procuraran limitar los nacimientos en el seno del mismo. Así, la propuesta de los Estados Unidos implicaba considerar como crimen de genocidio la realización de dichos actos con el propósito de destruir total o parcialmente grupos nacionales, raciales, religiosos, *económicos* o políticos, en razón del origen racial o nacional, las creencias religiosas o las opiniones políticas o *el estatus económico* de sus miembros (AGNU, A/C.6/214, 1948).

La propuesta estadounidense contó con poco apoyo en la Sexta Comisión y los grupos económicos fueron consecuentemente excluidos de la Convención. No obstante, la potencial inclusión de grupos económicos en la definición de genocidio encuentra apoyo aún hoy en día en ciertos sectores de la doctrina (Schabas, 2009).

En este contexto, la literatura suele referirse a las atrocidades cometidas por los Jemeres Rojos durante la década de 1970 en Camboya como uno de los ejemplos más evidentes que podrían constituir genocidio en contra de grupos económicos. Así, grupos catalogados como grupos políticos, sociales y económicos, además de grupos étnicos y religiosos, fueron atacados y perseguidos durante el régimen de Pol Pot (Bettwy, 2011). El Proyecto de Ley sobre la Represión de los Crímenes de Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad, propuesto por el gobierno de Camboya en preparación al establecimiento de las SECC, incluía en la definición de genocidio los niveles de educación y riqueza, el ambiente sociológico (entre urbano y rural), la lealtad a un sistema o régimen político, y la clase o categoría social de los miembros del grupo (Schabas, 2009, p. 166)². Sin embargo, el texto final de la Ley sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias (2004) en su artículo cuarto, se apegó a la definición prevista en la Convención, excluyendo en consecuencia cualquier consideración de índole económica o social de la definición del crimen de genocidio.

En noviembre de 2018, las SECC hicieron pública su decisión sobre el juzgamiento en el caso 002/02 en contra de *Nuon Chea* (segundo

² La traducción al inglés del texto original del proyecto en francés proviene de Schabas (2009): “wealth, level of education, sociological environment (urban/rural), allegiance to a political system or regime (old people/new people), social class or social category (merchant, civil servant etc.)”.

al mando tras Pol Pot en el partido de los Jémeres Rojos entre 1975 y 1979) y *Khieu Samphân* (presidente de la República de Kampuchea entre 1976 y 1979)³. Esta decisión presenta algunos criterios relevantes para la consideración de una posible ampliación de los grupos que pueden ser objeto de protección en un futuro instrumento normativo sobre el crimen de genocidio, que serán mencionados a continuación.

Al describir el contexto en el que fueron cometidos los crímenes atribuidos a *Nuon Chea* y *Khieu Samphân*, la Sala de Primera Instancia detalló que durante el régimen de Pol Pot y los Jemeres Rojos, en Kampuchea Democrática, existió, entre otras, una política dirigida a trasladar repetidamente a las poblaciones de ciudades y centros urbanos a zonas rurales y a establecer diversas “cooperativas” y campos de trabajo con el propósito de controlar a quienes pertenecían a la fuerza laboral y de producción (SECC, Case 002/02, 16/11/2018, párr. 14). Según la Sala, numerosos individuos fueron sometidos a trabajo excesivo y forzado y hambruna en las cooperativas de Tram Kak. Como resultado, muchas personas murieron. En particular quienes hacían vida en regiones urbanas (o la “Gente Nueva” o “*New People*”, como se les refería) sufrieron las mayores consecuencias de la política implementada, en comparación con los habitantes de zonas rurales (o “Gente Vieja” o “*Old People*”) (SECC, Case 002/02, 16/11/2018, párr. 15).

De forma similar, fueron establecidos centros de detención y exterminio en los cuales se mantuvo bajo condiciones inhumanas a numerosos individuos. En concreto, de acuerdo a lo establecido por la Sala, la mayoría de los prisioneros del “Centro de Seguridad Kraing Ta Chan” fueron catalogados como *Gente Nueva* proveniente de ciudades o centros urbanos. Muchos de ellos fueron exterminados inmediatamente a su llegada al Centro de Seguridad (SECC, Case 002/02, 16/11/2018, párr. 22).

³ Para la fecha de redacción de este capítulo el texto autoritativo de la decisión no había sido publicado, por lo cual las consideraciones aquí planteadas son realizadas con base en el resumen de la decisión presentado por las propias Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya.

En su resumen de la sentencia, la Sala incluyó además un capítulo sobre los ataques dirigidos a “grupos específicos”. Al respecto, la Sala sostuvo que,

[...] durante el período de Kampuchea Democrática existió una política dirigida en contra de los siguientes grupos, con el propósito de establecer una sociedad ateísta y homogénea *sin división de clases* mediante la abolición de todas las diferencias étnicas, nacionales, religiosas, raciales, *de clase y culturales*: Cham, vietnamitas, Budistas y antiguos funcionarios de la República Jemer (incluyendo funcionarios civiles y personal militar) y sus familias (SECC, Case 002/02, 16/11/2018, párr. 26)⁴.

Las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya condenaron a *Nuon Chea* y a *Khieu Samphân* a prisión perpetua por la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. En relación al crimen de genocidio, la Sala condenó a *Nuon Chea* por la matanza de grupos étnico, nacionales y raciales vietnamitas y grupos religiosos Cham y a *Khieu Samphân* por la matanza de grupos étnicos, nacionales y raciales vietnamitas. Ello, debido a que el derecho aplicable por las Salas Extraordinarias mantiene la definición de genocidio prevista en la Convención y, en consecuencia, limita los grupos protegidos a los recogidos en la misma.

En este sentido, la Sala utilizó los distintos tipos penales de los crímenes de lesa humanidad para categorizar las persecuciones a las que hizo referencia en contra de los grupos sociales, económicos y políticos antes mencionados. Los mismos hechos, sin embargo, podrían fácilmente enmarcarse bajo una nueva definición de genocidio que incluya grupos socioeconómicos como parte de los grupos objeto de protección. En efecto, la narración del contexto realizada por la Sala parece evidenciar que, para el régimen de Pol Pot y los Jemeres Rojos, no fue problemático identificar, perseguir y destruir, aun parcialmente, diversos grupos humanos en razón del estrato social de sus miembros,

⁴ Traducción y cursivas propias. Texto original: “[...] during the Democratic Kampuchea period there existed a policy to target the following groups, in order to establish an atheistic and homogenous society without class divisions by abolishing all ethnic, national, religious, racial, class and cultural differences: Cham, Vietnamese, Buddhist and former Khmer Republic officials (including civil servants and military personnel) and their families”.

con el propósito de “establecer una sociedad ateísta y homogénea sin división de clases” (SECC, Case 002/02, 16/11/2018, párr. 26).

Ciertamente, no es deseable que la inclusión de grupos socioeconómicos en la definición de genocidio se realice mediante interpretaciones amplias o analógicas del texto de la Convención de 1948. No obstante, la imposibilidad de clasificar como “genocidio” la persecución de dichos grupos, a la luz de la experiencia de los Jemeres Rojos en Camboya, no resulta convincente. Para algunos autores, la enumeración actual de los grupos protegidos en la Convención de 1948 no toma en cuenta que la “nacionalidad, raza, etnicidad y religión, así como las nociones de clase, ideología y afiliación política no son categorías absolutas, sino conceptos que los perpetradores definen en relación a sus víctimas” (Forster, 2012, p. 202). De ahí que los hechos vividos en Camboya ofrezcan una oportunidad para considerar la inclusión del genocidio económico y el genocidio de grupos socioeconómicos en una eventual ampliación de la actual Convención.

2. GENOCIDIO EN RAZÓN DEL GÉNERO

La inclusión de grupos en razón de su género como una categoría protegida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no fue contemplada durante su preparación. Durante las discusiones previas a su adopción, tampoco fueron consideradas las minorías en razón de su orientación sexual como un grupo a ser protegido bajo la Convención (Feindel, 2005). Sin embargo, en décadas recientes algunos han abogado por su inclusión (Schabas, 2009).

Formalmente, la primera propuesta para su inclusión fue realizada en 1985 por Benjamin Whitaker, quien fuera Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de Naciones Unidas y encomendado por ésta, en 1983, para revisar y actualizar el estudio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio realizado en 1978 por el Relator Especial Nicodème Rughashyankiko. En su reporte, Whitaker sugirió que la definición de grupos protegidos de la Convención fuese extendida para incluir “minorías sexuales”, tales como mujeres, hombres u homosexuales (Whitaker, 1985, p. 16). Según Jones (2011), con base en esta sugerencia, esta forma de genocidio podría definirse como la destrucción selectiva

del componente femenino o masculino de un grupo o, inclusive, de minorías por razón de su orientación sexual.

En la práctica, es posible encontrar algunas menciones al género en algunos análisis realizados sobre el crimen de genocidio. Por ejemplo, en el caso *Krstić*, la Sala de Primera Instancia del TPIY hizo referencia a la destrucción selectiva de una parte de las personas bosnio musulmanas, resaltando que el objetivo perseguido era dar muerte a los hombres de este grupo. En este sentido, la Sala resaltó el impacto que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres sobre la supervivencia del grupo, y concluyó que las fuerzas armadas bosnio serbias sabían que el dar muerte a todos los hombres en edad militar, junto con el desplazamiento forzado de mujeres, niños y ancianos resultaría inevitablemente en la desaparición física de la población bosnio musulmana en Srebrenica (TPIY, caso *Krstić*, 2/08/2001, para. 595). Sin embargo, en este contexto el género no fue contemplado como el factor determinante para la identificación de un grupo, sino como un elemento a ser analizado dentro de la identificación de actos genocidas y sus efectos en las víctimas según su género.

Dentro del “genocidio en razón del género” también cabe mencionar la comisión de *feminicidio* como un acto que podría ser considerado genocida, si se llegase a incluir el género dentro de las categorías de grupos protegidos por la Convención. El feminicidio constituye el espectro más grave de la violencia contra las mujeres. En este sentido, es importante destacar que el feminicidio se ha definido, en sentido estricto, como el homicidio de una mujer *por su condición de tal* y, en sentido amplio, como todo homicidio de una mujer, sea o no en razón de su condición como mujer (OMS, WHO/RHR/12.38, 2012). Para efectos del crimen de genocidio, es bajo la definición más estricta que se podría considerar el feminicidio como un acto de genocidio, de llegar a confluir todos los elementos de este crimen y de ampliarse la lista de grupos protegidos por la Convención.

En criterio de Fournet (2007), el genocidio en razón del género debe, sin duda alguna, considerarse como una forma de genocidio, en tanto que constituye tal vez el único supuesto en el que criterios objetivos se sobreponen a criterios subjetivos en la selección de las víctimas por parte de los perpetradores.

Para Schabas (2009), por su parte, si bien grupos determinados por su género, como el grupo femenino, podrían ser considerados “estables” y “permanentes”:

El propósito de tales iniciativas es facilitar el enjuiciamiento de crímenes dirigidos contra la capacidad reproductiva de las mujeres, y esto es más una cuestión sobre la supervivencia del grupo nacional, étnico, racial o religioso al que las mujeres pertenecen. En tales casos, la intención del ofensor es destruir el grupo al que las mujeres víctimas pertenecen, no a las mujeres como grupo. El interés real en extender el alcance de la Convención a grupos de género es fortalecer su rol en el enjuiciamiento de crímenes dirigidos contra mujeres. Esto es mejor logrado a través de la interpretación teleológica de los actos de genocidio, en vez de añadirlo en la enumeración de los grupos protegidos. (p. 168).

Cabe resaltar que la consideración de “género” como elemento definitorio de un grupo presenta además la dificultad de armonizar qué se entiende por este concepto. Por ejemplo, de la postura de Schabas es posible observar un entendimiento del género como la distinción social entre hombres y mujeres. Esta interpretación resulta consistente con la definición de género dada en el artículo 7(3) del ECPI, que establece que el término se refiere a los sexos masculino y femenino en el contexto de la sociedad.

No obstante, para Jones (2011) esta categoría también incluiría minorías atacadas en razón de su orientación sexual o identidad de género. Las agresiones contra estos grupos en contextos de grandes atrocidades han quedado documentadas en distintos momentos de la historia, siendo quizás una de las más incontrovertidas la persecución y exterminio de personas homosexuales por parte del régimen nazi (Đuric et al., 2018, p. 30). Del mismo modo, ataques dirigidos contra estos grupos han sido documentados en el marco de otras situaciones de crisis, como la siria (ONU, Comisión de Derechos Humanos, A/HRC/30/48, 2015, para. 164). Pese a ello, hasta el momento estos crímenes han sido poco tratados, y categorizados como posibles crímenes de lesa humanidad cuando cometidos en contextos de gran escala o en forma sistemática.

Algunos autores, como Kidd y Witten (2008), y Narrain (2015), han abogado por la conceptualización de estas minorías dentro de los grupos protegidos por la Convención, arguyendo que la intención del autor del crimen se encuentra motivada en eliminar en todo o en

parte a estas minorías en razón de sus características distintivas. Kidd y Witten (2008) han argumentado, por ejemplo, que las agresiones contra personas transgénero en muchos casos son cometidas con el deseo de erradicar a los individuos que se identifican como tales. Lo mismo aplicaría para otros miembros de la comunidad LGBTI, que se “apartan” de las normas tradicionales de género (Kidd y Witten, 2008). Para ellos, la inclusión de orientación sexual o identidad de género como elementos definitorios de un grupo que puede ser objeto de protección bajo la Convención tendría profundas implicaciones en la conceptualización de estas formas de violencia como genocidio.

Según Jones, el “generocidio” (“*gendercide*”) en la práctica resulta, generalmente, o bien un componente del genocidio, conforme a la definición dada por la Convención, o bien otros actos “de terror” (Jones, 2004, p. 63), quedando entonces subsumido bajo la calificación jurídica que se le otorgue a dichos actos.

En consecuencia, la comisión de actos genocidas en contra de miembros de un género determinado (si se entiende éste como la distinción entre hombres y mujeres) tendría, en principio, como finalidad la eliminación del grupo protegido al que pertenecen, y no su eliminación en razón del género. Esta situación, sin embargo, resulta distinta al analizar los actos cometidos en contra de minorías en razón de su orientación o identidad sexual, ya que se puede considerar también que estas personas pertenecen a grupos con características particulares que los definen y vocación de permanencia, que pueden ser objeto de ataques dirigidos a hacer desaparecer a estas minorías (que se distinguen de la acepción binaria de género). Sin embargo, hasta la fecha, no se ha planteado ninguna propuesta formal que abogue por la inclusión de estos grupos dentro de las categorías protegidas por la Convención.

3. GENOCIDIO LINGÜÍSTICO

El “genocidio lingüístico” cuenta con dos acepciones principales. La primera, refiere al genocidio físico o biológico de un grupo en razón de sus características lingüísticas. La segunda, por otra parte, alude a la desaparición o destrucción de la lengua propia de un grupo determinado como modalidad de genocidio. El lenguaje, como pa-

rimonio intangible de las comunidades, depende de la transmisión intergeneracional para su supervivencia, por lo que la subordinación de una lengua en ciertos Estados, por ejemplo, o la imposición de un idioma dominante en centros educativos donde los niños pertenecientes a comunidades que tienen su propio dialecto se ven obligados a adoptar una lengua “externa” para poder aprender e interactuar con los demás, podría llevar a su desaparición. (Bear Nicholas, 2011). La primera referencia durante los trabajos preparatorios para la creación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio al genocidio “lingüístico” surgió en el primer borrador preparado por el Secretario General en 1947. En él, la referencia a “otros grupos” presente en la Resolución A/RES/96(I) fue reemplazada por dos categorías distintas: los grupos nacionales y los lingüísticos (Schabas, 2009, p. 120).

En el subsecuente borrador preparado por el comité *ad hoc* en 1948, bajo el llamado “genocidio cultural”, se incluyó la comisión deliberada de actos con la intención de destruir el lenguaje de un grupo. Estos actos podrían ser, por ejemplo, prohibir el uso cotidiano del lenguaje de un grupo o en sus escuelas, así como prohibir la impresión y circulación de publicaciones en dicho lenguaje o destruir o prevenir el uso de bibliotecas, entre otros. Así, el genocidio por motivos lingüísticos pasó a formar parte de la discusión como un aspecto central del genocidio cultural (Shelton, 2005).

La inclusión de los grupos lingüísticos en estos borradores fue considerada innecesaria por algunos Estados. Por ejemplo, la delegación de los Estados Unidos se opuso a su inclusión entre los grupos a ser protegidos por la convención, al considerarla “innecesaria”, pues dudaba que dicho grupo pudiese ser víctima de genocidio *en razón de sus características lingüísticas* por encima de sus características raciales, religiosas o nacionales (Schabas, 2009). Para la delegación estadounidense, en consecuencia, la protección brindada a estos últimos tres grupos debía ser “suficiente” (ONU, A/C.6/SR.75, 1948). Esta postura prevaleció durante las discusiones de los borradores, teniendo como efecto la eliminación de la referencia a grupos lingüísticos. Posteriormente, durante las discusiones para la introducción del término “grupo étnico”, la delegación de Suecia manifestó que, si bien el factor característico de una minoría nacional podría ser su lenguaje, los grupos lingüísticos que no estuviesen conectados a un Estado

existente podrían ser protegidos bajo la categoría de “grupos étnicos” (ONU, A/C.6/SR.75, 1948).

Durante la aprobación final de la Convención, 16 Estados miembros se opusieron a la inclusión del genocidio lingüístico y cultural. Como resultado, el artículo II de la Convención no contempla a los grupos lingüísticos dentro de las categorías protegidas, ni a los actos destinados a la destrucción del lenguaje como parte de los actos catalogados como genocidio.

4. GENOCIDIO DE OTROS GRUPOS DIFERENCIADOS

En las últimas décadas algunos académicos, inspirados por lo acontecido en eventos históricos tales como la Segunda Guerra Mundial, los conflictos en la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y el llamado genocidio armenio, han planteado la necesidad de extender el ámbito de protección de la Convención a otros grupos además de los ya expuestos en este capítulo. Por ejemplo, Lippman (1985) propuso contemplar grupos etarios —en particular adultos mayores— y personas con discapacidad dentro de los grupos que requieren protección por parte de la Convención. Ello podría considerarse un argumento basado en la experiencia previa de la Segunda Guerra Mundial, donde en Polonia y en la antigua Unión Soviética se registraron los asesinatos de gran parte de la población con discapacidad. Inclusive, algunos autores han estimado que aproximadamente unas 250,000 personas con discapacidad murieron como consecuencia de la política de ingeniería social del nazismo (Jones, 2011).

La protección a estos grupos también ha sido apoyada por ciertas jurisdicciones domésticas. En España, por ejemplo, en 1998 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España determinó en el caso Pinochet que:

El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio [...] impediría la calificación de genocidio de accio-

nes tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los *enfermos* de SIDA, como grupo diferenciado, o de los *ancianos*, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven [...]. Esa concepción social de genocidio —sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, caso Pinochet, 5/11/1998).

En la misma línea, en el año 2010 el Estado español adoptó la Ley Orgánica 5/2010, por la cual se modificó el inciso primero del artículo 607 del Código Penal referente al genocidio. En dicha reforma se incluyó al grupo “determinado por la discapacidad de sus integrantes” dentro de los grupos protegidos, definiendo así los actos perpetrados con el propósito de destruir en todo o en parte a este grupo como delitos de genocidio (Ley Orgánica 5, 2010).

Si bien han sucedido más de tres décadas desde que Lippman planteó que estos colectivos podrían también llegar a ser protegidos expresamente por la Convención, el debate aún se encuentra en ciernes, sin haber sido discutido a profundidad a nivel académico o diplomático. La discusión, en cambio, ha continuado abocada a la determinación de si es necesario realizar reformas a la Convención para adaptarla a las realidades actuales, lo cual podría a la postre significar la apertura del debate a la consideración de nuevos grupos diferenciados.

Finalmente, cabe mencionar que algunos actores han hecho referencia al genocidio de grupos indígenas como una categoría propia. Sin embargo, en principio, los grupos indígenas o autóctonos ya encuentran protección bajo las categorías que contiene actualmente la Convención. Ejemplo de ello es que, en el seno del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Masacres de Río Negro* solicitó a la Corte IDH calificar la masacre de la comunidad maya achí de Río Negro, Guatemala, como genocidio. La Comisión sostuvo dicha solicitud tomando como base que los actos cometidos contra los miem-

bros de esta comunidad tenían asidero en la discriminación racial (Corte IDH, caso Masacres de Río Negro, 4/09/2012, párr. 185-186), apegándose así a la Convención. Siendo que los grupos indígenas ya se encuentran cubiertos por la Convención al ser grupos raciales o étnicos, el debate se ha dado por superado; no obstante, se mantiene en discusión la posibilidad de expandir la protección a estos grupos bajo la modalidad de “genocidio cultural”.

5. ECOCIDIO Y OTRAS MODALIDADES DE DESTRUCCIÓN

En su reporte de 1985, Bejanmin Whitaker hizo referencia a algunas propuestas de extender el concepto de genocidio para incluir el “etnocidio” y el “ecocidio”. Al respecto, el reporte define el ecocidio como “alteraciones adversas, usualmente irreparables, al medioambiente —por ejemplo mediante explosiones nucleares, armas químicas, contaminación grave y lluvia ácida, o la destrucción de selvas— que amenazan la existencia de poblaciones enteras, bien sea deliberadamente o por negligencia criminal” (Whitaker, 1985, p. 17)⁵. Distintos comentaristas y algunos Estados, sin embargo, han sugerido que el ecocidio excede los límites propios del genocidio y, en consecuencia, debe ser tratado en contextos distintos al de la Convención (Schabas, 2009, p. 235).

Es de notar que los ejemplos de ecocidio sugeridos en el reporte de Whitaker podrían coincidir con modalidades de destrucción física del grupo ya previstas en la Convención como el asesinato, la lesión grave a la integridad física de los miembros del grupo, o el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. El TPIR, en el caso *Akayesu*, ha entendido que, por ejemplo, privar de alimentos a alguno de los grupos protegidos, expulsarlos de sus hogares sistemáticamente

⁵ Traducción propia. Texto original: “[...] adverse alterations, often irreparable, to the environment -for example through nuclear explosions, chemical weapons, serious pollution and acid rain, or destruction of the rain forest-which threaten the existence of entire populations, whether deliberately or with criminal negligence”.

o afectar gravemente servicios médicos esenciales para su subsistencia, pueden constituir formas de someter al grupo a condiciones de existencias que hayan de acarrear su destrucción física (TPIR, caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 505). De forma similar, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prevé que “[l]a expresión ‘condiciones de existencia’ podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas *de los recursos indispensables para la supervivencia*, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares” (cursivas propias). Por su parte, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH) calificó como genocidio actos similares perpetrados “con la intención de destruir total o parcialmente a numerosos grupos mayas” entre 1981 y 1983 (CEH, 1999, párr. 108-111). La Comisión estableció que:

La investigación realizada también comprobó que las matanzas, especialmente aquellas que revistieron la forma de masacres indiscriminadas, fueron acompañadas por el arrasamiento de aldeas. El caso más notable es el de la región ixil, donde entre el 70% y 90% de las aldeas fueron arrasadas. También en el norte de Huehuetenango, Rabinal y Zacualpa se incendiaron aldeas enteras, se destruyeron los bienes y se quemaron trabajos colectivos de siembra o cosechas, quedando sin alimentos las poblaciones (CEH, 1999, párr. 116).

Partiendo de lo anterior, el concepto de “ecocidio” tendría particular relevancia cuando las alteraciones medioambientales impliquen la destrucción o afectación de recursos naturales de los cuales depende alguno de los grupos protegidos. Así, la quema intencional de campos de cultivos o selvas, la contaminación intencional de cuerpos de agua que surten a grupos poblacionales concretos o la desestabilización intencional de ecosistemas que provean, por ejemplo, sustento esencial para la alimentación de grupos protegidos, podrían eventualmente constituir actos de genocidio.

De esta forma, podría sugerirse que la realización de actos “ecocidas” con la intención de destruir total o parcialmente un grupo protegido podría ser considerada como genocidio, bajo la definición actual prevista en la Convención. Ello, en tanto que la destrucción ambiental se realice, a su vez, con la intención de someter al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o par-

cial. Consecuentemente, la afectación ambiental negligente, por grave que sea, no podría ser considerada una forma de genocidio.

A efectos de una eventual ampliación del texto de la Convención, las consideraciones hechas sobre el concepto de “ecocidio” en distintas fuentes, así como el estudio de casos históricos en los que el medioambiente ha sido afectado con la intención de destruir total o parcialmente un grupo protegido, pueden contribuir a la inclusión del mismo entre las modalidades de destrucción independientes previstas en la Convención.

Finalmente, además de las formas de destrucción de grupos protegidos ya discutidas en este capítulo, otras modalidades adicionales han sido comentadas por la literatura académica en relación al concepto de genocidio. Algunas de estas han sido consideradas como formas de genocidio no previstas en la Convención, mientras que otras han sido entendidas como conductas criminales que, aunque similares al crimen de genocidio, no constituyen realmente modalidades de comisión del mismo. De esta forma, resulta de interés mencionar términos como el “*democide*”, el “*patrimonicide*” y “*thefticide*”, que han sido estudiados y propuestos por diversos sectores de la literatura académica (Schabas, 2009, pp. 235-236). Por su parte, la “limpieza étnica” o “*ethnic cleansing*”, entendida por algunos sectores como la homogenización étnica de un área concreta mediante la remoción forzosa de miembros de grupos étnicos de dicha área (Schabas, 2009, p. 221), ha sido considerada en ocasiones como una conducta constitutiva de —o equiparable al— genocidio o, en cualquier caso, como una conducta precursora del genocidio (Schabas, 2009, pp. 224, 229-230, 234). Al respecto, señala Schabas que, si bien el genocidio y la limpieza étnica pueden tener como objetivo común la eliminación del grupo perseguido de un área concreta, la limpieza étnica implica tolerar que el grupo exista en un área distinta a la que se encontraba inicialmente, mientras que el genocidio puede implicar la no aceptación de ese escenario (Schabas, 2009, p. 234).

6. CONCLUSIONES

Desde la resolución 96(I) de la Asamblea General, parece reconocerse que el genocidio es considerado un crimen internacional en tanto que pone en peligro a *grupos humanos* cuya existencia, en sí misma, resulta valiosa para la humanidad en su conjunto, sea en razón

de las características culturales o ideológicas que los unen, o en razón de la diversidad de la especie humana que su existencia representa.

En este sentido, y dado el contexto posguerra de la Segunda Guerra Mundial y las contribuciones de Raphael Lemkin al proponer un concepto inicial de genocidio en su obra *Axis Rule in Occupied Europe* (1944), la redacción de la Convención parecía buscar evitar que las atrocidades nazis en contra de determinados grupos humanos volviesen a ocurrir. Es evidente, entonces, que la preparación de la Convención no estaba dirigida a brindar protección a *cualquier grupo humano*, sino a aquellos que “históricamente” habían sometidos a persecución y exterminio, y en consecuencia enfrentaban un *riesgo mayor*, en contraste con otros grupos humanos.

Además, los grupos a proteger debían caracterizarse por ser grupos “estables”, “permanentes” y “homogéneos”, bien en razón de su origen, bien en razón de sus creencias, o bien en razón de la poca flexibilidad de su membresía. En efecto, durante los debates sobre la inclusión de los grupos políticos en el texto final de la Convención, el punto central de la discusión no era si los grupos a proteger *debían ser* estables y permanentes, sino si los grupos políticos concretamente *eran* tan estables y permanentes como los grupos nacionales, raciales o religiosos. Al mismo tiempo, algunos Estados trataron de justificar la inclusión de los grupos nacionales y religiosos en la Convención al argumentar que, si bien sus miembros podían abandonar o ingresar a los mismos, no era usual ni sencillo que ello ocurriese. Sin embargo, la estabilidad y permanencia del grupo no parece ser un criterio absoluto en la determinación de los grupos a proteger por la Convención.

Por otra parte, si bien la etimología de la palabra “genocidio” jugó un papel importante en los debates sobre los distintos proyectos de Convención, el texto final y las consideraciones realizadas por los Estados durante las discusiones al respecto demuestran que la misma no fue determinante. Ello, tomando en cuenta que fueron incluidos grupos religiosos entre los grupos protegidos por la Convención, sin corresponder estos necesariamente con el significado del término *genos* mencionado anteriormente. Ello lo demuestra igualmente la consideración inicial de los grupos políticos entre los grupos que serían objeto de protección de la Convención, pues su exclusión, en última instancia, parece haber respondido a razones prácticas y políticas, y

no sustantivas. De esta forma, el concepto de genocidio adoptado finalmente en la Convención permitió cierta flexibilidad en relación con la etimología del término, en tanto que admitió otros grupos más allá de los grupos étnicos o raciales.

Dicho esto, la inclusión de otras formas de genocidio en una eventual actualización de la Convención parece plausible. Ciertamente, considerar como genocidio la intención de destruir total o parcialmente *cualquier grupo* humano por *cualquier* medio resultaría una ampliación exagerada del concepto, que iría además en contra del propósito mismo de la Convención. Sin embargo, la literatura académica y la persecución histórica de algunos grupos humanos específicos han demostrado que es necesaria cierta ampliación del ámbito de protección de la Convención, tanto respecto de los grupos humanos objeto de protección, como de la prohibición de las modalidades de destrucción de los mismos. Al respecto, es de destacar que, como fue mencionado en este capítulo, algunos grupos que no se encuentran expresamente mencionados en la Convención podrían ser de todas formas tomados en cuenta bajo el concepto actual de genocidio, en razón de su vínculo con grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Una eventual actualización de la Convención debería, entonces, enfocarse en aquellos grupos que están fuera de su ámbito de protección.

Este capítulo ha revisado algunas de las ampliaciones que se han discutido en la literatura académica, la jurisprudencia internacional, en informes y en otros documentos de relevancia. Las propuestas de ampliación del crimen de genocidio suelen ir acompañadas de una descripción de antecedentes históricos de persecución y destrucción de grupos actualmente no protegidos por la Convención. En este sentido, una eventual ampliación de la misma deberá partir de la comprensión de dichos antecedentes históricos, y la necesidad —o no— que los Estados atribuyan a brindar protección a grupos adicionales bajo la Convención. Esto, además, considerando que son numerosos los nuevos ejemplos de persecución de grupos humanos, distintos a los previstos en la Convención, que han tenido lugar alrededor del mundo durante los 70 años que han transcurrido desde su adopción.

Y no solo la diversidad de los grupos perseguidos parece haber aumentado. Las modalidades de persecución utilizadas con el propósito de eliminar dichos grupos han experimentado también cierta evolu-

ción. Algunas de esas modalidades fueron estudiadas en este capítulo, pero éstas no constituyen —en lo absoluto— una lista exhaustiva de las mismas. Precisamente, ante estas nuevas dimensiones de persecución no contempladas durante los debates preparatorios de la actual Convención, resulta oportuno considerar una posible ampliación del concepto de genocidio que abarque potencialmente modalidades de destrucción adicionales a las actualmente previstas, en contra de grupos humanos distintos a los actualmente previstos.

REFERENCIAS

Doctrina

- Bear, A. (2011). Linguicide. Submersion education and the killing of languages in Canada. *Briarpatch*. Disponible en: <https://briarpatchmagazine.com/articles/view/linguicide>
- Bettwy, D.S. (2011). The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law? *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 2(1). Disponible en: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=ndjicl>
- Đurić, N. et al. (2018). Legal Protection of Sexual Minorities in International Criminal Law, *Russian Law Journal*, 6(1) pp. 28-57.
- Feindel, A.T. (2005). Reconciling Sexual Orientation: Creating a Definition of Genocide that Includes Sexual Orientation. *Michigan State Journal of International Law*, 13, pp. 197-225.
- Forster, T. (2012). *The Khmer Rouge and the Crime of Genocide: Issues of Genocidal Intent with Regard to the Khmer Rouge Mass Atrocities*. Berne: Dike.
- Fournet, C. (2007). *The Crime of Destruction and the Law of Genocide: Their Impact on Collective Memory*. Aldershot, England: Ashgate.
- Goldstone, R. (2011). The Role of Economic Sanctions in Deterring Serious Human Rights Violations: South Africa, Iraq and Darfur. En Provost, R. y Akhavan, P. (Ed.) *Confronting Genocide*. Montreal, Canadá: Springer
- Jacobs, S.L. (2005). Language Death and Revival after Cultural Destruction: Reflections on a Little Discussed Aspect of Genocide. *Journal of Genocide Research* 7(3).
- Jones, A. (ed) (2004). *Gendercide and Genocide*. Nashville: Vanderbilt University Press.
- Jones, A. (2011). *Genocide: A Comprehensive Introduction*. Oxon: Routledge.

- Kidd, J.D., y Witten, T.M. (2008). Transgender and Transsexual Identities: The Next Strange Fruit – Hate Crimes, Violence and Genocide Against the Global Trans-Communities. *Journal of Hate Studies*, 6(31), pp. 31-63.
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation — Analysis of Government— Proposals for Redress*. Carnegie Endowment for International Peace. Washington: Carnegie Endowment for Peace
- Lippman, M. (1985). The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *Boston University International Law Journal*. 3, pp. 1-65.
- Narrain, A. (2015). The UN Commission of Inquiry on Syria: An Intersectional Analysis of its Jurisprudence on Disappearances, Sexual Violence and Genocide. *ARC International*. Disponible en: <http://arc-international.net/wp-content/uploads/2016/10/Arvinds-article-on-Syria-1.pdf>
- Novic, E. (2016). *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. (2009). *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shelton, D.L. (ed) (2005). *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Detroit: Macmillan Reference.
- Weisbrot, M. y Sachs, J. (2019). Economic Sanctions as Collective Punishment: The Case of Venezuela. *Center for Economic and Policy Research*. Disponible en: <http://cepr.net/images/stories/reports/venezuela-sanctions-2019-04.pdf>

Jurisprudencia nacional

España

Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España. (5 de noviembre de 1998). Caso *Pinochet*. *Auto confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*. Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (4 de septiembre de 2012). Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 250.

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (26 de febrero de 2007). *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).

Salas Extraordinarias de las Corte de Camboya

SECC. (16 de noviembre de 2018). Caso 002/02. 002/19-09-2007/ECCC/TC.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

Otras referencias

Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades (1997). *Bringing them Home Report*.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999). *Guatemala, Memoria del Silencio*. Conclusiones y Recomendaciones.

Organización Mundial de la Salud (2012). Understanding and Addressing Violence Against Women. Femicide. Doc. WHO/RHR/12.38.

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1946a). Delegation of Saudi Arabia: Draft Protocol for the Prevention and Punishment of Genocide. UN Doc. A/C.6/86 (10 de diciembre).

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1946b). Resolución: “The Crime of Genocide”. UN Doc. A/RES/96(I) (11 de diciembre). Disponible en: [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I))

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1947a). Resolución: “Draft Convention on Genocide”. UN Doc. A/RES/180(II) (21 de noviembre). Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/180\(II\)](https://undocs.org/es/A/RES/180(II))

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1947b). Draft Convention on the Crime of Genocide. Communications Received by the Secretary-General. UN Doc. A/401/Add.2. (18 de octubre). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/603201>

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1947c). Draft Convention on the Crime of Genocide. Communications Received by the Secretary-General. UN Doc. A/401/Add.3. (18 de octubre). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/603201>

Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1948a). Seventy-Fifth Meeting. UN Doc. A/C.6/SR.175. (4 de diciembre). Disponible en: <https://do->

- cuments-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL4/805/06/pdf/NL480506.pdf?OpenElement
- Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (1948b). Eighty-Third Meeting. UN Doc. A/C.6/SR/83 (25 de octubre). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL4/801/70/pdf/NL480170.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas (AGNU). (1948c). Asamblea General. United States of America: Amendments to the draft convention for the prevention and punishment of the crime of genocide (E/794). UN Doc. A/C.6/214 (4 de octubre). Disponible: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/NL4/801/13/pdf/NL480113.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. Asamblea General (AGNU). (2007). Resolución: “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. UN Doc. A/RES/61/295. Disponible en: <https://undocs.org/A/RES/61/295>
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1947). Resolución: “Crime of Genocide”. UN Doc. E/Res/47(IV), E/325. (28 de marzo). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/056/78/img/NR005678.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC) (1948a). Report of the Committee and Draft Convention draw up by the Committee (Dr. Karim Azkoul-Rapporteur). UN Doc. E/794 (24 de mayo). Disponible en: <http://undocs.org/E/794>.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC) (1948b). Resolución “Genocide”. UN Doc. E/RES/117(VI). (3 de marzo). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/073/66/img/NR007366.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC) (1994). Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/45.
- Naciones Unidas. Comité Económico y Social (ECOSOC). (1985). Mr. B. Whitaker *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 de julio). Disponible: <http://www.legal-tools.org/doc/99c00c/pdf/>
- Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (2015). Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic. UN Doc. A/HRC/30/48.

Capítulo 6

La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio

Elena Maculan

INTRODUCCIÓN

El delito de genocidio es el que cuenta con el reconocimiento y la condena quizás más universales, pues, además de ser objeto de una prohibición de *ius cogens* (Werle y Jessberger, 2014; Cassese y Gaeta, 2013; Wouters y Verhoeven, 2006)¹, está previsto prácticamente por todos los ordenamientos jurídicos del mundo². Pero esto no significa que no haya diferencias en cuanto a su regulación legislativa y a su interpretación y aplicación jurisprudencial, ni que su definición y estructura típica sean las más satisfactorias. El mundo iberoamericano nos ofrece un buen ejemplo de estas discrepancias, así como una oportunidad para reflexionar sobre la adecuación y los límites de la norma internacional que prohíbe este delito tan execrable. La jurisprudencia de este ámbito geográfico es especialmente interesante no solamente por la cantidad de pronunciamientos relevantes al respecto, sino también por los argumentos y criterios que se han desarrollado para determinar la aplicación de esta figura delictiva.

Este capítulo analizará, en primer lugar, las especificidades introducidas por los legisladores nacionales, en ámbito iberoamericano, a la hora de tipificar el delito de genocidio en sus ordenamientos, así como el papel desempeñado, en ocasiones, por los tribunales constitucionales para confirmar o, al revés, corregir esas disposiciones. De estos ejemplos se podrá derivar el criterio para determinar la admi-

¹ La Corte Internacional de Justicia comparte esta visión: CIJ, 1951; Caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, 11/07/1996.

² Véase por ejemplo la recopilación de legislaciones nacionales en: <http://www.preventgenocide.org/law/domestic/> (acceso el 18/02/2019).

bilidad de diferencias entre la legislación nacional y la norma internacional, según el cual la primera puede ampliar, pero no reducir, el alcance de protección ofrecido por la segunda.

En la siguiente sección, se analizarán algunas interpretaciones que los jueces con competencia penal, principalmente en Argentina y España, han propuesto de las disposiciones normativas sobre genocidio, y particularmente de la definición de los grupos protegidos, para determinar la posible aplicación de esta figura delictiva. Al respecto, se evidencia una tendencia a interpretar de manera amplia el concepto de grupo nacional para fundamentar la calificación como genocidio de situaciones fácticas que de por sí difícilmente encajan en esa categoría. Aunque la función de esta calificación sea meramente declarativa, cabe cuestionarse acerca de su fundamento y compatibilidad con las técnicas interpretativas aceptadas en Derecho penal y con los principios y garantías que conforman esta área jurídica. Efectivamente, se dará cuenta de una línea jurisprudencial opuesta, que niega la aplicabilidad de la figura del genocidio en estos casos, y propone, como alternativa, subsumir los hechos en la categoría de los crímenes contra la humanidad.

La regulación legislativa y la aplicación jurisprudencial del delito de genocidio en este ámbito geográfico llevan a reflexionar sobre la limitación del alcance de la protección que la norma correspondiente ofrece a determinadas categorías de grupos humanos, evidenciando las dificultades para su determinación y, quizás, su inaptitud para reflejar la compleja variedad de este fenómeno criminal.

1. LA AMPLIACIÓN A NIVEL NORMATIVO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Convenio sobre Genocidio de 1948 obliga a los Estados parte del mismo a tipificar esa conducta como delito en sus legislaciones internas (art. 5). Este deber, junto con el elevadísimo número de Estados que han ratificado este Convenio, explica la previsión casi universal del genocidio como delito en los ordenamientos nacionales. A ello hay que añadir la amplia ratificación del ECPI que, pese a no conllevar una verdadera obligación de tipificación de los crímenes interna-

cionales, la favorece de manera indirecta por efecto del principio de complementariedad (Bekou, 2012).

Pero la universalidad de su condena no se corresponde con una uniformidad absoluta en su definición, sino que, al revés, en muchos casos las figuras delictivas nacionales adquieren elementos y configuraciones parcialmente diferentes con respecto a la definición internacional (Santalla Vargas, 2010; Saul, 2009; Ferdinandusse, 2006). No me refiero solamente a la fijación de un marco sancionatorio aplicable al que cometa el delito —elemento, este, que es naturalmente ausente en la norma internacional, pero que es necesario para la tipificación de cualquier conducta en las legislaciones penales—, sino también a la previsión de elementos típicos ulteriores o diferentes respecto de la definición internacional. Estas especificidades suelen reflejar la fenomenología concreta que esa conducta delictiva ha manifestado históricamente en ese país o bien procurar garantizar una mayor compatibilidad con los principios constitucionales en materia penal.

Las divergencias pueden apreciarse sobre todo en relación con el número de grupos protegidos contra este delito, que, de acuerdo con la norma internacional, comprende solamente a los grupos étnicos, nacionales, raciales y religiosos³. La limitación del alcance del delito a estos cuatro grupos, así como la dificultad en encontrar una definición compartida de cada uno de ellos —debido a lo debatidos y vaporosos que siguen siendo esos adjetivos— han suscitado numerosas y fundadas críticas en la doctrina (por ejemplo, Martin, 2009; Kabatsi, 2005; van Schaack, 1997). Pese a que estas críticas no han logrado convertirse, de momento, en una reforma de la definición del delito a nivel internacional (Schabas, 2016, pp. 128-129, 135), sí han influido en su tipificación en los ordenamientos internos, como demuestra un análisis comparado de las legislaciones iberoamericanas.

Así, algunos legisladores nacionales han decidido suprimir los grupos raciales, por considerar que ya están comprendidos en el concepto de grupo étnico: es lo que ocurre en el código penal boliviano⁴, en el

³ Artículo 2 del Convenio sobre Genocidio de 1948, pero también art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para antigua Yugoslavia, art. 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴ Artículo 138 Código Penal boliviano de 1997.

guatemalteco⁵, en el hondureño⁶, en el ecuatoriano⁷ y en el peruano⁸. Los dos últimos, en cambio, han añadido al listado los grupos sociales y políticos, respectivamente, ampliando de esta manera el alcance de protección de la norma criminalizadora⁹.

El código penal colombiano¹⁰ también ha incluido a los grupos políticos, pero al mismo tiempo preveía, en su redacción original, una cláusula que acotaba la protección a aquellos grupos “que actúan al margen de la ley”, posteriormente invalidada por la Corte Constitucional colombiana¹¹.

El código penal español, en una reforma del año 2010, ha incorporado en el alcance de protección a los “grupo[s] determinado[s] por la discapacidad de sus integrantes” (Ley Orgánica 5, 22/06/2010), reconociendo así la especial vulnerabilidad de este colectivo¹².

Más amplio todavía es el número de posibles sujetos pasivos del genocidio según la legislación uruguaya, que añade a las cuatro categorías internacionalmente reconocidas los grupos “político, sindical,

⁵ Artículo 376 Código Penal guatemalteco. La falta de inclusión de los grupos raciales ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad, como se detallará infra en esta misma sección.

⁶ Artículo 319 Código Penal hondureño de 1983.

⁷ Artículo 79 del nuevo código orgánico integral penal de Ecuador, publicado el 10/02/2014. El delito se enmarca entre los “delitos contra la humanidad”, que a su vez se tipifican entre las “graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario” (Título IV, cap. I, Sección primera).

⁸ Artículo 319 Código Penal peruano de 1991. La disposición se enmarca en el Cap. I, Título XIV-A, “Delitos contra la humanidad”, incorporado al código por Ley 26.926 de 19/02/1998.

⁹ La decisión de ampliar el número de grupos protegidos también ha sido tomada en otros países fuera de este continente (Bekou, 2012, 681; Ferdinandusse, 2006, 24-25).

¹⁰ Artículo 101 Código Penal colombiano, entre los “Delitos contra la vida y la integridad personal”.

¹¹ Véanse infra en esta misma sección.

¹² Artículo 607 Código Penal español, modificado por LO 5/2010, de 22 de junio, aunque el Preámbulo de la Ley no explique las razones de esta modificación, y aunque se pueda alegar que las conductas de persecución discriminatoria ya pueden castigarse, en España, aplicando el crimen contra la humanidad de persecución (Garrocho Salcedo, 2019, 552).

o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud”¹³.

Además, no todas las disposiciones nacionales prevén, en la descripción del elemento internacional, el inciso que se refiere a la destrucción del grupo “como tal”: este es el caso del código penal boliviano, mexicano, peruano y uruguayo. La norma colombiana lo sustituye, en cambio, por la fórmula “por razón de su pertenencia al mismo [grupo]”. Algunas diferencias se aprecian también en la previsión y en la descripción de las conductas subyacentes¹⁴ y, por último, en algunos ordenamientos se ha decidido tipificar, al lado del crimen de genocidio, otra figura *Delictiva* que se le acerca por naturaleza o estructura¹⁵.

¹³ Artículo 16 Ley 18.026 de 13/09/2006, colocado en el Título I, “Crimen de Genocidio”. Esta ley prevé, además, entre las conductas subyacentes al delito, actos que la norma internacional no contempla expresamente, pero que se reconocen como conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad, es decir, “tortura, desaparición forzada, privación de libertad, agresión sexual, embarazo forzoso”. Asimismo, describe con más detalle la conducta de sometimiento del grupo a condiciones de vida que provoquen su destrucción.

¹⁴ Por ejemplo, en la legislación colombiana, que prevé el embarazo forzoso, pero suprime la transferencia forzada de menores. El código penal mexicano, además de limitar la configuración del genocidio por transferencia forzada a casos en los que las víctimas sean menores de edad, establece un umbral de edad más bajo (dieciséis años y no dieciocho), restringiendo de esta manera el alcance de la norma: Artículo 149 bis Código Penal mexicano. La misma norma adopta además una definición distinta de la conducta de impedimento de los nacimientos en un grupo, describiéndola como la “esterilización masiva dirigida a impedir la reproducción del grupo”. Esta conducta, en cambio, no solamente se prevé, sino que se extiende a víctimas adultas en el código penal boliviano (artículo 138 Código Penal boliviano), e implícitamente en la legislación uruguaya, que no especifica nada sobre la edad de las víctimas. Para un análisis comparativo de las distintas formulaciones del delito de genocidio en las legislaciones del continente latinoamericano, véase Santalla Vargas, 2010.

¹⁵ Es el caso de la figura de “masacre sangrienta”, que el art. 138.2 Código Penal boliviano sanciona con la misma prevista para el delito de genocidio (artículo 138.1). En realidad, la ausencia del elemento internacional en esta figura sugiere que se trata más bien de una yuxtaposición de dos figuras delictivas diferentes, que el legislador boliviano ha decidido tipificar en la misma disposición, pero que no comparten ni la estructura típica ni el carácter de crimen internacional y el régimen correspondiente. Sin embargo, la Corte Suprema boliviana ha condenado a los siete acusados de la masacre conocida como “Octubre Negro” por el cargo de “delito de genocidio bajo la modalidad de masacre sangrienta” (Corte

La admisibilidad de estas diferencias puede explicarse en virtud del margen de libertad que tienen los Estados a la hora de tipificar en sus ordenamientos conductas que algunas normas internacionales obligan a castigar, y que se acerca al concepto de *margen nacional de apreciación* desarrollado en el ámbito del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (García Roca, 2007). Pero este margen se encuentra limitado por un criterio bastante definido, según el cual los Estados pueden apartarse de la norma internacional correspondiente siempre que respeten el núcleo o contenido mínimo de la misma o, dicho de otra manera, pueden ampliar el alcance de protección de la norma internacional (*over-inclusion*) pero no pueden reducirlo (*under-inclusion*) (Bekou, 2012; Ferdinandusse, 2006).

El mismo criterio ha guiado los jueces constitucionales llamados a determinar la compatibilidad de las disposiciones legislativas que tipifican el genocidio con las previsiones constitucionales y, por conducto de estas, con las normas internacionales vinculantes para el Estado. Lo ejemplifica perfectamente una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, la C-177/01 (de 14 de febrero) que ha, por un lado, confirmado la validez de la inclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos y, por el otro, declarado inconstitucional el requisito de que esos grupos protegidos “actúe[n] dentro del margen de la ley”¹⁶. Estas peculiaridades legislativas pueden explicarse a la luz de las específicas formas de manifestación de la criminalidad masiva en Colombia, donde, en el marco del conflicto armado interno que ve enfrentados varios grupos guerrilleros y paramilitares y las fuerzas armadas desde hace décadas, la comisión de crímenes contra el De-

Suprema de Justicia boliviana, caso Carlos Flores Roberto y otros, 31/08/2011, énfasis añadido). En el nuevo Código penal ecuatoriano, en cambio, se ha incluido, en el capítulo sobre delitos de lesa humanidad, además del genocidio, el delito de “etnocidio”, definido como la conducta de quien “de manera deliberada, generalizada o sistemática, destruya total o parcialmente la identidad cultural de pueblos en aislamiento voluntario” (artículo 80). Las principales diferencias respecto del genocidio son que esta figura se centra en la protección de la identidad cultural y que se refiere a un sujeto pasivo todavía más reducido y específico que el genocidio, es decir, los “pueblos en aislamiento voluntario”.

¹⁶ Artículo 322, ley 589/2000 del 6/07/2000: “Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del margen de la Ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros...”.

recho internacional no es una prerrogativa estatal —como solía ser en la mayoría de los Estados de aquel continente—, sino que puede imputarse a todos los actores en el conflicto y donde, además, las razones del enfrentamiento son de naturaleza principalmente política¹⁷. Otro factor que puede haber llevado a esta formulación es la falta de tipificación expresa de los crímenes contra la humanidad en el ordenamiento colombiano: ante esta laguna normativa, la ampliación del alcance del genocidio a los hechos cometidos contra grupos políticos sería el camino para garantizar la persecución y el castigo de graves conductas que de lo contrario estarían excluidas del área de relevancia penal internacional.

La Corte Constitucional marca claramente el diferente impacto que estos dos elementos típicos producen en el delito: mientras que la inclusión de los grupos políticos expande el alcance de la figura, la condición de que los grupos tienen que actuar al amparo de la ley produce, al revés, su restricción, al excluir de su protección todo grupo que emprenda actividades ilegales. El primer elemento se considera constitucionalmente legítimo, pues amplía la protección ofrecida por la norma internacional:

Esta Corte encuentra que ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección.

Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida (Corte Constitucional de Colombia, C-177, 14/02/2001, Fundamento 5).

El requisito de actuación conforme a la ley, en cambio, reduce el núcleo mínimo fijado por la norma internacional, vulnerando así el art. 93 de la Constitución colombiana (que establece la preeminencia de los tratados internacionales en el ordenamiento interno e impone

¹⁷ Lo confirma la misma Corte: "... pues no se puede ignorar que en Colombia muchos de los exterminios que podrían ser caracterizados como genocidio son de naturaleza política" (Corte Constitucional de Colombia, C-177, 14/02/01).

la obligación de interpretar los derechos constitucionalmente afirmados de acuerdo con los tratados internacionales relevantes y vigentes para Colombia¹⁸) y a los principios inspiradores de la Constitución misma¹⁹, que no admiten diferencias de ninguna clase en la protección de valores superiores como el derecho a la vida y a la integridad física. Por esta razón, la Corte declara su ilegitimidad constitucional, recurriendo a la alineación de la disposición interna con (el núcleo mínimo de) la definición internacional del genocidio.

La conformidad de la legislación interna con la norma internacional, por medio de la Constitución que hace, por así decirlo, de anillo de conexión entre estas dos esferas normativas, es también el centro del razonamiento de una interesante sentencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca (Exp. 2242, 22/02/2010), ante un recurso por inconstitucionalidad de la disposición que tipifica el genocidio (art. 376 del CP guatemalteco), en la medida en que no prevé, entre los grupos protegidos, los grupos raciales.

Entre los argumentos planteados por el recurrente²⁰, destacan el supuesto incumplimiento de la obligación de tipificar las graves violaciones del *ius cogens* (derivado de los arts. 44 y 149 de la Constitución²¹) y la vulneración del principio de preeminencia del Derecho internacional de los derechos humanos afirmado por el artículo 46

¹⁸ Artículo 93 Constitución Política colombiana: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

¹⁹ Cf. especialmente el artículo 5 Constitución Política colombiana: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

²⁰ El recurso fue planteado por el abogado Alexander Aizenstadt, y su elemento peculiar es que se trata de un recurso de inconstitucionalidad por omisión, que llevaría a la Corte Constitucional, en caso de ser estimado, a imponer al Congreso una obligación de dictar una “sentencia exhortativa” dirigida al legislador.

²¹ La primera disposición prevé una cláusula de apertura a derechos inherentes a la persona humana que no aparezcan expresamente en la Carta Constitucional y la segunda establece que las relaciones con los demás Estados tienen que tender a contribuir lo más posible al mantenimiento de la paz y de la libertad y al respeto y a la defensa de los derechos humanos.

Constitución²², que impone tipificar, en este caso, el delito de genocidio de acuerdo con la definición contenida en el Convenio de 1948.

Pero la Corte Constitucional desestima el recurso con una motivación bastante escueta y amparándose en un argumento de carácter puramente lingüístico: que el término “racial” —para cuya definición cita el diccionario de la *Real Academia Española*— se refiere a la raza humana en su conjunto, es decir, a todos los seres humanos, como si el concepto de raza coincidiera con el concepto de humanidad, y que no existe una verdadera diferencia entre la noción de raza y la de “pertenencia étnica”:

[...] ambos comprenden un grupo de personas que, por características físicas, culturales e históricas, conforman un conglomerado social que los distingue de otros, que deben ser protegidos. (Corte Constitucional de Guatemala, Exp. 2242 22/02/2010, Considerando II).

Pese a lo discutible que es este argumento, que equipara dos conceptos (“etnia” y “raza”) que las normas internacionales que prohíben el genocidio expresamente distinguen, la sentencia concluye que los grupos raciales están implícitamente previstos dentro de los grupos étnicos (que el artículo 376 CP sí menciona expresamente) y que la diferencia entre el tipo penal interno y el internacional es meramente literal y no determina una reducción respecto de la definición de genocidio establecida por el Convenio de 1948²³.

Más allá del resultado concreto de la intervención de la Corte, que *de facto* legitima una opción reductora adoptada por el legislador nacional, el razonamiento de la misma pretende ir más allá de

²² “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

²³ Una condena por genocidio contra un grupo étnico fue posteriormente dictada contra el ex dictador guatemalteco Ríos Montt: la sentencia le condenaba por las matanzas, lesiones y demás conductas delictivas cometidas contra la población maya Ixmil, calificándolas como genocidio, en concurso real con crímenes contra la humanidad cometidos, en la modalidad de tratos inhumanos, contra el mismo grupo: Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, caso Ríos Montt et al., 10/05/2013, punto V.A). La sentencia fue posteriormente anulada por supuesta vulneración de las garantías de defensa, ordenándose la repetición del juicio. Ríos Montt fue sin embargo declarado mentalmente incapaz para ser enjuiciado por padecer de demencia.

una interpretación meramente literal de la disposición, y confirma así la validez del principio según el cual los instrumentos internacionales marcan un umbral mínimo de protección que las leyes nacionales pueden ampliar, pero no reducir.

Además, esta sentencia, con su razonamiento francamente discutible, muestra la intrínseca y quizás irresoluble dificultad en determinar de manera clara y unívoca los conceptos de “etnia”, “raza” (y, podemos añadir, “nación”) sobre los cuales se fundamenta el delito de genocidio. Un debate, este, que también aparece en el trasfondo de una línea argumental desarrollada por algunos tribunales con competencia penal en Argentina (siguiendo un precedente español) para calificar como genocidio los delitos cometidos durante la dictadura de las Juntas militares en ese país.

2. LA AMPLIACIÓN A NIVEL JURISPRUDENCIAL: LAS CONTRIBUCIONES DE ARGENTINA Y ESPAÑA

2.1. *Interpretación amplia de grupo nacional y concepción social del genocidio en la jurisprudencia argentina y española*

La reacción de los ordenamientos nacionales ante la percepción de la insuficiencia de la definición internacional de genocidio, que limita la protección a cuatro grupos taxativamente previstos, no se ha manifestado solamente a nivel legislativo, a la hora de tipificar el delito, sino también a nivel jurisprudencial. Así, numerosos tribunales argentinos han propuesto una interpretación muy amplia del concepto de “grupo nacional”.

En realidad, este camino argumentativo fue propuesto por primera vez por la Audiencia Nacional española (Audiencia Nacional, Recurso de Apelación 84/98, 4/11/1998), en el marco de dos procesos emprendidos, uno, contra 98 militares argentinos por crímenes cometidos bajo la dictadura de las Juntas militares que rigió el país entre 1976 y 1983²⁴, y el otro, contra el exdictador chileno Augusto Pino-

²⁴ El procedimiento, conocido como “Sumario Chile-Argentina”, se abrió a raíz de una denuncia planteada por la Unión Progresista de Fiscales (a la que se sumaron luego otras asociaciones de derechos humanos) por supuestos crímenes de

chet (Audiencia Nacional, Recurso de Apelación 173/98, 5/11/1998). En ambos casos, la competencia del tribunal español se basaba en el principio de jurisdicción universal establecido por el art. 23.4 LOPJ, a partir de la calificación de los hechos como delitos de genocidio²⁵.

La cuestión es que esta calificación de los hechos es el fruto de una interpretación muy amplia, y en mi opinión muy discutible, de los grupos que pueden ser sujeto pasivo del genocidio (en particular, el grupo nacional), pues el blanco de las atrocidades cometidas por las dictaduras militares argentina y chilena no encaja en esta definición, de acuerdo con el sentido literal de la disposición normativa, ni de acuerdo con una interpretación histórica y teleológica de la misma.

La Audiencia Nacional declara adoptar una “concepción social” del delito de genocidio, más amplia que el concepto jurídico —opción, esta, que ha sido cuestionada por autores como Gil (1999)—, amparándose en la redacción del delito que contenía la primera disposición legislativa que tipificó el delito en el ordenamiento español (Audiencia Nacional, Recurso de Apelación 84/98, 4/11/1998, fundamento V; Recurso de Apelación 173/98, 5/11/1998, fundamento V.)²⁶, y, a la vez, defiende una interpretación extensiva de la noción de “grupo nacional”. En palabras del tribunal, este se define como

genocidio, terrorismo y tortura cometidos durante la dictadura argentina de las Juntas y se fundamentaba en el principio de jurisdicción universal.

²⁵ Los dos Autos también confirman la calificación de los hechos como delitos de terrorismo, que a su vez legitima el ejercicio de la jurisdicción universal. El art. 23.4 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) vigente en ese entonces (posteriormente reformado por LO 1/2009 y, de manera más radical, por la criticada LO 1/2014, ambas con efectos de clara restricción del alcance aplicativo de este principio de jurisdicción) establecía: “... 4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometido por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a. genocidio, b. terrorismo (...)”. Para un análisis detallado del principio de jurisdicción universal y de su regulación en el ordenamiento español, véanse: Ollé Sesé, 2019; Martínez Alcañiz, 2015, 487-550; De Prada, 2014, 19-31; Chinchón Álvarez, 2014, 161-173.

²⁶ La disposición en cuestión es el art. 137bis del CP entonces vigente, introducido por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que se refería al “grupo nacional étnico, social o religioso” (cursiva añadida). Posteriormente, una reforma de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio) sustituyó el adjetivo “social” por el de “racial”, ´recuperando así la conformidad con la norma internacional, y corrigiendo lo que al parecer fue un error en la redacción legal. El nuevo CP de 1995 insertó además

un “grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor” (Recurso de Apelación 84/98, 4/11/1998, fundamento V). En las experiencias argentina y chilena, destaca el tribunal, el plan de aniquilación llevado a cabo por las dictaduras pretendía destruir una determinada parte de la población, “un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado” de la mayoría (Recurso de Apelación 84/98, 4/11/1998, fundamento V), en el que tenían cabida tanto los opositores políticos, como todo aquel que no se correspondiera con el ideal de ciudadano establecido por los represores, y que puede calificarse como grupo nacional de acuerdo con el concepto amplio así propuesto.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, al dictar auto de procesamiento en el mismo *Sumario Argentina* (Audiencia Nacional de Madrid, Sumario 19/97-L, 2/11/1999), siguió por el mismo camino argumentativo, afirmando que las víctimas de la criminalidad de Estado argentina pueden considerarse miembros de un “grupo nacional”. Esta calificación se amparaba en tres argumentos: un concepto amplio de “nacional/nacionalidad”, aplicable a “grupos permanentes de personas de común origen” (razonamiento jurídico (r.j.) II); la admisibilidad del llamado “auto-genocidio”, es decir, de un genocidio que afecta a miembros de la misma nacionalidad a la que pertenecen los autores; y, por último, el carácter intrínsecamente político de todo plan de aniquilación de un determinado grupo humano. Según el juez, las víctimas de la represión argentina fueron elegidas por su afiliación política, pero a la vez porque debido a su orientación formaban parte de un grupo diferenciado, dentro de la más amplia población argentina, que se identificaba por oposición a los rasgos que el gobierno dictatorial quería imponer a la “nueva Nación argentina” (r.j. II) —nacionalista, conservadora, fascista, fundamentalista católica y anti-comunista—. El juez también añade, en vía subsidiaria y alternativa, que las víctimas de la dictadura argentina, unificadas por una ideología política, pueden definirse también como “grupo religioso”, a partir de una equiparación entre ideología y fe religiosa que reflejaría, en su opinión, la evolu-

una coma entre los adjetivos “nacional” y “étnico” (art. 607), a confirmación de que no se requiere la presencia de ambas características en un grupo.

ción fenomenológica del genocidio desde la redacción del Convenio de 1948 (r.j. III.).

Si bien esta línea jurisprudencial fue posteriormente rechazada por la Audiencia Nacional (16, 19/05/2005) y por el Tribunal Supremo (798, 1/10/2007), al considerar que constituían una analogía *contra reum* y por ello una vulneración del principio de legalidad²⁷, la interpretación del grupo nacional antes descrita ha tenido bastante éxito en Argentina, donde algunos tribunales —en sentencias también bastante recientes— la han utilizado, desarrollándola ulteriormente, para calificar como genocidio los crímenes cometidos bajo la dictadura militar.

Así, la sentencia de primera instancia contra *Etchecolatz* (TOFC de la Plata, caso *Etchecolatz*, 19/09/2006) —la primera dictada tras la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia debida y Punto final— adopta la misma noción amplia de “grupo nacional” propuesta en los precedentes españoles (que cita ampliamente) y afirma que las conductas delictivas se cometieron con la intención de destruir *parcialmente* ese grupo (Fundamento IV.b.)²⁸:

[...] la caracterización de “grupo nacional” es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto. [...] es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado “en parte” y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación (Feierstein 2004, p. 76).

En términos casi idénticos se expresa poco después el mismo tribunal en el caso *Von Wernich* (TOCF de la Plata, caso *Von Wernich*, 9/10/2007), que es especialmente conocido por haber dado una prueba tangible de que ciertos sectores de la Iglesia católica estuvieron implicados en los crímenes de la dictadura. Esta sentencia llega a la misma conclusión que el precedente *Etchecolatz*, que cita casi al

²⁷ El primer tribunal calificó los hechos como crímenes contra la humanidad y el segundo como delitos comunes.

²⁸ La sentencia no vuelve a plantear, en cambio, el argumento alternativo basado en la aplicabilidad del concepto de grupo religioso.

pie de la letra, afirmando que en Argentina se produjo un genocidio contra un grupo nacional (considerando V.3), y más específicamente un “genocidio reorganizador”, es decir, una modalidad genocida caracterizada por el uso sistemático de los campos de concentración o centros clandestinos de detención y por la finalidad de transformar las relaciones sociales dentro de un Estado-nación pre-existente, pero de manera tan profunda que alteren su funcionamiento social²⁹. Y lo mismo se reitera en las sentencias *Omar Alonso*³⁰ (TOFC n1 de la Plata, caso Omar Alonso, 1/12/2009) y —aunque sin detallar el razonamiento que lleva a esa conclusión— *Dupuy* (TOFC n1 de la Plata, caso Dupuy 13/10/2009, punto XLII), ambas dictadas por el mismo Tribunal de La Plata.

Asimismo, en la sentencia en el caso *Fernández Gaez* (TOCF de San Luis, caso Fernández Gaez, 14/04/2009), el Tribunal Oral de San Luis aplica a los hechos cometidos en Argentina la etiqueta de genocidio alegando que el grupo-víctima “suele ser una construcción del asesino más que una realidad social” (p. 442.) y que en la experiencia argentina podía perfectamente identificarse como grupo nacional:

En la Argentina se operó la destrucción de un grupo nacional. Este grupo no era preexistente, sino que lo fueron conformando los genocidas a medida que aparecían individuos que manifestaban su oposición al plan económico implementado (p. 441, con cita literal de Mirta Mántaras).

Es interesante también recordar el voto en disidencia del juez Obligado en la reciente sentencia en la macro-causa *ESMA* (TOCF n. 5 de Buenos Aires, causa ESMA, 5/03/2018), que analiza en profundidad el tema desarrollando una doble línea argumental para concluir que los delitos cometidos durante la dictadura de las Juntas constituyen genocidio. En un larguísimo razonamiento, el juez mantiene, por un lado, que es necesario interpretar el Convenio sobre Genocidio de 1948 de tal manera que incluya a los grupos políticos, por tres razo-

²⁹ La sentencia adopta la definición propuesta por Feierstein (2007).

³⁰ La sentencia afirma: “los hechos sucedidos en nuestro país en el período en cuestión deben ser categorizados como genocidio, más allá de la calificación legal que en aquella y en esta causa se haya dado a esos hechos a los efectos de imponer la condena y la pena” (p. 132). Para ello, aplica la misma interpretación amplia del concepto de grupo nacional que se ha descrito arriba.

nes: “El grupo político está constituido por personas unidas por un ideal común, es decir, que tienen las mismas ideas o creencias sobre una determinada postura” (p. 11178), exactamente como los grupos religiosos que sí están previstos por ese instrumentos normativos; “El objetivo principal del delito de genocidio es la protección de los grupos que se pueden caracterizar como más vulnerables frente a otros” (p. 11178), y la historia ha demostrado que los grupos políticos sin duda lo son; y el castigo de esas conductas subsumiéndolas en la categoría de los crímenes contra la humanidad —que varias decisiones jurisprudenciales proponen— es insatisfactoria, pues estos delitos “no toman en consideración al grupo como colectividad, no se protege la vulnerabilidad de este, no se toma en cuenta la intención especial que tiene el agente de acabar con un grupo determinado” (p. 11180).

Por otro lado, el juez Obligado afirma también que la experiencia argentina no fue un simple exterminio de un grupo político, sino que cabe calificarlo como la “destrucción parcial de un grupo nacional” (p. 11288). Este último concepto, en su opinión más amplio que los otros tres grupos protegidos, no está necesariamente vinculado a una uniformidad de lengua y cultura, especialmente en los países latinoamericanos, que son estructuralmente plurinacionales³¹.

2.2. *El mecanismo interpretativo de la doble subsunción y la construcción de la memoria a través de la narración jurisprudencial*

En la doctrina también algunos autores apoyan esta lectura, que caracteriza a un grupo a primera vista político como un grupo nacional diferenciado dentro de un grupo nacional más amplio (Pacheco

³¹ Los argumentos retoman en buena medida aquellos desarrollados en otro voto particular del mismo juez adjunto a una sentencia anterior (TOCF n. 5 de Buenos Aires, caso Astiz, Alfredo Ignacio y otros (causa ESMA), causas reunidas n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, 28/12/2011), aunque en ese caso su voto se cerraba, en vez de con la aplicación de la categoría de genocidio, con una propuesta de *lege ferenda* para que el delito de genocidio en la legislación nacional incluyera a los grupos políticos entre los grupos protegidos. Los hechos enjuiciados reúnen distintos episodios delictivos ocurridos en la ESMA durante la dictadura y calificados como privaciones ilegales de libertad, tortura y malos tratos, homicidios y robos.

Estrada, 2006), admitiendo al mismo tiempo el auto-genocidio con la intención de destrucción parcial del grupo (Serrano Piedecabras, 2002; Gómez Benítez, 2000; en contra, Garrocho Salcedo, 2019; Gil Gil, 2015; Schabas, 2000; Feijoo Sánchez, 1999; Gil Gil, 1999). También se ha destacado que prácticamente todo genocidio moderno, a partir del Holocausto, tiene una naturaleza política en el fondo, más allá de la relevancia de elementos como la raza, la etnia, la nacionalidad y la religión, en la medida en que el objetivo detrás de la intención destructiva de determinados grupos es la transformación de una sociedad de conformidad con un proyecto político (Feierstein, 2013).

El aspecto novedoso de todas estas sentencias es que la referencia al delito de genocidio no produce efectos prácticos para la persecución penal, a diferencia de los precedentes españoles mencionados, donde servía de base para legitimar el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. En las sentencias argentinas que siguen este camino, en cambio, la calificación de los hechos como genocidio tiene una función puramente declarativa, en el sentido de que no se deriva de ella consecuencia alguna ni para la determinación de la pena, ni para la aplicación de un determinado régimen, en particular, de la regla de la imprescriptibilidad —que se garantiza acudiendo a otra categoría de crimen internacional, la de los delitos de lesa humanidad—.

En todos estos pronunciamientos, efectivamente, los hechos se subsumen en primer lugar en figuras delictivas comunes, como detención ilegal, tortura y asesinato, de las que se derivan la descripción de la conducta típica y el marco sancionatorio aplicable.

En segundo lugar, los hechos también se califican como crímenes contra la humanidad, al tomar en cuenta el contexto (un ataque masivo y sistemático contra la población civil) en el que se cometieron, y de esta etiqueta se deriva su carácter imprescriptible, lo que permite superar el obstáculo que supondría el paso del tiempo entre la realización de las conductas y la sentencia que determina las responsabilidades correspondientes y la consiguiente prescripción de los delitos. Encontramos aquí un mecanismo interpretativo muy interesante, pero en mi opinión criticable, que aparece con cierta frecuencia en la jurisprudencia iberoamericana y conocido como doble subsunción (Parenti, 2008; Malarino, 2009). De acuerdo con este mecanismo, los

hechos enjuiciados se subsumen al mismo tiempo en dos categorías delictivas diferentes: por un lado, los delitos comunes, que definen los elementos típicos y el marco sancionatorio aplicable, y que garantizan la conformidad con el principio de legalidad e irretroactividad —por estar tipificados por ley penal antes de la realización de los hechos—; por otro lado, los crímenes internacionales —en estos casos, específicamente los crímenes contra la humanidad—, que reflejan el mayor desvalor de la conducta derivado del especial contexto en el que se cometieron las conductas y, sobre todo, que permiten la aplicación del régimen especial de esta categoría, que prevé, entre otras cosas, la imprescriptibilidad.

La aplicación conjunta de estas dos calificaciones tiene un doble objetivo: por un lado, superar la declaración de prescripción de los delitos a la que llevaría la subsunción en los delitos comunes. Por otro lado, pretende evitar la vulneración del principio de legalidad —en su dimensión de irretroactividad— que supondría la categoría de los crímenes contra la humanidad, que fue tipificada en los ordenamientos internos en un momento posterior a los hechos. Los tribunales realizan por ende una “subsunción primaria de tipificación y sanción”, según las normas nacionales y a la vez una “subsunción secundaria de calificación” de acuerdo con las normas internacionales (Malarino, 2009).

Este mecanismo plantea varios problemas, que aquí se recuerdan solo brevemente (con más profundidad, véase Maculan, 2019): en primer lugar, no aclara la relación existente entre las dos figuras delictivas invocadas y termina creando por vía judicial una figura delictiva nueva, derivada de la combinación entre la nacional y la internacional, que se ha eficazmente definido como un delito con “cabeza de Jano” (Guzmán Dalbora, 2011, p. 213). En segundo lugar, la subsunción en la categoría de los crímenes contra la humanidad tiene que basarse en la aplicación directa de las normas internacionales, incluso consuetudinarias, pues esa figura no estaba tipificada en el ordenamiento interno en el momento de comisión de los hechos, y ello genera tensiones insalvables con el principio de legalidad penal en sus mandatos de *lex previa, scripta ac stricta* (Maculan, 2019).

Pero las sentencias argentinas a las que nos referimos dan incluso un paso más, porque a estas dos categorías delictivas añaden también el recurso a una tercera, que es precisamente el genocidio. Asistimos

por ende a una especie de *triple subsunción*, en la que este último paso no repercute en la condena ni en la imposición de la pena, sino que tiene únicamente un valor declarativo, bajo la idea de que hay una “*necesidad ética y jurídica* de reconocer que en la Argentina tuvo lugar un genocidio” (TOFC de la Plata, caso Etchecolatz, 19/09/2006, fundamento IV.b)³² y que los tribunales tienen que contribuir, con sus sentencias, a la construcción de una *narración* sobre los ocurrido y a “formar la memoria colectiva” (TOCF de San Luis, Caso *Fernández Gaez*, 14/04/2009, p. 447)³³.

Los tribunales se sienten investidos de una verdadera misión pedagógica, que de por sí integra una de las “funciones latentes” (Hassmer, 1995, pp. 23 ss.), simbólicas, que actúan en el trasfondo del Derecho penal y están dirigidas a un abanico de destinatarios mucho más amplio que el acusado. El fuero penal se ha considerado tradicionalmente como un lugar ideal para la reconstrucción del pasado y la elaboración de una narración y de una memoria compartida sobre el mismo: dos exigencias, estas, que se manifiestan con especial fuerza en el marco de sociedades inmersas en procesos transicionales y que se enfrentan al legado de experiencias de violencia colectiva. En estos contextos, la justicia penal pretende responder al “imperativo de decir” (Garapon, 1997, p. 149), de denunciar públicamente y en forma solemne los crímenes del pasado y sus responsables. Los tribunales se convierten en narradores de la experiencia de violencia, contando a menudo con “una fuerza expansiva capaz de colonizar otros espacios externos al jurídico, y terminan ejerciendo una influencia considerable en la percepción colectiva de determinados acontecimientos” (Lollini, 1999, p. 382, traducción libre).

Sin embargo, este fenómeno de “juridificación del pasado y de la memoria” (Lollini, 1999, p. 382) conlleva ciertos riesgos. En primer

³² De la misma manera, la sentencia Fernández Gaez habla de una “obligación moral y jurídica de reconocer que en la República Argentina entre los años 1976 y 1983 tuvo lugar una práctica sistematizada de exterminio de oponentes políticos que debo calificar como genocidio” (p. 438).

³³ Asimismo, el TOCF de La Plata afirma: “forma parte de aquella verdad que es la que en última instancia, junto con la sanción puntual de Von Wernich, permitirá seguir construyendo la memoria de las varias generaciones de víctimas” (caso Von Wernich, 9/10/2007, considerando V.3).

lugar, la asunción de esta tarea por parte del juez determina una expansión “externa” de su papel (Lollini, 2004, p. 223) y una invasión de espacios ajenos, propios de instancias extrajudiciales. Aunque la determinación de hechos realizada en el marco de un proceso penal contribuya sin duda, de manera indirecta, al conocimiento de la verdad sobre los crímenes³⁴ y a la memoria sobre ellos³⁵, no son estos los objetivos primarios a los que el proceso está dirigido. Sin poder detenernos sobre este punto, cabe aquí recordar la distinción entre la figura del juez y la del historiador y entre las formas de verdad (judicial e histórica, respectivamente) que los dos persiguen (Calamandrei, 1939, pp. 105-128; Ginzburg, 1991, pp. 16-21 y 88-90), así como la inaptitud del fuero penal para averiguar una verdad material, histórica, y para forjar (por sí solo) una memoria sobre los hechos (Pastor, 2013, p. 92 ss.; Damaska, 2008, p. 335-8).

En segundo lugar, la especial atención que en estas sentencias se dedica al mensaje que se pretende enviar a la sociedad conlleva el riesgo de deslizar, desde la función *comunicativa* intrínsecamente presente en el ejercicio de la acción penal, hacia una *función pedagógica* criticable, además de por su matiz moralizante, por su olvido de los límites y garantías del Derecho penal (Damaska, 2008, pp. 343 ss.). Este último persigue naturalmente el fin de prevención en una dimensión positiva integradora, es decir, desempeñando una función ejemplar y reeducadora, que confirma en la conciencia de los ciudadanos la vigencia de las normas que se han vulnerado al cometer el delito y los valores subyacentes a las mismas (Alcácer Guirao, 1998). Pero la fundamentación de la intervención punitiva con base en este fin general preventivo es aceptable a condición de que encuentre como contrapeso y límite el concepto de retribución y su corolario, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y el grado de responsabilidad del imputado, por un lado, y la respuesta punitiva, por el

³⁴ Sobre el proceso penal como instrumento de averiguación de la verdad, tema ya clásico en el Derecho penal y en la Filosofía del derecho, véanse entre muchísimos otros, Taruffo, 2015; Volk, 2007; Guzmán, 2006; y el siempre actual Ferrajoli, 1989.

³⁵ El papel que desempeña el Derecho penal en la construcción de una memoria sobre experiencias de violencia colectiva es un tema fascinante y muy debatido, sobre el cual se han escrito brillantes contribuciones. Véanse, entre otros: Rousso, 2016; Eiroa y Otero, 2008; Garapon, 2004; Osiel, 1997.

otro. Además, es imprescindible que la construcción de esa narrativa y del mensaje que se pretende enviar no se traduzca en una vulneración de los derechos y garantías del imputado/condenado —como, en los casos que estamos comentando, del principio de legalidad en su dimensión garantista—. De lo contrario, se abre la puerta a modelos procesales pre modernos e iliberales y a una reviviscencia del mecanismo sacrificial (Garapon, 1997, pp. 73-4).

2.3. Consideraciones críticas

La línea interpretativa de la jurisprudencia argentina descrita en las secciones anteriores no puede definirse realmente predominante: por un lado, los tribunales superiores en los mismos procedimientos, es decir, la Cámara Nacional de Casación Penal³⁶ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁷, no han reiterado esa declaración, confirmando solamente la doble subsunción de los hechos en figuras delictivas comunes y en los crímenes contra la humanidad, de la misma manera en que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo españoles no habían ratificado la subsunción de los hechos en el delito de genocidio en el caso *Scilingo* antes recordado. Con respecto a este último, el Tribunal Supremo español ha afirmado:

En cualquier caso, la señal identificativa del grupo a los efectos de establecer el objeto del propósito destructivo en el autor, necesariamente ha de ser una de las previstas en el tipo, es decir, nacional, étnica, racial o religiosa. Se ha planteado la posibilidad de aceptar divisiones o compartimentaciones dentro de un mismo grupo, generalmente con referencia al grupo nacional. Es cierto que el tipo contempla el propósito de destrucción total o parcial. Esta previsión podría entenderse de dos formas diferentes. En primer lugar, sería parcial porque, sin hacer distinción alguna entre sus miembros, las acciones no se dirigen directamente a la destrucción total del grupo, conformándose los autores con la destrucción

³⁶ CNCP, Sala I, caso *Etchecolatz*, 18/05/2007; CNCP, Sala I, caso Von Wernich, 27/03/2009, que desestimó el recurso por casación planteado por la defensa del imputado; CNCP, Causa Alonso, Omar y otro s/recurso de casación, 20/11/2013, que también desestimó el recurso.

³⁷ CSJN, caso *Etchecolatz*, 17/02/2009, que desestima el recurso extraordinario, al considerarlo basado en motivaciones que ya habían sido desestimadas en los precedentes Arancibia Clavel y Simón (ambos cit.); Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de hecho, 19/05/2010, que no admite el recurso por errores de forma.

parcial (aunque siempre sustancialmente significativa). En segundo lugar, sería parcial porque los autores toman tan solo una parte del grupo, que se diferencia del resto por otros elementos distintos de la nacionalidad.

La primera opción resulta más acorde con las exigencias derivadas del texto, que identifica los grupos con arreglo a criterios muy concretos. La segunda equivaldría en realidad a aceptar que la identificación del grupo cuya destrucción total o parcial se pretende se realiza mediante el empleo de criterios distintos de los típicos. En el caso del grupo nacional, la nacionalidad no sería útil para distinguir las dos partes del grupo (...) De esta forma, un grupo nacional no podría dividirse en dos o más grupos nacionales diferenciados entre sí con arreglo a criterios extraños al tipo. Esa forma de interpretar la norma conduciría a la irrelevancia de la inclusión de unos u otros grupos, en contra de lo que resulta del texto, dando lugar a una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo, y, por lo tanto, prohibida. (Tribunal Supremo Español, caso *Scilingo*, 1/10/2007, Fundamento Décimo).

Así mismo, un buen número de tribunales federales argentinos rechazan abiertamente la línea interpretativa arriba mencionada, dejando entrever los aspectos críticos de esa opción, y abogan por una lectura de la disposición más restrictiva y más acorde con el principio de legalidad³⁸. Así, por ejemplo, el TOFC de San Martín concluye:

La conducta no podía subsumirse en el tipo de genocidio del derecho penal internacional considerando a la víctima como integrante de un grupo nacional, por entender que ello implicaría asignarle a tal colectivo una significación que no es la que recoge el derecho internacional y, en tal inteligencia, la Convención contra el Genocidio. El derecho internacional con la expresión “grupo nacional” siempre se refiere a conjuntos de personas ligadas por un pasado, un presente y un porvenir comunes, por un universo cultural común que inmediatamente remite a la idea de nación (Caso *Riveros y otros*, 5/05/2011, pp. 282-3).

³⁸ No me detendré, en cambio, en la aplicación a la experiencia argentina de la categoría del grupo religioso, que no está reiterada en las sentencias mencionadas, y que constituye una patente analogía *in malam partem*, terminantemente prohibida por el Derecho penal (Gil, 1999). Pacheco Estrada coincide en que, aunque algunas víctimas fueron seleccionadas con toda probabilidad debido a su pertenencia a determinados grupos religiosos, o por no compartir la doctrina religiosa oficial del régimen, este criterio no fue determinante para identificar todas las víctimas de la criminalidad de Estado (Pacheco, 2006).

Y una sentencia del TOCF n° 2 de Capital Federal (caso *Miara, Samuel y otros*, 22/03/2011; *Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros*, 22/03/2011) afirma:

Nos parece importante destacar que a partir de la prueba producida en el debate, se ha podido establecer que los sujetos pasivos —las víctimas— constituyen un universo notablemente heterogéneo, desde el punto de vista de edad, sexo, ocupación, clase social, participación política o sindical, etc. [...] Es esta razón lo que nos lleva a concluir que el grupo perseguido no podía definirse nítidamente a partir de características apreciables objetivamente, y de este modo estaba conformado sobre la base de la subjetividad de los autores. Las víctimas no se podían reconocer a priori como posibles objetivos. Si afirmamos que por “grupo nacional” se puede entender una parte del cuerpo social, aunque sea parcial, se debería pretender que los integrantes tuvieran la misma nacionalidad. Ese no ha sido el caso en los hechos que juzgamos. Ha habido víctimas de varias nacionalidades. [...] A partir de la documentación incorporada a la causa, se puede concluir que integraban el grupo quienes se oponían a régimen militar. Es decir que, aunque sea a partir de la clasificación que hacían los autores, lo que los motivaba era un objetivo político. De esta forma se desplaza el eje del factor coaligante hacia la idiosincrasia política, que no está incluida en el texto del cuerpo legal (fundamento VI.A, “Genocidio”)³⁹.

Asimismo, la mayoría del TOCF n. 5 de la Capital Federal (*causa ESMA unificada*, 5/03/2018) en la más reciente sentencia sobre la macro-causa *ESMA* reconoció que las víctimas de la represión integraban “un universo notablemente heterogéneo” (p. 11113) que no cabe definir como grupo nacional. Pese a declarar que considera insuficiente la definición del delito adoptada por el Convenio de 1948, especialmente en lo que se refiere a la selección de los grupos protegidos, el tribunal concluye que está obligado a ceñirse a ella, sin poder ampliarla por vía judicial para incorporar a los grupos políticos⁴⁰.

A la misma conclusión llegan otras decisiones de varios tribunales federales argentinos, que igualmente rechazan calificar los hechos como genocidio, alegando que en la experiencia argentina las víctimas

³⁹ Aclarando que se está refiriendo al concepto jurídico de genocidio, diferente y más estricto que su correspondiente significado social.

⁴⁰ Recordemos que esta sentencia cuenta con un voto en disidencia del juez Obligado, en cuya opinión sí cabe calificar los hechos como genocidio (véase supra, sección anterior).

podían calificarse como grupo político, como tal no protegido por la norma internacional sobre genocidio, pero no como grupo nacional⁴¹. Acudir a este último concepto constituiría una analogía *in malam partem*, terminantemente prohibida por el principio de legalidad penal⁴² (Garrocho Salcedo, 2019, p. 558).

A la luz de lo anterior, cabe subrayar que el concepto de “nación” y “nacional”, con su carácter indeterminado, y ante el silencio del Convenio de 1948 y de sus trabajos preparatorios al respecto, se presta a lecturas diferentes e incluso contradictorias (Werle y Jessberger, 2014, p. 296; Schabas, 2000, p. 109), además de requerir el recurso a ciencias no jurídicas, como la historia, la sociología, la antropología, a pesar de ser “las opiniones en estos ámbitos tan variadas que parece imposible obtener un criterio único y definitivo” (Gil, 1999, p. 205). Sin embargo, el concepto de “nación”, que identifica a un “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común” (Real Academia Española, 2014), por muy indefinido que sea, se basa en algo más y algo diferente a una ideología política (o a la no adhesión a una determinada ideología política mayoritaria), que es el único rasgo común a las víctimas de la represión de la dictadura de las Juntas argentinas.

⁴¹ TOCF n. 1 de San Martín, caso Campo de Mayo, 21/05/2013, p. 234 y ss.; TOCF de Santa Fe, caso Brusa, Víctor Hermes y otros, 15/02/2010, p. 119 y ss.; TOCF de la Provincia de La Pampa, caso Iriart, Fabio Carlos y otros, 01/12/2010, p. 452 y ss.; TOCF n. 1 de San Martín, Caso Riveros y otros, 5/05/2011, pp. 282-3; TOCF de Neuquen, caso Reinhold, Oscar Lorenzo y otros, 1/02/2009, p. 500 y ss. (desarrollado sobre todo en el voto particular del juez Albrieu), confirmado en segunda instancia (CFCP, Causa Nro. 10.609, Sala IV, “Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación”, 13/02/2012); TOCF de Tucumán, caso Romero Niklison María Alejandra s/Su pedido, 31/03/2011, p. 110 y ss. (con voto en disidencia parcial del juez Villalobo, que sí considera probado que hubo una destrucción parcial de un grupo nacional); TOCF n. 1 de Córdoba, Videla, Jorge Rafael y otros y Menéndez, Luciano Benjamín, 22/12/2010, p. 295 y ss. (también este último cuenta con un voto en disidencia parcial que apoya la calificación de los hechos como genocidio de un grupo nacional).

⁴² Lo destacan las sentencias TOCF n. 1 de San Martín, caso Campo de Mayo, 21/05/2013, p. 239; TOCF de Santa Fe, caso Brusa, Víctor Hermes y otros, 15/02/2010, pp. 455-6; TOCF n. 1 de San Martín, Caso Riveros y otros, 5/05/2011 pp. 285; caso Reinhold, Oscar Lorenzo y otros, 1/02/2009, pp. 501-2.

En la experiencia argentina, el grupo contra el que se ensañó la represión dictatorial era muy heterogéneo en su interior, pues comprendía insurgentes, afiliados al partido comunista y al partido socialista, simples simpatizantes con ideologías de izquierdas en general, sindicalistas, estudiantes, hasta personas ajenas a actividades políticas que simplemente eran familiares o amigos de los supuestos “disidentes”. El único rasgo común a esta pluralidad de sujetos era, por ende, su oposición (real o supuesta) al régimen dictatorial, y en virtud de esto se les identificaba como subgrupo diferenciado dentro del más amplio grupo nacional argentino.

El grupo-víctima se identificaba por lo tanto por un carácter meramente negativo, es decir, que las víctimas eran seleccionadas por el simple hecho de que *no* encajaban en el proyecto de nación impuesto por el régimen, una opción, esta, que ha sido expresamente rechazada tanto por la Corte Internacional de Justicia como por los Tribunales penales internacionales (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia and Montenegro*, 26/02/2007, párr. 192 ss.; CPI, *caso Al Bashir*, 4/03/2009, párr. 135; TPIY, *caso Stakić*, 22/03/2006, párr. 22-23; *caso Tolimir*, 12/12/2012, párr. 735). Pero, además, este único rasgo distintivo tiene un carácter eminentemente político, que no coincide con los elementos que concurren a definir una nacionalidad (ni otro de los grupos protegidos contra el genocidio); al revés, las investigaciones sobre los crímenes de la dictadura han revelado que muchas víctimas ni siquiera eran de nacionalidad argentina, sino que procedían de diferentes países latinoamericanos o incluso europeos⁴³. El propósito de la represión militar era aniquilar las personas supuestamente disidentes, es decir, a un subgrupo dentro del más amplio grupo nacional argentino caracterizado por rasgos comunes *ajenos* al concepto de nación, etnia, raza o religión, y no un grupo nacional *como tal*, como requiere la norma sobre genocidio (Gil, 1999, p. 184).

⁴³ Puede tomarse como ejemplo el conocido caso de las dos monjas francesas (Alice Domon y Leonie Duquet), que fueron secuestradas junto con algunas Madres de la Plaza de Mayo en ocasión de una recaudación de dinero en una iglesia en diciembre de 1977, y que desaparecieron tras haber estado detenidas en la ESMA. Por estos dos asesinatos Alfredo Astiz fue condenado *in absentia* por un tribunal francés.

2.4. *Propuestas alternativas*

Ante la imposibilidad de aplicar la categoría del genocidio, los tribunales federales argentinos mencionados en la sección anterior han explorado dos caminos, posiblemente concurrentes. Por un lado, se han decantado por calificar los hechos como crímenes contra la humanidad, al considerar probado que las conductas delictivas se cometieron en el marco de un ataque masivo y sistemático contra la población civil (compartiendo la solución interpretativa sugerida, entre otros, por Schabas, 2000, pp. 119-120; Gil, 1999, pp. 188 y 191).

Esta categoría comparte con el genocidio la naturaleza de crimen internacional, lo que implica tanto la posibilidad de reflejar de manera más adecuada la especial gravedad y las macro-dimensiones del fenómeno delictivo analizado, como la aplicabilidad del correspondiente régimen especial, en particular, de la imprescriptibilidad. Así, por ejemplo, en el caso *Miara* (TOCF n. 2, 22/03/2011), se concluye:

Estos argumentos nos convencen de que los damnificados no fueron escogidos por formar parte de un “grupo nacional” que debía ser exterminado en tanto grupo como tal, sino que se les pretendió adjudicar a estas acciones significación política, constituyéndolos en “enemigos” del régimen dominante y esta caracterización del “enemigo” es lo que ha guiado las conductas que juzgamos, de forma que no es posible atribuir a los autores la intención de cometer genocidio, mientras que claramente corresponde adjudicarles el dolo de un delito de lesa humanidad (fundamento VI.A)⁴⁴.

Es cierto que la categoría de los crímenes contra la humanidad no valoriza la específica intención de destruir un grupo humano y que, además, como pone de manifiesto la sentencia *Astiz y otros* (TOCF n. 5 de Buenos Aires, causa *ESMA*, 5/03/2018, considerando VI.3, p. 1796), está configurada para proteger a los individuos y no a grupos humanos especialmente vulnerables. Sin embargo, esta solución permite evitar incurrir en una aplicación analógica de la figura delictiva de genocidio, contraria al principio de legalidad, aunque tampoco exenta de problemas.

⁴⁴ Y en la parte resolutive se confirma la calificación de los hechos “como constitutivos de crímenes de lesa humanidad” (parte resolutive, punto IV). Encontramos la misma solución en la sentencia *Riveros y otros*, cit., pp. 284-285.

Efectivamente, para calificar los hechos como crímenes contra la humanidad los tribunales argentinos deben acudir a las normas internacionales (escritas o incluso consuetudinarias, por medio de la alusión que el art. 118 de la Constitución argentina hace al derecho de gentes), pues esa categoría no se encontraba tipificada en el ordenamiento nacional en el momento de la comisión de los hechos. Esto supone a su vez una vulneración del principio de legalidad en su dimensión de irretroactividad, al menos si mantenemos el concepto estricto que de este principio recoge el sistema constitucional y penal argentino, al igual que los demás ordenamientos de tradición continental. Aun así, esta opción interpretativa me parece preferible a la expansión exagerada, por vía judicial, de los elementos constitutivos del delito de genocidio.

Por otro lado, algunas decisiones que rechazan la aplicación de la figura del genocidio hacen hincapié en la responsabilidad del legislador para adecuar la definición de este delito a la realidad actual de este fenómeno delictivo. Así, por ejemplo, la sentencia dictada en 2011 en la primera macro-causa *ESMA* (TOCF n. 5 de Buenos Aires, 5/03/2018, considerando VI.3) concluye:

En suma, en el caso que nos toca juzgar, el ataque estuvo dirigido a un grupo político que, justamente, no se encuentra abarcado en el ámbito de protección normativo, previsto en la Convención del año 1948. Precisamente por ello, y siendo conocedores privilegiados de la injusticia que significa este tipo de matanza, no quede abarcado bajo el concepto de genocidio, es que habremos de librar oficio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) *a efectos de que se solicite a los demás poderes del Estado* que, ante los organismos internacionales pertinentes, postulen la inclusión de la persecución política como causal de genocidio en la Convención respectiva (p. 1897).

La mayoría del tribunal, con un admirable reconocimiento de los límites de sus propias funciones, sugiere aquí un diálogo y una cooperación con el poder legislativo a fines de llenar la laguna de protección provocada por la ausencia de los grupos políticos en la disposición de ley que criminaliza el genocidio⁴⁵. Aun así, este llamamiento, que

⁴⁵ No obstante, cabe mencionar que el juez Farías, en parcial disidencia, considera que semejante propuesta de *lege ferenda* “constituye una opinión doctrinaria ajena a la competencia de este Tribunal”. *Ibidem*, p. 1898, voto parcialmente

permite respetar la separación de poderes estatales en la que se vertebra todo ordenamiento democrático, no resuelve todos los problemas planteados por los casos judiciales analizados, pues la modificación invocada tampoco permitiría calificar los hechos cometidos durante la dictadura como genocidio, a no ser que se quiera incurrir en una aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable, vulnerando así otra vertiente esencial del principio de legalidad.

En conclusión, aun cuando el legislador nacional acoja una sugerencia así planteada, la modificación a nivel legislativo no permitiría de por sí legitimar la subsunción de los hechos del pasado en la categoría del genocidio. El juez penal se sigue encontrando solo ante la encrucijada entre una calificación (y una respuesta penal) inadecuada para la fenomenología delictiva realmente ocurrida, por un lado, y una patente vulneración del principio de legalidad y de las garantías subyacentes a este, por el otro. Desgraciadamente, no parece posible encontrar una solución satisfactoria a esta aporía.

3. CONCLUSIONES

En esta contribución se ha querido analizar algunos aspectos de la incorporación y aplicación del delito de genocidio en los ordenamientos iberoamericanos, haciendo especial hincapié en la opción, seguida por muchos de ellos, de ampliar —bien por vía legislativa, bien por vía interpretativa— el número de grupos protegidos por la disposición que castiga este delito.

Tanto la regulación legislativa del delito de genocidio en los ordenamientos nacionales —y las “correcciones” en su caso aportadas por los jueces constitucionales—, como las interpretaciones elaboradas por la jurisprudencia de sus tribunales, apuntan a una primera conclusión bastante clara: la definición internacional del genocidio, invariada desde 1948 hasta hoy, especialmente con su limitación a los grupos étnicos, raciales, nacionales y religiosos, parece insuficiente e

disidente del juez Farías. La misma disidencia se manifiesta en la sentencia en el caso Astiz y otros (causa ESMA), cit., p. 1898, en la que el voto del juez ponente formulaba la misma propuesta de *lege ferenda*.

inadecuada para reflejar las múltiples y variadas manifestaciones que este crimen ha tenido a lo largo de la historia.

En segundo lugar, la jurisprudencia argentina y española analiza y confirma la dificultad extrema en ofrecer criterios claros y sólidos para definir los conceptos que identifican los grupos protegidos, especialmente el de “nación”, lo que induce a reflexionar sobre la oportunidad de acudir a ellos para determinar el alcance aplicativo de la figura.

En este sentido, cabe hacer un llamamiento, tanto a los legisladores nacionales, como a la comunidad internacional, para que emprendan una revisión de la definición de este delito. Quizás el primer paso debería ser aclarar con base en qué criterios se seleccionan los grupos protegidos: si la intención de los redactores del Convenio de 1948 era limitar la protección a los “grupos humanos estables y permanentes” (TPIR, *caso Akayesu*, 2/09/1998, párr. 652)⁴⁶, entonces quizás los grupos políticos no puedan encajar en la definición (Schabas, 2000, p. 113). Si, en cambio, el objetivo es garantizar una protección a todo grupo humano que se diferencie por algún rasgo específico que le convierta en diana de un intento destructivo, entonces la posible ampliación de los destinatarios de esta protección no solo puede incluir a los grupos políticos, sino que puede ser muchísimo mayor⁴⁷.

No es posible explorar aquí estas posibilidades definitorias —para ello se remite a otras contribuciones en este volumen—, pero quiero destacar que se trata de un replanteamiento necesario, que debería realizarse en ámbito legislativo y de las normas internacionales, sin dejarlo como tarea exclusiva del poder judicial. La asunción de responsabilidad por parte de los legisladores evitaría, efectivamente, las analogías *in malam partem* y las acrobacias argumentativas que los jueces a menudo realizan para aplicar la etiqueta de genocidio a

⁴⁶ La Sala del Tribunal utiliza esta fórmula para legitimar la inclusión en el alcance de protección contra el genocidio de grupos no expresamente previstos en la definición normativa, con una propuesta que permaneció aislada en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

⁴⁷ En esta línea, el legislador francés ha incluido en el objeto de protección del delito de genocidio a todo “grupo determinado en función de cualquier otro criterio arbitrario” (Art. 211-1 CP francés; traducción libre).

conductas que afectaron a grupos no contemplados por la definición normativa.

Por último, la insistencia con la que muchos tribunales pretenden calificar determinados hechos delictivos como genocidio, confirma el potente valor simbólico y didáctico —más que sus consecuencias a nivel de pena o de disciplina penal— que esta declaración conlleva, es decir, el “poder de la palabra” genocidio (Akhavan, 2006, pp. 1-11). A este respecto, quizás sea importante reflexionar, desde una perspectiva más amplia, sobre el papel de los tribunales penales en la creación de una narración (y memoria) oficial acerca de experiencias de violencia masiva, sobre los límites intrínsecos a la justicia penal en este ámbito y sobre los costes que esta operación puede tener para los principios y garantías en la esfera penal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Akhavan, P. (2012). *Reducing Genocide to Law. Definition, Meaning and the Ultimate Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alcácer, R. (1998). Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51(1), pp. 365 y ss.
- Bekou, O. (2012). Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level, *Journal of International Criminal Justice*, 10, pp. 677-691.
- Calamandrei, P. (1939). Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, XVII, pp. 105-128.
- Cassese, A., Gaeta, P. (2013). *Cassese's International Criminal Law* (3a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Chinchón, J. (2014). Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4(5), pp. 161-173.
- Damaska, W. (2008). What is the Point of International Criminal Justice? *Chicago-Kent Law Review*, 83, pp. 329-365.
- De Prada, J.R. (2014). La justicia universal, pasado, presente y futuro. *Tiempo de Paz*, 112, pp. 19-31.

- Eiroa, P., Otero, J.M. (eds.) (2008). *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires: Fabián Di Placido.
- Feierstein, D. (2004) *Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Al Margen.
- Feierstein, D. (2013). National Security Doctrine in Latin America. The Genocide Question. En Bloxham, D. y Moses, D.A. *The Oxford Handbook of Genocide Studies*. Oxford: Oxford University Press, pp. 489-508.
- Feijoo, B. (1999). El genocidio en el Derecho penal español. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 8, p. 559 ss.
- Ferdinandusse W.N. (2006). *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. The Hague: TMC Asser Press.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma: Laterza.
- Garapon, A. (1997). *I custodi dei diritti, Giudici e democrazia*. Milano: Feltrinelli.
- Garapon, A. (2004). *Crimini che non si possono punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*. Bologna: Feltrinelli.
- García Roca, J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y realidad constitucional*, 20, pp. 117-143.
- Garrocho, A.M. (2019). Lección 7ª. Delitos de genocidio. En Álvarez García, F.J. (Dir.). *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. V. Delitos contra el orden público (I). Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 546-586.
- Gil, A. (1999). *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos.
- Gil, A. (2015). Art. 607. En Gómez Tomillo, M. (Dir.). *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo VI. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 751-761.
- Ginzburg, C. (1991). *Il giudice e lo storico*. Milano: Feltrinelli.
- Gómez, J.M. (2000). El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 4, p. 151 ss.
- Guzmán, J.L. (2011). La giurisprudenza cilena di fronte ai crimini internazionali: come Giano bifronte. En Fornasari, G. y Fronza E. (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*. Trento: Dipartimento di Scienze Giuridiche, pp. 213-259.
- Guzmán, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hassemer, W. (1995). *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. En VV. AA., *Pena y Estado*, Santiago, pp. 23-36.

- Kabatsi, F. (2005). Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide. *International Criminal Law Review*, 5, pp. 387 y ss.
- Lollini, A. (1999). La Commissione Sudafricana per la Verità e la Riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra “ipertrofia della storia” e “ipertrofia della sentenza”. *Critica del diritto*, 2-3.
- Lollini, A. (2004). L’expansion “interne et externe” du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal. En Delmas-Marty, M.; Fronza, E.; Lambert-Abdelagawad, É. (eds.). *Les sources du droit international pénal. L’expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*. Paris, pp. 223-241.
- Malarino, E. (2009). Argentina. En Ambos, K. (coord.). *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis.
- Martin, F. (2009). The Notion of “Protected Group” in the Genocide Convention and its Application. En Gaeta, P. (Ed.). *The UN Genocide Convention*. Oxford: Oxford University Press, pp. 112 y ss.
- Martínez, A. (2015). *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*. Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- Ollé, M. (2019). *Crímen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Osiel, M. (1997). *Mass atrocity, collective memory and the law*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Pacheco, C. (2006). El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo, *Jueces para la democracia*. 55, pp. 48-58.
- Parenti, P. (2008). Argentina. En Ambos, K.; Malarino, E.; Elsner, G. (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Berlin-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, pp. 42 ss.
- Pastor, D. (2013). Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal. En Maculan, E. y Pastor, D. *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 92 ss.
- Rouso, H. (2016). *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*. Paris: Belin.
- Santalla, E. (2010). An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions. *International Criminal Law Review*, 10, pp. 441-452.
- Saul, B. (2009). The Implementation of the Genocide Convention at the National Level. En Gaeta, P. (Ed.), *The UN Genocide Convention*. Oxford: Oxford University Press, pp. 58 ss.
- Schabas, W. (2000). *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Schabas, W. (2016). Art. 6. Genocide. En von Triffterer, O. y Ambos, K. (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (3a ed.). München: C.H. Beck/Hart/Nomos, pp. 127-143.
- Serrano, J.R. (2002). El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet”. En Vv. Aa. *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, pp. 1505 ss.
- Taruffo, M. (2015). Verità e giustizia di transizione. *Criminalia*, pp. 21-50.
- van Schaack, B. (1997). The Crime of Political Genocide, Repairing the Genocide Convention’s Blind Spot. *Yale Law Journal*, 106, Pp. 2259 ss.
- Volk, K. (2007). *La verdad sobre la verdad*. Buenos Aires.
- Werle, G., Jessberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Wouters, J. y Verhoeven, S. (2005). The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide. *International Criminal Law Review*, 5, pp. 401-416.

Jurisprudencia nacional

Argentina

- Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina. (CNCP), Sala I. (18 de mayo de 2007). Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad, causa n° 7896, Reg. n° 10.488.1.
- CNCP, Sala I. (27 de marzo de 2009). Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación, causa n° 9517, Reg. n° 13.516.
- CNCP, Sala II. (20 de noviembre de 2013). Alonso, Omar y otro s/recurso de casación. Causa n° 14168 bis.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (CSJN). (17 de febrero de 2009). Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso extraordinario, causa n° E. 191. XLIII.
- CSJN. (19 de mayo de 2010). Von Wernich, Christian Federico s/recurso de hecho, causa n° 9517 (V. 411. XLV).
- Tribunal Oral Federal Criminal. (TOCF) n. 2 de Buenos Aires. (22 de marzo de 2011). Miara, Samuel y otros, causa n° 1668.
- TOFC n. 2 de Buenos Aires. (22 de marzo de 2011). Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros, causa n° 1673.
- TOCF n. 5 de Buenos Aires. (5 de marzo de 2018). Causa ESMA unificada. Causa n. 1282 y otras.
- TOCF n. 1 de Córdoba. (22 de diciembre de 2010). Videla, Jorge Rafael y otros y Menéndez, Luciano Benjamín, exptes. n° 172/09 y M-13/09.
- TOCF de La Pampa. (1 de diciembre de 2010). Iriart, Fabio Carlos y otros, causa n° 13/09.

- TOFC de La Plata. (19 de septiembre de 2006). Etchecolatz, Miguel Osvaldo. Causa n° 2251/06.
- TOCF n. 1 de La Plata. (9 de octubre de 2007). Von Wernich, Christian Federico. Causa n°. 2506/07.
- TOCF n. 1 de La Plata. (1 de diciembre de 2010) Alonso, Omar y Herzberg, Juan Carlos. Causa n° 2965/09.
- TOCF n. 1 de La Plata. (13 de octubre de 2010). Dupuy, Abel David y otros, s/homicidio, tormentos, privación ilegal de la libertad y otros, causa n° 2901/09.
- TOCF de Neuquen. (1 de febrero de 2009). Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/privación ilegal de libertad, expte. n° 666-F° 69-Año 2008.
- TOCF de San Luis. (14 de abril de 2009). Fernández Gaez, Miguel Ángel y otros, n° 1914-“F”-07-TOCFSL.
- TOCF n. 1 de San Martín. (5 de mayo de 2011). Riveros, Omar Santiago y otros, causa n° 2046 y su acumulada n° 2208.
- TOCF n. 1. (21 de mayo de 2013). Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros (campo de Mayo), causas N° 2047 y acumuladas N° 2426, 2257 y 2369 y Causa N° 2526 (“campo de Mayo”).
- TOCF de Santa Fe. (15 de febrero de 2010). Brusa, Víctor Hermes y otros, expte. n° 03/08.
- TOCF de Tucumán. (31 de marzo de 2011). Romero Niklison María Alejandra s/Su pedido, n° 401.118/04 y sus acumulados, causa n° 401.118/04

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia. (14 de febrero de 2001). Sentencia C-177/01.

España

- Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal. (4 de noviembre de 1998). Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de tortura, genocidio y terrorismo cometidos en Argentina (Recurso de Apelación 84/98 —Sección Tercera— Sumario 19/97-Juzgado Central de Instrucción n° 5).
- Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal. (5 de mayo de 1998). Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile (Recurso de Apelación 173/98 —Sección Primera— Sumario 1/98, del Juzgado Central de Instrucción N° 6).
- Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera. (19 de abril de 2005). Sentencia n. 16/2005, Scilingo, Adolfo (sumario 19/1997).
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (1 de octubre de 2007). Sentencia 798/2007, Scilingo, Adolfo, recurso casación n. 10049/2006 P, sentencia estimatoria parcial.

Juzgado Central De Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, juez Garzón. (2 de noviembre de 1999). Auto de procesamiento, sumario 19/97-L.

Guatemala

Corte de Constitucionalidad guatemalteca. (22 de febrero de 2011). Exp. 2242-2010, Recurso por inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión nueva.

Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. (10 de mayo de 2013). Ríos Montt et al., C-01076-2011-00015 of. 2°.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (28 de mayo de 1951). Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Opinión Consultiva.

CIJ. (11 de julio de 1996). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Preliminary Objections.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY. (22 de marzo de 2006). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-A.

TPIY. (12 de diciembre de 2012). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88-2-T.

Otras referencias

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua española*, Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=QBmDD68>.

Capítulo 7

El genocidio político en Ibero-América: particular atención a su desarrollo legislativo y jurisprudencial en Colombia

Lucía Carcano

INTRODUCCIÓN

El 13 de agosto de 1999, el periodista colombiano Jaime Garzón, famoso por sus programas de televisión y radio de crítica y sátira política, se dirigía en su carro a las oficinas de Radionet, en Bogotá, Colombia. A pocos metros de llegar a su destino lo detuvo un semáforo en rojo. En ese momento escuchó que alguien llamaba su nombre, eran dos individuos que se movilizaban en una motocicleta de cilindraje alto, quienes le dispararon seis veces. Jaime Garzón falleció en la escena (Angulo, 2018). La muerte de Garzón es solo una de las tantas muertes que resultaron de la persecución política que llevó a cabo las Autodefensas Unidas de Colombia en los años 1990, intrínsecamente relacionado con el exterminio del partido político UP que se dio en Colombia en la década de los 1980 y 1990. Garzón fue asesinado porque se pensaba que, al ser crítico del gobierno y ayudar a realizar negociaciones con la guerrilla marxista FARC-EP, pertenecía a un grupo político que debía de ser exterminado (Semana, 2016).

Al estudiar casos como el de la UP en Colombia o el proceso de Reorganización Nacional en Argentina, nos encontramos con hechos que se asemejan a la definición tradicional de Genocidio. Sin embargo, al sopesar estos hechos con la tipificación de este crimen en el derecho internacional nos enfrentamos a la aparente atipicidad de los

* La autora expresa especial agradecimiento a Joel F.M. Ramírez y Laura Mahecha por su decidida colaboración en el levantamiento de los datos necesarios para el desarrollo de este capítulo.

hechos debido a que a pesar de que los actos como tal se encuadran en la definición de la Convención contra el Genocidio de 1948, los grupos atacados en Colombia o Argentina no concuerdan *prima facie* con aquellos determinados en la Convención.

Este texto tiene por fin exponer cuales han sido los aportes de los Estados Ibero-americanos respecto al denominado Genocidio Político. Si bien es claro que el grupo político no se ha reconocido en los tratados internacionales que regulan el crimen de Genocidio, nos concentramos en hacer un barrido en estos Estados para saber si hay contribución. Para hacer esto (i) se llevará a cabo un análisis estructurado de cómo se ha desarrollado el genocidio en la legislación y la jurisprudencia de América Latina; y (ii) se realizará a continuación un análisis específico de como se ha desarrollado el denominado genocidio político en Colombia; para así (iii) definir cuáles son los aportes al derecho internacional en esta materia.

1. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS

La historia reciente de Ibero América ha estado transversalmente marcada por la represión masiva hacia grupos políticos de oposición. Desde Franco en España hasta Videla en Argentina, los gobiernos autoritarios de Ibero América persiguieron, arrestaron, torturaron y desaparecieron a miles de integrantes de grupos políticos *subversivos*. Tal fue la normalización de esta práctica que se hizo también a nivel transnacional como sucedió con el Plan Cóndor en el Cono Sur o con la muerte de Orlando Letelier, un opositor chileno quien fue asesinado en Washington por la DINA.

En los procesos de democratización que se dieron en la región en los años 1990, se comenzó a hablar de Genocidio como una forma de describir el fenómeno de la eliminación sistemática de aquellas personas que pertenecieran a grupos políticos que no siguieran los lineamientos sociales creados por los gobiernos militares o autoritarios que se encontraban en el poder. La popularización de este término para describir lo sucedido bajo las dictaduras y el vacío normativo respecto a la eliminación de grupos políticos como un tipo de Genocidio, provocó que se buscara llenar ese vacío, ya sea a través de jurisprudencia nacional, o a través de nuevas leyes penales.

La mayoría de los países Ibero-americanos¹ han incluido el tipo penal de genocidio en sus Códigos Penales vigentes, a excepción de Argentina, Chile, Portugal y Venezuela. Así mismo, es importante aclarar que, si bien Panamá y Uruguay no recogen expresamente el delito de genocidio, si tienen artículos en sus códigos penales (concretamente el Artículo 21 del panameño y los Artículos 2 y 9 del uruguayo), que integran disposiciones del derecho internacional penal, incluida la definición de genocidio, a sus ordenamientos jurídicos nacionales².

Además de establecer la protección de los grupos reconocidos internacionalmente (etnia, raza, nacionalidad y religión), los códigos penales de Ecuador³, Nicaragua⁴, Colombia⁵, y Costa Rica⁶ incluyen

¹ Estos son Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Salvador, Uruguay, Venezuela, siendo un total de 21 países.

² En el caso del Código Penal del Uruguay, el Art. 2 reconoce de forma general los crímenes internacionales reconocidos en el Art. 5 de Estatuto de Roma.

³ “La persona que, de manera sistemática y generalizada y con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, religioso o político, realice cualquiera de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años” Artículo 79 Código Penal de la República de Ecuador.

⁴ “Se impondrá de veinte a veinticinco años de prisión, a quien con el propósito de destruir total o parcialmente a un determinado grupo de personas, por razón de su nacionalidad, grupo étnico o raza, creencia religiosa o ideología política, realice algunos de los siguientes actos: Causar la muerte a uno o más miembros del grupo; Lesionar gravemente la integridad física o psíquica, o atacar contra la libertad, o integridad sexual de uno o más miembros del grupo; Someter a uno o más miembros del grupo a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física, total o parcial; Llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros o imponer medidas destinadas a impedir su reproducción, dificultar los nacimientos en el seno del grupo o desplazar con violencia a los niños, niñas o adolescentes del grupo a otro distinto”. Artículo 484 Código Penal de Nicaragua.

⁵ “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses”. Artículo 101, Inc. 1 Código Penal Colombiano.

⁶ “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres

en su definición de genocidio a los grupos políticos. Por su parte, los códigos penales de Paraguay⁷ y Perú⁸, si bien no mencionan el grupo político al definir el delito de genocidio, sí incluyen a los grupos sociales, que pueden constituir una categoría más amplia dentro la que se cobijen los grupos políticos. Sin embargo, a excepción de Colombia, las definiciones incorporadas en los mencionados ordenamientos jurídicos no han sido desarrolladas jurisprudencialmente, por lo que aún no es claro cómo estos países van a demarcar estos grupos, y cómo van a diferenciar el genocidio cometido contra grupos políticos del crimen de lesa humanidad de persecución por motivos políticos.

Además, países como Argentina, cuya legislación interna no recoge el delito de genocidio, ha desarrollado jurisprudencialmente este último al calificar como genocidio el denominado Proceso de Reorgani-

humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien: 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos; 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen; 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y 4) Traslada, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos” Artículo 375 del Código Penal de la República de Costa Rica.

⁷ “El que, con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social: matara o lesionara gravemente a miembros del grupo; sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente; trasladara, por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual; imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres; impusiera medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo; y forzara a la dispersión de la comunidad, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años”. Artículo 319 del Código Penal Paraguayo.

⁸ “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: 1. Matanza de miembros del grupo. 2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo. 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial. 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. 5. Transferencia forzada de niños a otro grupo”. Artículo 319 Código Penal de la Republica de Perú.

zación Nacional. Así, en los casos *Vargas, Antonio Orlando y otros*⁹, *Von Wernich*¹⁰, *Etchecolatz*¹¹ y *Circuito Camps*¹², se reconoce, a pesar

⁹ La causa contra los oficiales del ejército Antonio Orlando Vargas, José Eduardo Bulgheroni y Mariano Rafael Braga se judicializó en el 2013 por la desaparición de varios estudiantes en las ciudades de Tumbaya, y San Salvador de Jujuy, así como la serie de delitos denominados Noche del Apagón, una serie de apagones eléctricos promovido por la dictadura cívico militar en la región de Jujuy con la finalidad de poder secuestrar alrededor de 400 personas entre el 20 y 27 de julio de 1976. “La comprensión histórica de esa oscura etapa, pudo explicitarse cuando se consolidó la expulsión de las fuerzas armadas como factor de poder y grupo de presión remanente vencidas en su pretensión mesiánica y en su pertinaz protagonismo social. Acendrada en la sociedad la defensa de los derechos humanos, primó la conciencia de que el proyecto cívico militar del 76 había sido un depredador político-económico que cometió un genocidio con la finalidad de *destruir a un grupo nacional* como tal y en pro de su exclusivo beneficio”. (subrayado por autores) Causa n° 76000073/2011 TOF Jujuy, “Vargas, Antonio Orlando y otros s/privación ilegal de libertad, imposición de tortura, homicidio agravado por alevosía y por el concurso de dos o más personas.

¹⁰ La Sentencia de la Causa contra Christian Federico Von Wernich, un sacerdote condenado por su participación en las tortura y desaparición de alrededor de 40 víctimas establece la existencia de un Genocidio contra un grupo político que se identifica dentro de un grupo nacional, sin embargo, el aspecto más relevante de la sentencia no es la caracterización del genocidio sino la caracterización general de los hechos ocurridos en argentina como un Genocidio. Frente a esto la sentencia aduce “Surgen de lo desarrollado las principales razones por las que se afirmó en el fallo que los delitos por los que se condenó” a Von Wernich eran de lesa humanidad y cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en nuestro país entre los años 1976 y 1983” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de La Plata, 2007).

¹¹ “Todos estos, delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983”. Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de La Plata (19 de septiembre de 2006). El caso es particularmente relevante para esta investigación puesto que dentro de la argumentación de la sentencia se hace una cronología de los hechos que derivaron en la exclusión de los grupos políticos en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, luego de la cual se concluye: “En esta nueva redacción, se aprecia que tanto los grupos políticos como las motivaciones políticas quedaron excluidas de la nueva definición. Se abrió a partir de allí y especialmente respecto de lo sucedido en nuestro país durante la dictadura militar comenzada en 1976, una interesante cuestión acerca de si las decenas de miles de víctimas de aquel terrorismo de Estado integran o no el llamado grupo nacional al que alude la Convención. Entiendo que la respuesta afirmativa se impone, que no hay impedimento para la categorización de genocidio respecto de los hechos sucedidos en nuestro país en el período en cuestión, más allá de la calificación legal que en esta

de los motivos políticos que informaron el mencionado Proceso de Organización Nacional, la existencia de un delito de genocidio contra un grupo nacional durante la Dictadura de la Junta Militar. Esta postura no es, sin embargo, uniforme en la jurisprudencia argentina, como lo muestra el caso Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán, en el que se rechaza la existencia de un genocidio porque la persecución fue cometida contra grupos políticos, y estos no están protegidos por la definición internacional del genocidio¹³.

A diferencia de Argentina, en México y en España el debate sobre el genocidio político se ha intentado tener judicialmente sin muchos

causa se haya dado a esos hechos a los efectos de imponer la condena y la pena”. (Tribunal Oral Federal de la Plata, 2006) (Subrayado fuera de texto original).

¹² Esta Mega causa que involucra cinco imputados trata sobre los hechos cometidos en la prisión Circuito Camps en Buenos Aires, la sentencia no solo hace un paralelo entre lo ocurrido en Argentina y lo ocurrido en la Alemania Nazi, sino que menciona como “Sin embargo, en nuestro país los golpistas le dieron al genocidio un sello propio. A través del aniquilamiento del opositor se pretendió refundar la sociedad para dar a luz a una nueva (...) A partir de la dictadura de 1976, comienza otro genocidio, el que tenía por objetivo el aniquilamiento de un nuevo enemigo, el *subversivo*” (Subrayado en el texto original) (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de La Plata, 2013).

¹³ La causa Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán trata sobre los delitos cometidos en las prisiones clandestinas “Jefatura” y “Arsenal” sobre todo lo referente a 228 víctimas de homicidio, tortura y desaparición Forzada. En la sentencia se especifica que “Este Tribunal reconoce que el grado de reproche de los delitos cometidos contra las víctimas es el mismo que el que merecen las acciones que tipifican el delito internacional de genocidio previsto por la Convención contra el Genocidio y en este sentido configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente *genocidaires* en el marco de una definición no jurídica del genocidio pero, por las consideraciones ut supra expuestas, entiende que las víctimas no pueden incluirse en ninguno de los grupos que tipifican la figura. Todo ello sin perjuicio de considerar que sería altamente recomendable que tuviera lugar una enmienda formal de la CONUG que incluya a los grupos políticos, el desarrollo de una jurisprudencia internacional que de modo concluyente decida su inclusión, la incorporación del delito de genocidio por una ley argentina que incluya a los grupos políticos reconociendo jurídicamente la especificidad de los *politicidios* y el reproche como genocidios que merecen o el desarrollo jurisprudencial en el orden local que explícitamente los incluya. Tales estrategias permitirían especialmente en Latinoamérica resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo”. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 2014).

frutos. En México el código penal federal no hace mención a los grupos políticos en la definición de genocidio¹⁴, pero esto no impidió que se intentara judicializar al expresidente Luis Echavarría Álvarez por genocidio por los hechos de violencia cometidos contra opositores políticos en la Masacre de Corpus Christie o el Halconazo¹⁵. Sin embargo, esta imputación no tuvo mayor recorrido porque el caso fue archivado por temas de irretroactividad de la norma penal (Tribunal Federal, 2006).

En España también se intentó desarrollar jurisprudencialmente el genocidio contra grupos políticos, como lo muestra el hecho de que el Tribunal Constitucional en el caso *Pinochet* determinara frente a la definición de la Convención contra el genocidio que “el silencio (del grupo político) no equivale a exclusión indefectible” (Audiencia Nacional, 4/11/1998). Además, en el caso contra *Scilingo* (oficial de la marina argentina) por la muerte de 30 personas y la detención ilegal y tortura de otros cientos, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechaza la existencia de un concurso real entre crímenes de lesa humanidad, terrorismo y genocidio al considerar que

En el momento actual, y recalamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal. Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que, como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. *La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “auto genocidio”, es decir la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología.* Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superrestringida y restringida del delito de genocidio en el

¹⁴ “Comete el delito de genocidio el que, con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo”. Artículo 149 bis del Código Penal Federal.

¹⁵ La Masacre de Corpus Christie o El Halconazo hace referencia a la represión violenta que recibió una manifestación estudiantil en Ciudad de México el 10 de junio de 1971. La represión la llevó a cabo un grupo Paramilitar denominado Los Halcones, se estima que 120 personas perdieron su vida.

momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio. Sobre este tema se volverá con posterioridad. (Sentencia de la Audiencia Nacional de lo Penal, caso Scilingo, 19/04/2005). (Subrayado fuera de texto original).

El Tribunal en segunda instancia mantiene esta postura y reitera que “En el caso, no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo” (Tribunal Supremo Sala de lo Penal, 2006). Sin embargo, en este caso el voto disidente del magistrado Joaquín Giménez García establece una interpretación alternativa al especificar que, debido a la ambigüedad de los grupos nacionales, se tendría que tener los grupos políticos nacionales como grupos protegidos. En su opinión:

Ante la ausencia de definición legal, la interpretación que se propugna sólo hubiera llenado un vacío ante la ausencia de una definición aceptada en sede internacional. *Hoy día, la realidad de los movimientos migratorios que han adquirido un carácter global, ha convertido el término nacional en algo escasamente identificador porque si por grupo nacional se entiende a las personas que tienen un mismo origen, se debe convenir que hoy no es así.* La común nacionalidad se predica hoy de personas nacidas en distintos y lejanos lugares, de etnias y culturas muy diferentes. Evidentemente, el término “grupo nacional” es un elemento normativo del tipo de Genocidio, pero dada su vaguedad es, debe ser, la jurisprudencia del país concernido quien debe fijarlo, y, en concreto aquel Tribunal que por su situación en el organigrama judicial le corresponde la determinación del contenido de la norma. En definitiva, es la interpretación judicial de la norma efectuada por el Tribunal Supremo quien fija el contenido de ella, ante las vaguedades u oscuridades que ofrece el texto legal. En este punto es de obligada cita el art. 1-6º del Código Civil que le concede a la jurisprudencia la labor de completar el ordenamiento jurídico, y todo ello, insisto, sin riesgo de incidir en una interpretación analógica extensiva. (Tribunal Supremo Sala de lo Penal, 2006). (Subrayado fuera de texto original).

Posteriormente, Baltazar Garzón intentó iniciar un caso por genocidio en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura de

Franco. Sin embargo, terminó siendo archivado debido a la muerte de los posibles investigados.

2. PARTICULARIDADES DEL CASO COLOMBIANO

El caso colombiano trae un interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto al crimen de genocidio contra grupos políticos. Por un lado, el artículo 101 del Código Penal integra dentro de la tipificación del delito de genocidio el grupo político¹⁶. Esto es el resultado de los hechos vividos en Colombia entre los años 1984 y 2000 en el que los grupos paramilitares, y en algunos casos fuerzas gubernamentales, persiguieron sistemáticamente a los miembros del Partido político UP (Cepeda, 2006). Tal fue la violencia de esta persecución que alrededor de cinco mil personas fueron asesinadas, incluyendo dos candidatos a la presidencia y varios miembros del Congreso (Cepeda, 2006).

Jurisprudencialmente, existen dos sentencias que desarrollan la definición de genocidio político. La primera fue dictada en el caso conocido como *la Masacre de Segovia – Antioquia*¹⁷, en el que se acusa a Cesar Pérez García como determinador de los homicidios ocurridos en dicha masacre como parte del genocidio de los miembros de la UP. La Corte Suprema de Justicia, que conoce el caso en única instancia al referirse a un miembro del Congreso al momento de producirse hechos, afirma en auto de 2010 lo siguiente:

¹⁶ Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, *por razón de su pertenencia al mismo*, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

¹⁷ La Masacre de Segovia sucedió el 11 de noviembre de 1988 en Segovia, Antioquia, en el norte de Colombia. 46 personas murieron y 45 personas resultaron heridas. Fue una de las Masacres “con lista en mano” en la que el grupo paramilitar de Fidel Castaño buscó eliminar a los militantes de la Unión Patriótica que habían logrado puestos en las elecciones pasadas (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015).

Lo primero, se ha dicho hasta el momento que el crimen de genocidio se positivizó a nivel internacional con la suscripción y entrada en vigor de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, en la cual se consagran unas razones por las cuales el mismo se puede cometer; esto es, “con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, pero *no se estableció la pertenencia a un grupo “político”, razón por la cual se presenta, en principio, un grave impedimento para predicar la existencia de un genocidio* cuando el mismo se comete con la intención de atacar un grupo o a un miembro del mismo con dichas calidades o por la pertenencia a aquél.

Al respecto deben recordarse las reglas de interpretación de los tratados internacionales consagradas en la Convención de Viena de 1969, aprobada por la Ley 32 de 1985, ratificada el 10 de abril de 1985 y en vigor para Colombia desde el 10 de mayo de 1985, donde se estableció que *los tratados internacionales constituyen los parámetros generales y mínimos de protección de derechos y de los principios de derecho internacional*, los cuales deben ser desarrollados de forma específica por cada uno de los Estados, lo que no es óbice para ampliar el umbral de aplicación cuando, de forma general, se cumplen todos los requisitos que en dichos Tratados y Convenios se han determinado.

Lo anterior se traduce, para efectos de los crímenes de especial connotación internacional, en que la categorización o denominación que se le dé a un específico grupo no es lo determinante para la adecuación típica como crimen de tal juez (sic), sino *la finalidad de destruir el mismo o a alguno de sus miembros por el hecho de pertenecer a aquél, razón por la cual, si al momento de hacer la tipificación se puede determinar que se reúnen todos los requisitos para predicar que se presenta una “conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros”*, es fácilmente colegible que constituye un delito de lesa humanidad. (Corte Suprema de Justicia, 13/05/2010, pp. 61-63). (Subrayado fuera del texto original)

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia considera que lo que configura el tipo penal es la destrucción de un grupo capaz de ser identificado por un atributo específico, sin importar cuál sea éste. Esta postura es similar a la planteada por la Corte Constitucional en diferentes oportunidades, al centrarse en la intención de destruir un grupo como factor decisivo del delito por encima de la definición de los grupos¹⁸.

¹⁸ Al respecto Vid. Corte Constitucional Colombia (2000) Sentencia C-878/00. Corte Constitucional Colombia (2005) Sentencia C-148/05. Corte Constitucio-

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en auto de 2011, afirma que, para evitar entrar en colisión con el principio de irretroactividad de las normas penales (el delito de genocidio político es reconocido en la legislación colombiana en el año 2000 y por tanto no puede imputarse por hechos ocurridos en el 1988), es posible incluir el genocidio dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad (mostrando la parte resolutive solo una acusación por crímenes de lesa humanidad) (Corte Suprema de Justicia, 2010)¹⁹.

Si bien socialmente se reconoce la muerte de todos aquellos miembros que fueron miembros de la UP o de movimientos de oposición como genocidio, en el caso de la *Masacre de Segovia* no es explícita la razón por la cual no se puede seguir adelantando la imputación por genocidio. Esto queda debidamente explicado en la Sentencia de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá en el caso de Bloque Bananeros contra Hebert Veloza García²⁰ (Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz, 30/10/2013). En este caso la Sala de Justicia y Paz estudia el actuar del Bloque en la Región Bananera de Urabá, haciendo principal énfasis en persecución de miembros de la UP. La Sala entiende el genocidio político de la siguiente forma:

En el caso del genocidio político se puede identificar un elemento fundamental que configura la especificidad de esta persecución sistemática, la intencionalidad de los autores de la cadena de acciones criminales de exterminar al grupo político, o al menos de expulsar de la vida pública democrática a sus miembros o simpatizantes (forzarlos al exilio, una manera de salvaguardar la vida). (Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz, 30/10/2013, párr. 1057)

Dentro del análisis jurídico del delito, la Sala realiza un estudio de los hechos sucedidos en el Norte del país para determinar la adecua-

nal Colombia (2009) Sentencia C-488/09. Corte Constitucional (2001) Sentencia C-177/01.

¹⁹ Si bien en el auto en la parte considerativa se menciona el homicidio agravado y el concierto para delinquir, no es mencionado en la parte resolutive. Esto se da con el fin de establecer la pena a partir del Código Penal de 1980.

²⁰ Hebert, alias HH, Veloza Garcia, es un ex paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia. Veloza fue el comandante del Bloque Bananero y posteriormente del Bloque Calima. Previo a su extradición confesó la comisión de alrededor de 3000 crímenes incluyendo varias masacres.

ción típica de los mismos. En esa medida encuentra que hubo una serie de ataques organizados con la finalidad de destruir este partido político y las demás organizaciones que se vincularan al mismo (Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz, 2013, parrs. 963 y 972). Precisamente dentro del estudio de la adecuación típica de los hechos es cuando la sentencia realiza el mayor aporte a la comprensión del delito de genocidio en el derecho internacional, exponiendo que:

Se puede afirmar de forma general que [un grupo político] es una asociación de individuos unidos por una ideología común, que persiguen como meta alcanzar el control del gobierno para administrar el Estado o parte de él, para aplicar su ideología en la construcción de ese Estado. Los partidos políticos también participan en la organización de la labor legislativa, articulan y agregan nuevos intereses y preferencias de los ciudadanos, generalmente obedecen a líneas programáticas en los cuales enmarcan sus intereses socio económicos y políticos (Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz, 30/10/2013. Párr. 1059)

Si bien la sentencia define en qué consiste el grupo político, la definición dada por la Sala de Justicia y Paz hace poco para solucionar los problemas que se plantearon con los grupos políticos como consecuencia de su exclusión de la definición de la Convención de 1948. La propuesta presentada por el Comité de redacción de la Convención no incluía a grupos políticos puesto que, para algunos de los académicos como Raphael Lemkin, estos grupos no contenían la estabilidad y continuidad en el tiempo de la que sí gozaban los grupos nacionales, raciales o religiosos. Esta posición no fue unánime y otro de los expertos, como Henri Donnedieu de Vabres, alegaron, por el contrario, que la exclusión de los grupos políticos podía convertirse en una justificación a la hora de su exterminio (Cooper, 2008). Al final, la postura de Lemkin primó y los grupos políticos se descartaron sobre la base de la ausencia de estabilidad y continuidad.

La definición de grupos políticos adoptada por la Sala de Justicia y Paz no entra a resolver las dudas presentadas por Lemkin y algunos representantes estatales en 1948, sino que se queda con una definición tradicional de partido político, que, si bien es aplicable al caso de la UP, no incluye, por ejemplo, el asesinato sistemático en los últimos 5 años de líderes sociales en Colombia, donde las víctimas comparten rasgos de una ideología común, pero no son miembros de un mismo partido político.

Además, a pesar que la Sala desde un comienzo deja claro que los hechos que se investigan sí constituirían el tipo penal de genocidio, no es posible aplicar este último sin infringir el principio de irretroactividad de la norma penal. Esto se debe a que el genocidio político no está reconocido en el derecho internacional, y a nivel nacional sólo se incluye en el Código Penal a partir del año 2000. De esta manera, se reconoce jurisprudencialmente la comisión de un delito de genocidio por motivos políticos, pero el imputado es condenado solamente por delitos ordinarios, toda vez que el reconocimiento del crimen internacional sirve sólo para justificar la no prescripción de la acción penal:

Así las cosas y ante la situación fáctica presentada por la Fiscalía 17 de Justicia y Paz en cada uno de los casos legalizados por la Sala, así como por el análisis realizado por los documentos y sentencias, tanto de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se pudo evidenciar que la persecución y ataques sufridos por los miembros o simpatizantes de la Unión Patriótica, tienen las características de un genocidio de tipo político, *pero como quiera que esta conducta no se encontraba tipificada para la época de estos hechos, éstos se legalizaron como homicidios en persona protegida*. (Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz, 2013, párr. 1064)²¹. (Subrayado fuera de texto original)

3. CONCLUSIÓN

El grupo político ha sido desde la creación de la Convención contra el Genocidio tema de debate. Si bien se terminó excluyendo al grupo político de la protección de la Convención, y los tribunales internacionales han aplicado el delito de genocidio exclusivamente en relación con grupos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, no es menos cierto que los grupos establecidos en la Convención siguen teniendo una cierta volatilidad que permite desarrollar nuevas inter-

²¹ Es importante anotar que el término “legalizar” en el procedimiento de Justicia y Paz significa que por la aceptación de hechos y su tipificación penal del acusado, él pueda recibir los beneficios que este mecanismo especial de justicia transicional otorga. Adicionalmente, para el momento que se emitió la sentencia al lector, si bien el término el tipo penal “Homicidio en Persona Protegida” se configura también en el Código Penal Colombiano de 2000, este tipo penal ya estaba regulado en normatividad del DIH, luego si existe norma jurídica que hace posible establecer la condena por este tipo penal.

pretaciones. Un ejemplo de esta situación es la utilización del atributo de la participación política para establecer diferenciaciones dentro de un mismo grupo nacional.

Existe además una tendencia en Ibero América hacia el reconocimiento de los grupos políticos como grupos protegidos por el delito de genocidio. Cuatro países de la región (Ecuador, Nicaragua, Costa Rica y Colombia) reconocen en su legislación el delito de genocidio en relación con los grupos políticos. Dos más, Paraguay y Perú, recogen una definición más amplia de genocidio social, que eventualmente podría cobijar también a los grupos políticos. Finalmente, Argentina, España y México han reconocido jurisprudencialmente, de una u otra manera, que los grupos políticos pueden ser también objeto de protección por el delito de genocidio.

REFERENCIAS

Doctrina

- Angulo, G. (2018). Así recibió Yamit Amat y el equipo de Radionet la noticia del asesinato de Garzón. *La Silla Vacía*. Disponible en: <https://www.las2orillas.co/asi-recibio-yamit-amat-y-el-equipo-de-radionet-la-noticia-del-asesinato-de-garzon/>
- Cepeda, I. (2006). Genocidio Poítico el Caso de la Unión Patriótica. *Revista CEJIL*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24797.pdf>
- Cooper, J. (2008). *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*. Palgrave Macmillan.
- Kirsch, S. (2013). The Social and the legal concept of genocide. En Behrens, P. y Henham, R. (eds.) *Elements of Genocide*, Routledge.
- Nersessian, D.L. (2010). *Genocide and Political Groups*. Oxford: Oxford University Press
- Schabas, W.A. (2000). *Genocide in international law: the crimes of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press
- Schabas, W.A. (2009). *Genocide and International Law. The Crimes of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Young, I.M. (2000) *La Justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Cátedra.

Jurisprudencia Nacional

Argentina

- Tribunal Oral Federal de Jujuy. (2011). Causa n° 76000073/2011.
Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.° 1 de La Plata (2007). Causa No 5.812.677
Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.° 1 de La Plata (2006). Causa No. 5.124.838
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán (2014). Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones (Acumulación Exptes. A – 36/12, J – 18/12 y 145/09)”,
Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de La Plata (2013). Causa No. N° 2955/09

Colombia

- Corte Suprema de Justicia. (13 de mayo de 2010). Radicado 33118.
Corte Suprema de Justicia. (14 de marzo de 2011). Radicado 33118.
Corte Suprema de Justicia. (15 de mayo de 2013). Radicado 33118.
Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz (30 de octubre de 2013). Radicado 110016000253-2006-810099.

España

- Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección 3ra (4 de noviembre de 1998). Auto.
Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2nda (1 de octubre de 2007). Sentencia 798/2007.
Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ra (19 de abril de 2005). Sumario 19/1997.

Otras referencias

- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). Silenciar la Democracia: las masacres de Remedios y Segovia 1982-997. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2011/silenciar-democracia-edicion2-2015.pdf>
Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948.
Naciones Unidas. Asamblea General. (1945). El crimen de Genocidio. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/es/A/RES/96(I))
Revista Semana (2016). ¿Quiénes Asesinaron a Jaime Garzón? *Revista Semana*. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/jaime-garzon-fiscalia-dice-que-asesinato-fue-un-crimen-de-estado/464765>

Capítulo 8

La aplicación del delito de genocidio por la jurisdicción nacional de Guatemala en el caso Ríos Montt

Elisenda Calvet

INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL CONFLICTO ARMADO (1960-1996)

Guatemala sufrió un conflicto armado interno entre 1960 y 1996 en el cual se produjeron unas 200.000 muertes y cerca de 45.000 personas desaparecidas, siendo el 93% de las violaciones responsabilidad del Estado de Guatemala (Ejército Nacional, Patrullas de Autodefensa Civil, Comisionados Militares, otras fuerzas de seguridad del Estado y los Escuadrones de la Muerte), mientras que el 81% de estos hechos violentos se produjeron entre los años 1981 y 1983, coincidiendo con el mandato de Ríos Montt (CEH, 1999). La mayor parte de víctimas fueron indígenas mayas que, a pesar de ser población civil, fueron blanco indiscriminado de las fuerzas de contrainsurgencia quienes los consideraban, en conjunto con la población indígena, como parte de un “enemigo interno” subversivo.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), establecida en 1994 en Oslo¹, constató en su informe final que la reiteración de actos destructivos dirigidos de forma sistemática contra la población maya, especialmente entre 1981 y 1983, fueron actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a la población puesto que “no fueron actos aislados o excesos cometidos por tropas fueran de control, ni fruto de una eventual improvisación de un mando medio del ejército”. De modo que la CEH concluyó que agentes del Esta-

¹ Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, Oslo, Noruega, 23 de junio de 1994.

do, en el marco de las operaciones contrainsurgentes realizadas entre 1981 y 1983 ejecutaron “actos de genocidio” en contra de grupos del pueblo maya (CEH, 1999, p. Tomo III, párrs. 418-419).

Por otro lado, la política de “tierra arrasada” llevada a cabo por el ejército se utilizó como un mecanismo de terror para inhibir el apoyo de las comunidades indígenas a la guerrilla. De modo que, a raíz del concepto de “enemigo interno” que tenía el Ejército, las operaciones se extendieron también a la población civil que no participaba en el conflicto armado, “arrasando aldeas, matando indiscriminadamente a los habitantes de las comunidades por el solo hecho de ser sospechosos de pertenecer o de colaborar con la guerrilla, o por interferir en sus operaciones militares” (CEH, 1999, párrs. 787-793).

El proceso de paz se inició en 1994 con la firma en México del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos entre el Gobierno de Guatemala y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) y, tras la adopción de sucesivos acuerdos, en 1996 se firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera que ponía definitivamente fin a 36 años de conflicto armado. Los acuerdos de paz fueron un pacto negociado bajo los auspicios de las Naciones Unidas en el que no hubo una imposición de los vencedores sobre los vencidos. Si los acuerdos se implementaran plenamente “podrían abrir la brecha para significativas transformaciones en la sociedad guatemalteca” pero el camino aun “permanece sembrado de minas” (Jonas, 2013).

Por otra parte, las instituciones y, en particular el sistema judicial de Guatemala, después de 36 años de conflicto armado eran bastante débiles, sin embargo, no se creó ningún tribunal penal internacional para juzgar a las personas responsables de las atrocidades ocurridas en el pasado. Es por este motivo que, la sociedad civil y las asociaciones de víctimas decidieron interponer denuncias fuera del país en virtud del principio de jurisdicción universal² y ante el sistema interamericano de derechos humanos³.

² En 1999, el premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú interpuso una querrela en España ante la Audiencia Nacional contra Ríos Montt y otros altos mandos por graves violaciones ocurridas durante el conflicto armado, actualmente en sobreseimiento provisional.

³ Véase, entre otras, Corte IDH, Caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24

No obstante, en el 2006, mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Estado, se creó la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) con el objeto de fortalecer las instituciones del Estado y promover la desarticulación de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad⁴. En este contexto, diversos factores han favorecido la celebración del juicio contra Ríos Montt por delitos de genocidio y de lesa humanidad, entre ellos, el fortalecimiento de los operadores de justicia a través de la capacitación en materia de investigación de graves violaciones de derechos humanos y la labor de las organizaciones de víctimas del conflicto armado interno que exigieron justicia (Canteo, 2013). Asimismo, los cambios ocurridos en el Ministerio Público, al dotarlo de más recursos junto con la creación de unidades especiales para investigar las violaciones del conflicto armado han sido factores determinantes para poder llevar a cabo un juicio de estas características.

En consecuencia, el juicio contra *Ríos Montt* ha supuesto un hito histórico en la lucha contra la impunidad sobre crímenes internacionales, no solo para las víctimas y sociedad guatemaltecas sino también para la comunidad internacional, al ser la primera vez que un Estado juzga a un ex jefe de Estado por delito de genocidio por sus propios tribunales internos. Sin embargo, cabe destacar que el proceso tuvo que enfrentar numerosos obstáculos de todo tipo, siendo anulada la primera sentencia condenatoria por la Corte de Constitucionalidad (CC) por cuestiones procesales.

de noviembre de 2009; *Caso de Masacre Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012; *Caso Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 29 de abril de 2004.

⁴ Acuerdo celebrado en Nueva York el 12 de diciembre de 2006 y cuyo mandato acabó, por decisión unilateral de Guatemala, el 3 septiembre de 2019. Véase, entre otros, El País, *Jimmy Morales expulsa a la misión de la ONU contra la impunidad en Guatemala*, de 21 de agosto de 2018. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/08/31/america/1535742519_699651.html.

1. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE EN GUATEMALA

Uno de los aspectos clave que ha permitido llevar adelante el proceso contra *Ríos Montt* por delitos de genocidio y de lesa humanidad ha sido el hecho de que Guatemala tenga tipificados estos delitos en el ordenamiento jurídico interno, además de haber contraído obligaciones internacionales de prevención y sanción del genocidio desde antes del inicio del conflicto armado, cumpliendo así escrupulosamente con el principio de legalidad penal que tan a menudo obstaculiza los procesos de este tipo.

Así, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 fue ratificada por Guatemala el 13 de enero de 1950, entrando en vigor de forma general el 12 de enero de 1951 y, por lo tanto, aplicable durante el conflicto armado interno del país. Con posterioridad, el Estado se adhirió al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 2 de abril de 2012 si bien sólo será aplicable a crímenes internacionales cometidos a partir de esa fecha.

Asimismo, cabe resaltar que el Código Penal de Guatemala incorpora desde 1973 el delito de genocidio en el artículo 376 y lo define de la manera siguiente:

Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

- 1o. Muerte de miembros del grupo.
- 2o. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo.
- 3o. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial.
- 4o. Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo.
- 5o. Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquiera otra manera impedir su reproducción.

El responsable de genocidio será sancionado con prisión de 30 a 50 años.

A pesar de que sustancialmente esta definición es muy parecida a la de la Convención de 1948, contiene dos diferencias: por una parte, a la hora de definir a los grupos objeto de destrucción solamente incluye tres de los cuatro previstos en la Convención de 1948, exclu-

yendo así el grupo “racial”; y por otra, la definición internacional incluye “el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo” mientras que el código penal guatemalteco hace referencia al “desplazamiento compulsivo” añadiendo a los adultos además de los niños (Valencia, 2013). No obstante, a pesar de las diferencias entre ambas definiciones, el grupo ixil encaja perfectamente como grupo “étnico” (Blake, 2014). Además, el artículo 377 incluye las diferentes formas de participación en la comisión del delito de genocidio: “Quien instigare públicamente a cometer el delito de genocidio, será sancionado con prisión de cinco a quince años. La proposición y la conspiración para realizar actos de genocidio serán sancionados con igual pena”.

Paralelamente, el artículo 378 del Código Penal regula los delitos “contra los deberes de la humanidad” que define como “Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos”, y que incorpora tanto crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad (Comisión Internacional de Juristas, 2014)⁵. Estos crímenes internacionales fueron incluidos en el Código Penal de 1973 a partir de una reforma que se llevó a cabo en Centroamérica para modernizar y armonizar el derecho penal (Kemp, 2014).

Por otra parte, a raíz de los Acuerdos de Paz de 1996, se adoptó la Ley Reconciliación Nacional que otorgaba amnistía para los delitos políticos cometidos por las partes durante el conflicto armado interno, pero quedaban excluidos de forma expresa el genocidio, la tortura y la desaparición forzada (Decreto No. 145-96, de 18 de diciembre). Así, el artículo 8 establece que:

La extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la

⁵ Aunque el precepto reúne sobre todo conductas prohibidas por el derecho internacional humanitario, la expresión “cualquier acto inhumano contra la población civil” puede interpretarse como crimen de lesa humanidad, equivalente a la categoría “otros actos inhumanos” presente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia o el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, entre otros.

extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

Esta disposición fue el resultado del compromiso de lucha contra la impunidad adoptado en el Acuerdo Global de Derechos Humanos de 1994 en el cual se estableció que “El Gobierno no propiciará la adopción de medidas legislativas o de cualquier otro orden, orientadas a impedir el enjuiciamiento y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos. (...) Ningún fuero especial o jurisdicción privativa puede escudar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos” (Acuerdo Global de Derechos Humanos, 1994). La decisión de excluir las graves violaciones de derechos humanos de la amnistía supuso un cambio de paradigma respecto a leyes de amnistía anteriores de Guatemala y en la región en general, y se debió sobre todo a la influencia y presión de la sociedad civil guatemalteca e internacional, aunque no se tradujo en una apertura inmediata de casos sobre las atrocidades del pasado (Mallinder, 2009).

Sin embargo, en 2017 se presentó la Iniciativa de Ley 5377 para reformar la Ley de Reconciliación Nacional⁶ y que pretende derogar, entre otros, el artículo 8 y que implicaría una amnistía general para todos los casos de graves violaciones de derechos humanos y crímenes cometidos durante el conflicto armado interno (ACNUDH, 2019). Además, la reforma prevé la aplicación retroactiva de la ley en la medida en que dispone la puesta en libertad inmediata de todas las personas procesadas y condenadas hasta ahora por crímenes del pasado⁷. La adopción de esta reforma supondría no sólo un grave retroceso en materia de derechos humanos y la impunidad total respecto a las atrocidades cometidas durante el conflicto armado en Guatemala, si-

⁶ Iniciativa de Ley 5377, de 6 de noviembre de 2017 y presentada en el pleno del Congreso el 25 de enero de 2019 Iniciativa que dispone aprobar reformas al decreto número 145-96 del Congreso de la República, Ley de Reconciliación Nacional. Reforma arts. 1, 5, 11, deroga arts. 2, 4 y 8.

⁷ Véase artículo 5 de la Iniciativa de Ley: “[...] toda persona que haya sido juzgada y se encuentre en cumplimiento de condena o en proceso penal y se le decretaron medidas de coerción, [...] se le deberá decretar la amnistía y el sobreseimiento en su caso, y ordenarse su libertad por el tribunal correspondiente en el plazo de veinticuatro horas. La autoridad judicial, ministerial, policial o penitenciaria que no diere cumplimiento a la presente norma incurrirá en los delitos de Retardo Malicioso, Denegación de Justicia y Detención Ilegal”.

no que además estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos de los cuales es parte, entre ellas, la obligación de investigar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos⁸. En opinión de la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, esta ley “es espuria y no tiene cabida judicial en el ámbito penal guatemalteco ni en el internacional, porque está faltando al principio de tutela judicial efectiva, en la cual el Estado se compromete a garantizarles a las víctimas que se hará justicia, ante los órganos correspondientes” (Comisión de Derechos Humanos, 2018, p. 40).

Si bien el derecho internacional humanitario promueve la adopción de medidas de amnistía en caso de conflicto armado no internacional al establecer que: “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” (Protocolo Adicional II, 1977, artículo 6.5), hay que tener en cuenta que ser refiere a personas por el simple hecho de haber participado en las hostilidades pero en ningún caso es aplicable a los crímenes de guerra (Sassoli y Bouvier, 2003, p. 258; Pilloud, De Preux, y Sandoz, 1986, p. 1426) y no puede impedir la investigación de graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado porque sería contrario al objeto del Protocolo Adicional II de asegurar la protección de las víctimas (Roth-Arriaza y Gibson, 1998). En este sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe sobre *Estado de derecho y justicia de transición* de 2004 recoge como principio general la no concesión de amnistías para crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y violaciones graves de derechos hu-

⁸ Véase, entre otros, el informe en contra de la Iniciativa de Ley elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de Guatemala y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Guatemala. Disponible en la web del Congreso de la República de Guatemala: <https://www.congreso.gob.gt/iniciativa-de-ley-detalle/?id=5394>; Comunicación conjunta del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de la ONU, OL GTM 5/2018, de 6 de abril de 2018.

manos en acuerdos de paz promovidos o con el apoyo de la ONU (SGNU, 2004, párr. 10).

De modo que la Ley de Reconciliación Nacional que se adoptó en 1996 estaría dentro de los estándares internacionales en la materia, pero la reforma que se debatió en Congreso de Guatemala en enero de 2019 sería totalmente contraria, no solo a los estándares internacionales de la ONU sino también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹. Así, mientras la tendencia en la región centroamericana ha sido la de derogar las leyes de amnistía¹⁰, Guatemala estaría yendo en dirección contraria.

Asimismo, Ríos Montt pidió acogerse a una amnistía decretada en 1986 por el gobierno del general Humberto Mejía Víctores, según la cual “se concede amnistía general a toda persona responsable o sindicada de haber cometido delitos políticos y comunes conexos durante el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 1982 y el 14 de enero de 1986” (Decreto ley número 8-86, de 10 de enero de 1986, artículo 1), sin embargo, la petición fue denegada por la Corte de Apelaciones, al interpretar que el genocidio no se refiere a delitos políticos o comunes conexos, siendo que ley de Reconciliación Nacional de 1996 excluye expresamente el delito de genocidio de su aplicación y deroga la ley de amnistía de 1986. Además, la Convención de Genocidio de 1948 de la cual Guatemala es parte no sólo obliga a prevenir el delito sino también a castigarlo, y esta obligación ya existía en el momento en que los hechos ocurrieron, de modo que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley (Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcotividad, y Delitos contra el Medio Ambiente de Guatemala, caso *Ríos Montt*, 7/10/2015).

⁹ Consúltense jurisprudencia como: Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de marzo de 2001). Caso *Barrios Altos v. Perú*, párr. 43. Véase, además, entre otras: CIDH. (24 de noviembre de 2010). Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brasil*, párr. 134 y ss.; CIDH. (22 de septiembre de 2006). Caso *Gelman v. Uruguay*, párr. 225 y ss. casos de Guatemala.

¹⁰ La Corte de Constitucionalidad de El Salvador declaró que la ley de amnistía de 1993 era inconstitucional y reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el conflicto armado en una decisión de 13 de julio de 2016.

2. EL PROCESO CONTRA RÍOS MONTT

Después de los Acuerdos de Paz de 1996, la impunidad y la inmunidad de Ríos Montt, primero como presidente de la República y luego como presidente del Congreso de la República y como Diputado ante el Parlamento Centroamericano, impidieron cualquier acción judicial contra él, de modo que las víctimas buscaron otras vías de justicia a través del principio de jurisdicción universal y acudieron a los tribunales españoles. Estas acciones judiciales impulsaron en cierta medida el proceso contra *Ríos Montt* por delitos de genocidio y de lesa humanidad ante los tribunales guatemaltecos quienes finalmente fueron los que juzgaron y condenaron al ex jefe de Estado.

2.1. El proceso ante los tribunales españoles en virtud del principio de jurisdicción universal

El 10 de diciembre de 1999, la guatemalteca Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú Tum, junto con el Centro de Justicia y Responsabilidad (AJR) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España, presentaron una querrela ante los tribunales españoles, en virtud del principio de jurisdicción universal, por delitos de genocidio, de lesa humanidad, terrorismo, torturas, asesinatos y desapariciones forzadas contra el General Ríos Montt y otros altos mandos del Ejército de Guatemala por las masacres de la población maya entre 1982 y 1983. El Juzgado Central de Instrucción n° 1 de la Audiencia Nacional se declaró competente para conocer del caso, sin embargo, el Ministerio Fiscal recurrió la decisión el 13 de enero de 2000 alegando el principio de subsidiariedad¹¹ y solicitó el archivo de las actuaciones. Mediante auto de 13 de diciembre de 2000 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró que no procedía el ejercicio de

¹¹ La AN realizó una interpretación errónea del principio de subsidiariedad, al aceptar como límite al principio de persecución universal el criterio de la subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción española en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes, es decir, los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

la jurisdicción penal española al considerar que, a diferencia de Chile y Argentina, no se había constatado la inactividad de los tribunales guatemaltecos y, además, la legislación interna, como la Ley de Reconciliación Nacional, no impedía la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales (Vara, 2006).

Es por ello por lo que las partes acusadoras interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo (TS) español alegando, entre otros motivos, vulneración del derecho a la tutela efectiva. El TS estimó parcialmente el recurso, pero solo respecto a los hechos ocurridos contra ciudadanos españoles en la embajada española en Guatemala en 1980 y la muerte de cuatro sacerdotes españoles por delitos de tortura en virtud del art. 23.4.g) de La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (Tribunal Constitucional, sentencia 237/2003, 25/02/2003). De nuevo las partes acusadoras interpusieron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC) el cual revocó la decisión del TS, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y ordenó reanudar las actuaciones judiciales, dejando sin efecto el auto del Tribunal Supremo (Tribunal Constitucional, 237/2005, FJ10, 25/09//2005). En esta importante decisión, el TC concluyó que la persecución universal no depende de la concurrencia de intereses particulares del Estado en cuestión, entendiéndose que el 23.4 de la LOPJ establece el principio jurisdicción universal en relación con la comisión de conductas especialmente graves, sin limitaciones derivadas de otros criterios de atribución (Vara, 2006).

Sin embargo, el proceso enfrentó nuevas dificultades. En julio 2006, el Juez Pedraz emitió una orden de arresto para los ocho acusados nombrados en el caso, incluyendo a Ríos Montt, y emitió una orden para congelar los bienes de los acusados. Las órdenes de arresto fueron inicialmente aceptadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y los procedimientos de extradición se pusieron en marcha hasta que, en octubre 2007, la Corte dejó sin efecto las órdenes emitidas por la Audiencia Nacional, impidiendo la extradición de Ríos Montt y de los demás acusados.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2014, de 13 de marzo, muchas de las causas abiertas ante los tribunales españoles sobre la base del principio de jurisdicción universal fueron archivadas, al exigir requi-

sitos adicionales para proseguir con su investigación¹². En este sentido, la causa guatemalteca que contemplaba el delito de genocidio incluyendo crímenes de género¹³, lesa humanidad, torturas, asesinato, detenciones ilegales y terrorismo, tras la reforma de 2014 solamente podía continuar por delito de terrorismo en el cual basta que la víctima sea española (art. 23.4. e) 4º y 8º LOPJ)¹⁴. Sin embargo, el juez Pedraz argumentó que, en virtud de la doctrina de “delitos conexos”, la jurisdicción universal se podían extender a los demás delitos porque de otra forma “se rompería la denominada continencia de la causa” al tratarse de unos hechos que podía dar a lugar distintos delitos y, por lo tanto, no podían investigarse de forma separada (AN, diligencias previas 331/99 FJ3, 20/05/2014), así que los delitos de genocidio, lesa humanidad, torturas, asesinato y detenciones ilegales los consideró conexos al de terrorismo. Asimismo, la reforma de 2014 exigía además un nuevo requisito de “perseguibilidad” (párrafo 5º del art. 23.4 LOPJ), conforme al cual:

Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en el que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión (...).

El juez de la Audiencia Nacional, concedor del proceso que había tenido lugar en Guatemala contra *Ríos Montt* por genocidio y crímenes de lesa humanidad en el 2013 con su consiguiente anulación de la sentencia condenatoria por parte de la Corte de Constitucionalidad al cabo de 10 días y ante las dudas sobre como iba a evolucionar el proceso en Guatemala, decidió emitir una comisión rogatoria ante

¹² El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 140/2018, resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE sobre la reforma de 2014 avalando que el poder legislativo pueda limitar la jurisdicción universal.

¹³ En 2011, Women’s Link Worldwide amplió la querrela para incluir crímenes de género contra la libertad e indemnidad sexual como tortura, contra la libertad e indemnidad sexual como genocidio, por desplazamiento forzoso como genocidio y, por impedir el género de vida y reproducción como genocidio.

¹⁴ Mientras que para el resto de delitos el procedimiento tiene que dirigirse contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

las autoridades judiciales del país para conocer el estado de las actuaciones judiciales de los tribunales guatemaltecos. En la actualidad, la causa está en sobreseimiento provisional (FIGBAR, 2016). Por un lado, no hay duda que las actuaciones ante los tribunales españoles impulsaron el caso genocidio contra Ríos Montt ante los tribunales guatemaltecos así como otros procesos similares, aunque también es cierto que, ante la posible adopción de una reforma de la Ley de Reconciliación Nacional que promueva una amnistía general e impida investigar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, los tribunales españoles seguirán siendo una alternativa de justicia para las víctimas en virtud de la jurisdicción universal.

2.2. *El proceso ante los tribunales guatemaltecos*

Paralelamente, en 2001 la Asociación para la Justicia y Reconciliación (AJR) y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) interpusieron una querrela contra el ex general y Jefe de Estado *de facto* Efraín Ríos Montt y su jefe de inteligencia José Mauricio Rodríguez Sánchez por crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra contra la comunidad indígena ixil durante su presidencia entre 1981 y 1983. El caso fue admitido a trámite por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Penal de Guatemala, pero Ríos Montt gozaba de inmunidad como Diputado en el Congreso de la República, de modo que el proceso quedó prácticamente paralizado ante los tribunales guatemaltecos durante 10 años. Mientras tanto, AJR y CALDH fueron tomando testimonios de víctimas y supervivientes, recopilando y analizando documentos oficiales, cadenas de mando y construyendo el “juicio del siglo” (Delgado Duarte, 2013). En enero de 2012 expiró el mandato legislativo de Ríos Montt y con él su escudo legal. En este sentido, el final de la inmunidad tuvo consecuencias inmediatas, puesto que una semana después el Tribunal de Mayor Riesgo A, que instruía el caso por genocidio y crímenes contra la humanidad, citó a Ríos Montt a declarar.

Por parte del Ministerio Público, los avances en el caso genocidio, así como en otros relacionados con el conflicto armado interno guatemalteco, empezaron a mediados de 2013 con la reorganización de la Fiscalía de Derechos Humanos y el nombramiento de nuevos agentes

fiscales y la creación de la Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno. Asimismo, en diciembre de 2010, con el nombramiento de la nueva Fiscal General Claudia Paz y Paz, el Ministerio Público mejoró sustancialmente en las investigaciones y persecución penal.

Asimismo, cabe destacar que el juicio contra Ríos Montt fue celebrado en un Tribunal llamada de “Mayor Riesgo”, con sede en la Ciudad de Guatemala, pero con jurisdicción en todo el territorio nacional¹⁵. Estos tribunales, creados a partir de la recomendación de la CICIG, estaban pensados para procesos por hechos delictivos cometidos en cualquier parte del país, en los que se presentara mayor riesgo para la seguridad personal de jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de justicia, así como de los imputados, testigos y demás sujetos procesales que intervengan en estos procesos. En la actualidad, ante el aumento de casos de mayor riesgo, la Corte Suprema de Justicia ha creado hasta 6 tribunales de este tipo¹⁶.

El establecimiento de la competencia del caso genocidio a los Tribunales de Mayor Riesgo ha sido determinante, sobre todo para frenar la multitud de recursos improcedentes y con fines dilatorios de la defensa (Delgado Duarte, 2013). Cabe resaltar que, durante el proceso, la defensa interpuso más de 92 recursos de impugnación y 24 recursos de amparo durante el juicio que se celebró en el 2013 (Gutiérrez y Rodríguez, 2015). Igualmente, luego de la anulación de la sentencia por parte de la Corte de Constitucionalidad, la defensa consiguió, mediante recursos contra decisiones judiciales o solicitando la recusación de los jueces, retrasar la celebración del nuevo juicio 5 años más. Esta estrategia de “litigio malicioso” es una práctica habitual de los abogados defensores para generar demoras infundadas que, junto con la lentitud con la que los tribunales responden y resuel-

¹⁵ Ley de competencia penal de procesos de mayor riesgo, Decreto. 21-2009, de 2 de septiembre de 2009. La ley considera delitos de “mayor riesgo”, entre otros, genocidio; delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; Desaparición forzada; Tortura; Asesinato; Trata de personas; Plagio o secuestro; Parricidio; Femicidio y Delitos contemplados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

¹⁶ *Inauguran Tribunal y Juzgado de Mayor Riesgo “E”*, CRN Noticias, de 11 de enero de 2019. Disponible en: <https://crnnoticias.com/inauguran-tribunal-y-juzgado-de-mayor-riesgo-el/>.

ven estos recursos, consiguen paralizar muchos procesos penales, desvirtuando el sistema de garantías de Guatemala con el fin de proteger a personas poderosas de la persecución penal e impedir que las víctimas de los abusos obtengan justicia (Human Rights Watch, 2017). Esta estrategia dilatoria va acompañada además de una fuerte presión hacia los operadores de justicia quienes están constantemente amenazados, en especial la Fiscalía de Derechos Humanos¹⁷, así como también a los jueces y juezas de los Tribunales de Mayor Riesgo, las víctimas y las asociaciones querellantes.

El 10 de mayo de 2013 el Tribunal de Mayor Riesgo A condenó a Ríos Montt a 50 años de prisión por genocidio y a 30 años por deberes contra la humanidad, absolviendo a Rodríguez Sánchez al considerar que, a pesar de ser el jefe de inteligencia, no tenía el control de las operaciones militares. La presión por parte de los poderes fácticos y de las élites no se hizo esperar y tan sólo 3 días después de la sentencia, el CACIF (Comité coordinador de asociaciones agrícolas, comerciales, industriales y financieras) emitió un duro comunicado exigiendo a la Corte de Constitucionalidad (CC) que anulara el juicio para “contribuir a la gobernabilidad y asegurar un efectivo Estado de Derecho”. Según el CACIF, el tribunal había hecho una “calificación inadecuada” del delito de genocidio al no quedar demostrada la intencionalidad específica del Estado para exterminar a un grupo étnico en particular. Además, el Comité denunció “la intromisión y presión ejercida por personas y organizaciones extranjeras” y manifestó que “este fallo abona a la polarización y deja una percepción muy clara de que la justicia ha sido presa del conflicto ideológico” (CACIF, 2013).

Como resultado de esta presión, el 20 de mayo de 2013, es decir, tan solo diez días después de la sentencia del caso genocidio, la CC emitió un fallo anulando la sentencia por vicios de procedimiento y ordenando retrotraer todas las actuaciones judiciales del proceso al

¹⁷ La fiscal de Derechos Humanos Sonia Elizabeth Montes Valenzuela, quien realiza investigaciones por genocidio, desapariciones forzadas, fue víctima de un ataque armado. Cuenta el diario digital Nómada que en una de las audiencias realizadas en Nebaj, Quiché, en el marco del caso genocidio, ex patrulleros de autodefensa civil intimidaron a los testigos afuera del juzgado. Disponible en: <https://nomada.gt/pais/estos-son-los-casos-que-investiga-la-oficina-de-la-fiscal-atacada/>.

19 de abril de 2013, dejando sin efecto la sentencia condenatoria. Sin duda, puede afirmarse que la CC se extralimitó en sus funciones puesto que la sentencia tendría que haberse apelado a través de la jurisdicción ordinaria y no a través de la CC (FIDH, 2013). La jueza Gloria Porras, que emitió uno de los dos votos razonados disidentes manifestó su disconformidad con el fallo de la CC al entender que “al resolver sobre la anulación y suspensión de las actuaciones del Tribunal de Sentencia, está dejando desprotegidas a las víctimas de su derecho constitucional de acceso a la justicia” (CC, expediente 1904-2013, Voto razonado de la Magistrada Porras Escobar, párr. 5). Para Brett, las acciones para anular el juicio fueron una extensión del genocidio en sí mismo, representando una solución radical de la percepción de lo inaceptable e intolerable circunstancia histórica (Brett, 2016).

La repetición del juicio contra *Ríos Montt*, quien murió en abril de 2018 sin poder finalizar su proceso, se reanudó en el 2017 y parte de las audiencias se celebraron en Nebaj, una de las áreas de la comunidad ixil afectadas por el genocidio, a unos 225 km de la Ciudad de Guatemala, acercando el proceso judicial a las víctimas y a lugar de los hechos. Finalmente, el Tribunal de Mayor Riesgo B de Guatemala determinó por unanimidad, mediante sentencia de 26 de septiembre de 2018, que en Guatemala sí hubo genocidio y delitos contra los deberes de la humanidad contra el pueblo ixil, cometido por el Ejército entre 1982 y 1983 mientras José Efraín Ríos Montt era el presidente *de facto* del país. Sin embargo, decidió absolver de los delitos de genocidio y deberes contra la humanidad al exjefe de Inteligencia José Mauricio Rodríguez Sánchez, quien ya fue absuelto en el primer juicio de 2013, al considerar que Sánchez era un mero asesor y no emitió órdenes ni hubo pruebas de su participación en el área ixil, donde ocurrieron masacres en 50 aldeas que dejaron como resultado 1.771 indígenas asesinados. Esta decisión no fue unánime, y la jueza Sara Yoc, en su voto razonado disidente, consideró que Rodríguez, como director de Inteligencia, sí era responsable de los hechos, argumentando que, como jefe en ese entonces de la segunda unidad de inteligencia del Ejército, era imposible que el general retirado “no supiera de las atrocidades” que se estaban cometiendo contra el pueblo ixil (Prensa Libre, 2018).

3. LAS APORTACIONES DEL CASO GENOCIDIO A LA INTERPRETACIÓN DEL DELITO

El Tribunal de Mayor Riesgo A, en la sentencia de 10 de mayo de 2013, constató que la población civil del grupo étnico ixil, de las áreas de Santa María Nebaj, San Juan Cotzal y San Gaspar Chajul, fue “objeto de asesinatos en forma masiva, constitutivos de masacres, tortura, degradación, violaciones sexuales masivas, desplazamiento forzoso, traslado de niños de un grupo a otro” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio 10/05/2013, p. 699). Para ello, determinó que el General Ríos Montt fue el responsable de cinco tipos de actos de genocidio, recogidos en el artículo 376 del Código Penal de Guatemala, a saber, matanzas de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que puedan llevar a la destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo y traslado forzado de menores de un grupo a otro. De entre las distintas aportaciones del caso a la interpretación del delito de genocidio, se podrían destacar tres: por un lado, la constatación de los actos de violencia sexual como actos de genocidio, dando visibilidad a los crímenes de género; por el otro, también fueron relevantes los argumentos respecto a la destrucción del grupo ixil, más allá de lo “físico”, basándose sobre todo en la destrucción cultural y lesión causada a las comunidades indígenas y, finalmente, cómo el tribunal concluyó que hubo la intención especial de destruir al grupo étnico ixil.

3.1. *La violencia sexual como acto de genocidio*

Uno de los aspectos más destacables de la sentencia fue la incorporación de la perspectiva de género y la consideración de la violencia sexual contra las mujeres como un acto de genocidio, siendo la primera vez que se condena un ex Jefe de Estado por este tipo de crímenes ocurridos bajo su mandato por un tribunal interno (Soria, 2014). Así, el tribunal concluyó que la violación de las mujeres no sólo constituyó un “botín de guerra” sino que tenía por objeto “la ruptura del tejido social y lograr la eliminación de la semilla ixil” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, pp. 689-690) llevado a cabo con la intención de destruir al grupo étnico ixil.

En gran medida, el tribunal se basó en el informe final de la CEH, el cual destacó que la violencia sexual durante el conflicto armado interno fue una práctica generalizada y sistemática realizada por agentes del Estado llegando a constituir una verdadera arma de terror (CEH, 1999, Tomo III, p. 13). En este sentido, el peritaje de Paloma Soria fue clave al mostrar que la violencia ejercida contra las mujeres ixiles por parte del ejército guatemalteco no eran hechos aislados, sino que “eran actos de violación ejecutados por un número amplio de soldados y siempre en reiteradas ocasiones” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, p. 200). Al mismo tiempo, el Plan de Operaciones “Sofía” de 1982 no solo contemplaba el “exterminio de elementos subversivos” sino que además establecía como instrucciones de coordinación que “debe respetarse la vida de mujeres y niños, *hasta donde sea posible*” (Doyle, 2009), dejando, por lo tanto, a la población civil totalmente desprotegida.

Asimismo, quedó probado, gracias también a los testimonios de las víctimas, que las mujeres fueron sometidas a esclavitud sexual y eran llevadas en destacamentos en donde permanecieron en hoyos que estaban a la vista de todo el mundo “en donde estaban desnudas, sin alimentos, se las regaba desde arriba y se les trataba como auténticos animales y solo salían del hoyo para ser violadas y a violaciones múltiples” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, p. 201) para después ser devueltas al hoyo otra vez. De modo que puede afirmarse que la violencia sexual y los crímenes de género jugaron un papel importante dentro del proceso y fueron determinantes para probar el delito de genocidio, al quedar establecido que la violencia contra la mujer fue cometida no como un “exceso incidental” sino que tenía una finalidad determinada (Gutiérrez y Rodríguez, 2015).

Por una parte, el hecho de dar visibilidad a los delitos sexuales cometidos contra las mujeres durante el conflicto armado permitió tomar conciencia de su gravedad y considerarlos tan atroces como las ejecuciones extrajudiciales y las torturas que ellas sufrieron junto a los hombres mayas y, además, contribuyó a “romper el silencio” en torno a este tipo de crímenes (Soria, 2014). Por otra parte, la constatación de que durante el conflicto armado guatemalteco hubo violencia sexual

y esclavitud sexual contra las mujeres, en especial las mayas¹⁸, permitió, con posterioridad, denunciar otros casos ante la justicia, entre los que cabe destacar el *caso Sepur Zarco* (Tribunal de Mayor Riesgo A, 26/02/2016), en el que se condenó a dos militares por delitos de deberes contra la humanidad por someter a esclavitud sexual a once mujeres mayas q'eqchis entre 1981 y 1983 en el destacamento militar de Sepur Zarco¹⁹ sentando de nuevo un precedente histórico. Recientemente, en mayo de 2018, 4 militares de alto rango retirados fueron condenados por delitos de deberes contra la humanidad por la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen y por la detención ilegal y violación de su hermana Emma Guadalupe Molina Theissen²⁰. De modo que los tribunales guatemaltecos han empezado a incluir el enfoque de género, al menos en los casos relacionados con las violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno.

3.2. *La destrucción más allá de lo “físico”: destrucción cultural y lesión mental*

A pesar de la magnitud de las masacres ocurridas bajo el mandato de Ríos Montt como presidente *de facto* entre 1982 y 1983, causando la muerte de al menos 1.771 mayas ixiles, la sentencia destacó los efectos sociales y culturales de estas matanzas, en especial las prácticas ideológicas que las acompañaron (Sala, 2018). De esta forma, los ixiles fueron capturados y obligados a crear las llamadas “patrullas de defensa civil”, lo que, según entendió el Tribunal “contribuyó a alterar su identidad, generando rebeldía, así como cambios en su cultura para sobrevivir” aca-

¹⁸ El informe de la CEH concluyó que el 88,7% de las mujeres que sufrieron violencia sexual fueron mayas, mientras que el 10,3% eran ladinas y 1% pertenecía a otros grupos, párr. 2390.

¹⁹ A nivel de estrategia legal, las asociaciones litigantes decidieron no acusar a Ríos Montt ni a altos cargos militares sino a los de inferior rango para evitar los obstáculos procesales que habían tenido lugar con el caso “genocidio”.

²⁰ Si bien el caso de la desaparición forzada de Marco Antonio Theissen ya había sido conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2004, no ha sido hasta 2018, ante la justicia guatemalteca, que se han constatado también los delitos de violación sexual contra su hermana que logró escapar de sus captores después de ser detenida ilegalmente durante 9 días. Véase, <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/caso-molina-theissen-militares-retirados-condenados-desaparicion-forzada/>.

rreando la destrucción de la cultura maya ixil (Tribunal de Mayor Riesgo A, C-01076-2011-00015, Of. 2a., 10/05/2013, p. 690). En este sentido, durante el proceso, se constató que el Plan de Campaña Victoria 82 ordenaba la militarización de las personas y el “uso de operaciones psicológicas *para cambiar su forma de pensar*” (p. 650), al igual que el Plan de Campaña Firmeza 83 que tenía por objeto “ejercer presión sobre organizaciones de defensa civil rural y urbana” y “control físico y psicológico sobre las poblaciones” (p. 652-653) con el fin de aislar a los subversivos. Así, en estos planes se establece la estrategia de inteligencia a seguir y se identifica a los grupos enemigos, llegando en un momento determinado a considerar a la población ixil como “enemigo interno” por su apoyo a la guerrilla, a pesar de ser población civil no combatiente. Asimismo, también hubo una clara intención de suprimir la cultura indígena al pretender “borrar lo ixil” y “ladinizar” a los indios previsto en el Plan Sofia, con el objetivo de destruir su cultura, idioma, costumbres y religión. Así, el racismo que ya existía en la sociedad se convirtió en un racismo “radical” que conlleva la destrucción total o parcial de cualquier persona asociada con la subversión, sobre todo, indígenas (Vela, 2016). Elena Casaus Arzú, en su peritaje sobre racismo durante el conflicto armado, explicó que el racismo se utilizó como ideología de Estado y mecanismo para eliminar lo indio, subversivo y comunista, y, en particular, para exterminar a la etnia ixil, llegando incluso a hablar de etnocidio (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 249).

Por otra parte, durante el juicio, quedó demostrado que la violencia sexual era una forma de “destruir” el grupo étnico Ixil, no solo físicamente sino también de su cultura y tejido social al ser las mujeres las encargadas de la transmisión de valores dentro de su comunidad (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 691). Cabe resaltar que las violaciones sexuales contra las mujeres indígenas implicaron una vergüenza colectiva, al considerarse un atentado contra el honor del grupo, de modo que las mujeres fueron rechazadas, abandonadas, y castigadas por su propia familia y esposos y, en consecuencia, excluidas de su propia comunidad, siendo la violación sexual “la muerte social de las mujeres”, al romper con los vínculos sociales y familiares del grupo (Fulchiron, 2016, p. 403).

Así lo había constatado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Masacre Plan Sánchez c. Guatemala*, en el que estableció que:

Las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado el día de la masacre y que sobrevivieron a la misma, continúan padeciendo sufrimientos por dicha agresión. La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, *dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual*. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio (CIDH, 19/11/2004, párr. 49.19).

Igualmente, el TPIR, en el caso *Akayesu* (2/09/1998) también había determinado que las violaciones sexuales contra las mujeres Tutsi llevaron a la destrucción física y psicológica no solo de las víctimas sino también de sus familias y su comunidad.

Finalmente, otra de las estrategias utilizadas por el ejército guatemalteco fue la de “quitarle el agua al pez” que tenía como objeto separar a la población civil de la insurgencia. A partir de las operaciones de “tierra arrasada” previstas en el Plan Victoria 82, la persecución indiscriminada de la población civil por parte del ejército forzó a comunidades enteras indígenas a desplazarse y abandonar su hogar (CEH, 1999, párr. 2973-2975). Al mismo tiempo, la intención iba más allá del lema “quitarle el agua al pez” porque una vez logrado el propósito de vaciar áreas, la población continuó siendo perseguida hasta sus lugares de refugio donde el ejército realizó matanzas y destrucción de cultivos de nuevo, revelando una intención de exterminio de la población indígena (CEH, 1999, p. párr. 3307).

3.3. *La intención especial de destruir a la étnica ixil*

El delito de genocidio, además del *actus reus* requiere también como *mens rea* que el autor haya tenido “la intención especial” de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (Elementos de los Crímenes, 2002), además de la “intención general”, en la que se debe tener en cuenta “la intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen” por parte del autor²¹.

²¹ Estatuto de Roma, art. 30 sobre el Elemento de intencionalidad “1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos

Respecto a la cuestión de si los acusados tenían conocimiento de los actos constitutivos de genocidio contra la población ixil, el Tribunal concluyó que los altos mandos del ejército tenían el control de todas las operaciones y que desde su posición podían “haber detenido los ataques reales a la población civil, la desaparición del grupo maya ixil e impedir la impunidad, así como la violación de los derechos humanos” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, p. 699). Por otro lado, los planes de campaña incluían información periódica de las actividades militares realizadas, de modo que éstas eran conocidas por los miembros del Estado Mayor y no podían ser implementados sin la autorización previa del Comandante General del ejército (FIDH, 2013). Si bien el TPIY consideró (Caso *Jelisić*, 5/07/2001) que la existencia de un plan no es un elemento del crimen, sí estableció que puede constituir un factor importante para demostrar la “intención especial” de destruir total o parcialmente a un grupo (párr. 48).

En este sentido, Ríos Montt, como jefe de estado *de facto* y Comandante General del Ejército tenía el liderazgo activo y conocimiento de todo lo que sucedía y, en consecuencia, el Tribunal concluyó que era “lógico” que Ríos Montt tuviera “conocimiento de todo lo que estaba ocurriendo en las aldeas de Quiché” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 709), mientras que respecto a Rodríguez Sánchez, si bien era el Director de Inteligencia Militar, se consideró que no tenía mando sobre el campo de operaciones y quedó finalmente absuelto del delito de genocidio (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 711).

En relación con la “intención especial”, Pérez Triviño resalta que es indispensable incluir dentro de la intención del genocidio “la voluntad de realizar el *actus reus* con el propósito de exterminar al grupo víctima, siendo insuficiente el mero conocimiento de que se estaba llevando a cabo una acción genocida, o de que era probable que de los actos propios de ejecución de los *actus reus* pudiera producirse un genocidio, el exterminio de un grupo víctima” (Pérez Triviño, 2012, p.

materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos (...).”

175). Por otra parte, el hecho de escoger a las víctimas por pertenecer a una comunidad, a menudo acompañado por motivos discriminatorios, como es el caso del delito de persecución como crimen de lesa humanidad, no debe confundirse con la intención de destruir a un grupo o comunidad como tal exigida por el delito de genocidio (Kitichaisaree, 2002, p. 72). Así, el TPIR, ante la dificultad de demostrar el elemento intencional del genocidio, consideró que se podía deducir, entre otros por los siguientes factores:

The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act (TPIR, caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 523).

Durante el proceso judicial contra Ríos Montt se constató que durante el conflicto armado los “elementos subversivos” fueron calificados como “enemigo interno” en el Plan Campaña Victoria 82 y Firmeza 83, entre los que incluyeron a los individuos, grupos u organizaciones que, *sin ser comunistas*, “tratan de romper el orden establecido”, siendo el grupo étnico maya ixil considerado “enemigo interno” a pesar de ser población civil no combatiente (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 105). Según el peritaje histórico, el objetivo del Estado era matar de hambre a los ixiles por ser un pueblo que formaba parte de la resistencia y que apoyaba a la guerrilla. Además, el peritaje estadístico de Patrik O’Donell Ball, mostró que la mayor cantidad de muertes indígenas ocurrió bajo el mandato de Ríos Montt entre 1982 y 1983, periodo en el cual el ejército ejecutó el 5,5% de la población Ixil, siendo que ocho de cada diez personas tenían más probabilidades de morir por ser indígenas (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, pp. 243-245).

Asimismo, dentro de la política de tierra arrasada que llevó a cabo el ejército, se buscaba que la población indígena no tuviera alimentos para no poder compartirlos con los “insurgentes”, siendo el móvil

del delito la defensa del Estado por pensar que los insurgentes podía llegar al poder (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 168). En este sentido, es necesario distinguir entre el móvil y la intención de destruir total o parcialmente a un grupo, puesto que alcanzar la victoria en un conflicto armado o eliminar el apoyo de la población a un grupo armado no puede servir de excusa para negar la existencia de la intención de destruir a un grupo (Delgado Duarte, 2013).

Por consiguiente, si bien el objetivo fue acabar con la guerrilla como parte de una estrategia militar, convirtiendo a la etnia ixil como enemigo interno, todas las acciones fueron dirigidas específicamente a destruir la etnia ixil (FIDH, 2013). De modo que, una vez probado que la población civil del grupo ixil fue “objeto de asesinatos en forma masiva, constitutivos de masacres, tortura, degradación, violaciones sexuales masivas, desplazamiento forzoso, traslado de niños de un grupo a otro” el Tribunal concluyó que existió sin ninguna duda “la intención de producir la destrucción física del grupo ixil” (Tribunal de Mayor Riesgo A, Sentencia de Genocidio, 10/05/2013, p. 699).

4. CONSIDERACIONES FINALES

El caso genocidio supuso poner fin a más de 30 años de impunidad, constituyendo un hito en la obtención de justicia para las víctimas de las atrocidades cometidas en el pasado. La importancia de este proceso reside no sólo en el hecho de ser el primer tribunal interno que castiga a un jefe de estado por delito de genocidio ocurrido en su territorio, sino también por la carga simbólica que significa para las víctimas el hacer historia en un país históricamente marcado por la impunidad (Gutiérrez y Rodríguez, 2015).

Al mismo tiempo, el juicio constituyó un reto para el sistema judicial guatemalteco, al tratarse de crímenes internacionales cometidos por personas con alto rango pertenecientes a las élites de poder, en donde los operadores de justicia, testimonios, víctimas y querellantes fueron objeto de presión y amenaza constantes, poniendo a la vez a prueba la independencia del poder judicial. En este sentido, los numerosos peritajes presentados durante el juicio fueron, sin duda, claves para la fundamentación y apoyo a la argumentación del tribunal,

teniendo en cuenta que, en general, los tribunales internos no tienen experiencia ni los recursos para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. En este proceso fue clave también contar con peritajes con perspectiva de género para que la carga de la prueba respecto a delitos sexuales no recayera exclusivamente en las víctimas directas, permitiendo además evitar la revictimización de las personas que sufren actos de violencia de género en conflictos armados (Soria, 2014).

No obstante, la anulación de la sentencia por parte de la CC por cuestiones formales evidenció que los poderes fácticos siguen teniendo mucha influencia en las instituciones del Estado puesto que, si bien no pudieron evitar el enjuiciamiento de Ríos Montt, lograron anular la sentencia con relativa rapidez y sin casi ninguna consecuencia. Por otro lado, la negación de la existencia de genocidio en Guatemala aún persiste, sobre todo por parte de las élites del país y de los empresarios como el CACIF, tal y como se reflejó en el comunicado emitido 3 días después de la sentencia condenatoria para Ríos Montt. Una muestra de ello es una resolución del Congreso de la República de 24 de abril de 2014 en la que los parlamentarios declararon la inexistencia de genocidio. Según la misma, “[l]a legislación imperante da cuenta que los elementos que conforman los tipos penales señalados resulta jurídicamente inviable que se dieran en Guatemala, en cuanto a la existencia en nuestro suelo patrio de un genocidio durante el enfrentamiento armado” (Prensa Libre, 2014). De modo que los problemas estructurales en el sistema judicial siguen latentes, con elevados niveles de impunidad, mientras que los poderes fácticos siguen negando la magnitud y las consecuencias de las graves violaciones de derechos humanos del pasado, conduciendo a una especie de “batallas por la memoria” (Laplante, 2014).

Sin duda, el caso genocidio ha enviado un mensaje a la sociedad guatemalteca de que “nadie está por encima de la ley”, ni tan solo los jefes de Estado como Ríos Montt. Así, después de este caso, el presidente Otto Pérez Molina ha sido acusado de corrupción y tuvo que dimitir (caso *La Línea*) y otros altos cargos han sido imputados por delitos graves como, por ejemplo, el caso *Sepur Zarco* y *Creompaz*. Si bien no todos tienen que ver con los crímenes del pasado, la sociedad y las instituciones están, cada vez más, adoptando una “cultura de la

legalidad” y fortaleciendo el Estado de Derecho, aunque muchos de los obstáculos persisten.

A pesar de que el juicio ha tenido un impacto importante tanto en las instituciones como en la sociedad guatemalteca, consolidando en última instancia a la población indígena como parte actora, al mismo tiempo ha reforzado a los “spoilers” y evidenciado que la memoria colectiva indígena sigue siendo una cuestión controvertida (Brett, 2016). Tanto es así que, como se ha visto anteriormente, el Congreso está tramitando la modificación de la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 para aprobar una amnistía general que impida juzgar en un futuro a los responsables de los crímenes del pasado y, a su vez, dejar en libertad a todas las personas condenadas por violaciones ocurridas durante el conflicto armado, fomentando así la impunidad total respecto a crímenes internacionales.

Por otra parte, las comunidades indígenas tenían la esperanza de que una condena por genocidio podría contribuir a disuadir actos de violencia en el futuro por parte de las fuerzas de seguridad o de personal de seguridad privada en regiones donde existen tensiones derivadas de la minería y la construcción de hidroeléctricas. Para Naomi Roth-Arriaza, una de las consecuencias más importantes del proceso contra *Ríos Montt* es “que ha dejado en claro los nexos entre la impunidad de crímenes del pasado y el peligro de que se produzcan nuevos crímenes en respuesta a los reclamos sociales que se expresan actualmente” por parte de las comunidades indígenas que buscan proteger sus tierras, cultura y tradiciones (Roth-Arriaza, 2013). En este sentido, aunque el caso genocidio impulsó a otras comunidades indígenas a denunciar el impacto ambiental y social de los proyectos de extracción minera en sus tierras, en la práctica ha provocado su criminalización y el asesinato de defensores de derechos humanos y líderes de las comunidades indígenas²².

²² Véase ONU, *Declaración en respuesta al asesinato de líderes indígenas guatemaltecos*, comunicado, de 25 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.unenvironment.org/es/news-and-stories/statement/declaracion-en-respuesta-al-asesinato-de-lideres-indigenas-guatemaltecos>; *El asesinato de dos líderes agudiza la vulnerabilidad indígena en Guatemala*, El Diario.es, de 14 de mayo de 2018. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/asesinato-lideres-vulnerabilidad-indigena-Guatemala_0_771323175.html.

Finalmente, hay que destacar que el caso genocidio contra Ríos Montt es importante porque refuerza la idea de que son los Estados los que deben enjuiciar los crímenes más graves que se cometen bajo su jurisdicción. Además, el caso genocidio ha sido juzgado por tribunales guatemaltecos aplicando la normativa guatemalteca, y de ahí también la importancia de tener tipificado el delito de genocidio en la normativa interna para poder perseguir adecuadamente a los responsables de estos crímenes. Juzgar este tipo de crímenes no sólo contribuye a hacer justicia, sino que también contribuye a la verdad, tanto individual como colectiva, constituye una forma de reparación y reconocimiento de las atrocidades cometidas en el pasado y finalmente, es una forma de garantizar que estas violaciones no se vuelvan a cometer en el futuro.

REFERENCIAS

Doctrina

- Blake, J. (2014). Should Domestic Courts Prosecute Genocide: Examining the Trial of Efraín Ríos Montt. *Brooklyn Journal of International Law*, 39, pp. 564-612.
- Brett, R. (2016). Peace without Social Reconciliation? Understanding the Trial of Generals Ríos Montt and Rodríguez Sánchez in the Wake of Guatemala's Genocide. *Journal of Genocide Research*, 18(2-3), pp. 285-303.
- Canteo, M. A. (2013). Impactos del juicio por genocidio en el sistema de justicia de Guatemala. *Aportes DPLF*, 18, pp. 47-48.
- Delgado, A. (2013). El juicio por el genocidio Ixil. El sistema de justicia ante un reto histórico. *Impunity Watch*.
- Doyle, K. (2009). *National Security Archive Electronic*. Retrieved from Briefing Book No. 297: <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB297/index2.htm>
- Fulchiron, A. (2016). La violencia sexual como genocidio. Memoria de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado en Guatemala. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, pp. 391-422.
- Gutiérrez, L. M., y Rodríguez, J. (2015). Legados de impunidad y rostros de la verdad en Guatemala. Reflexiones en torno al juicio por genocidio (caso Ríos Montt). *Revista IIDH*, 61, pp. 57-86.

- Jonas, S. (2013). La democratización por medio de la paz: un difícil caso de Guatemala. In V. e. Álvarez, *Guatemala: historia reciente (1954-1996). Tomo IV: Proceso de paz y contexto internacional*. Guatemala: FLACSO, pp. 25-67.
- Kemp, S. (2014). Guatemala Prosecutes Former President Ríos Montt: New Perspectives on Genocide and Domestic Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, 12(1), pp. 133-156.
- Kittichaisaree, K. (2002). *International Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Laplante, L. (2014). Memory Battles: Guatemala's Public Debates and the Genocide Trial of Jose Efraim Ríos Montt. *Quinnipiac Law Review*, 32, pp. 621-673.
- Mallinder, L. (2009). Global Comparaison on amnesty laws. In M. Bassiouni, *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Antwerp: Intersentia.
- Pérez, J. L. (2012). La noción de intención en la definición de genocidio. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIV(2), pp. 163-177.
- Pilloud, C., De Preux, J., y Sandoz, Y. (1986). *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Hague-Boston-London: Martin nijhoff Publishers.
- Roth-Arriaza, N. (2013). El juicio de Ríos Montt. *Aportes DPLF*, 18, pp. 42-46.
- Roth-Arriaza, N., y Gibson, L. (1998). The Developing Jurisprudence on Amnesty. *Human Rights Quarterly*, 20, pp. 843-885.
- Sala, L. (2018). Enemigos, población y guerra psicológica. Los “saberes contrasubversivos” argentinos y su (re)apropiación por los militares guatemaltecos. *19 Diálogos: Revista electrónica de historia*, pp. 140-169.
- Sassoli, M., y Bouvier, A. (2003). *Un dorit dnas la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Soria, P. (2014). Estrategias para la búsqueda de justicia por crímenes internacionales de género: el caso Ríos Montt. *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 81-90.
- Valencia, A. (2013). El genocidio y los deberes de humanidad en el Código Penal guatemalteco: su interpretación a partir de estándares internacionales. *Revista Opus Magna Constitucional* (Tomo VII), pp. 1-57.
- Vara, J. S. (2006). La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, pp. 1-21.
- Vela, M. E. (2016). Perpetrators: specialization, willingness, group pressure and incentives. Lessons from the Guatemalan acts of genocide. *Journal of Genocide Research*, 18(2-3), pp. 225-244.

Jurisprudencia nacional

España

- Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción nº 1. (20 de mayo de 2014). Diligencias previas 331/99, FJ3.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. (25 de febrero de 2003). Sentencia 237/2003.
- Tribunal Constitucional. Sala Segunda. (26 de septiembre de 2005). Sentencia 237/2005.

Guatemala

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (20 de mayo de 2013). Voto razonado de la Magistrada Gloria Patricia Porras Escobar, Expediente 1904-2013.
- Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcotividad, y Delitos contra el Medio Ambiente de Guatemala. (7 de octubre de 2015). Expediente 01706-2011-00015.
- Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcotividad y Delitos contra el Medio Ambiente (“Tribunal de Mayor Riesgo A”). (10 de mayo de 2013). Sentencia por delitos de genocidio y deberes contra la humanidad, C-01076-2011-00015, Of. 2a.
- Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente (“Tribunal de Mayor Riesgo A”). (26 de febrero de 2016). Sentencia C-01076-2012-00021.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. (19 de noviembre de 2004). Caso *Masacre Plan Sánchez c. Guatemala*, Reparaciones.
- CIDH. (14 de marzo de 2001). Caso *Barrios Altos c. Perú*. Fondo.
- CIDH. (24 de noviembre de 2010). Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) c. Brasil*.
- CIDH. (22 de septiembre de 2006). Caso *Gelman c. Uruguay*.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.

Otras referencias

- ACNUDH (2019). Comunicado: *Guatemala: Bachelet advierte que la modificación de la Ley de Reconciliación Nacional conducirá a la impunidad*

- por graves crímenes*, de 22 de enero. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24098&LangID=S>
- CACIF (2013). Comunicado: CACIF llama a Corte de Constitucionalidad a preservar gobernabilidad y futuro del país, de 13 de mayo.
- CEH. (1999). Informe “Guatemala: memoria del silencio”. Guatemala: F&G Editores.
- Comisión Internacional de Juristas. (2014). Cometario jurídico al artículo 378 del Código Penal de Guatemala: delitos contra los deberes de humanidad. Guatemala: CIJ.
- Comisión De Derechos Humanos Del Congreso De La República De Guatemala (2018) Dictamen Sobre La Iniciativa De Ley 5377, Que Dispone Aprobar Reformas Al Decreto Número 145-96 Del Congreso De La República, Ley De Reconciliación Nacional (No 2-2018) disponible online: https://www.congreso.gob.gt/wp-content/plugins/paso-estado-incidencias/includes/uploads/docs/1533061049_Dictamen%20Desfavorable%205377.pdf
- Corte Penal Internacional, Elementos de los crímenes (2002). Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, segunda parte. B
- Estrada Tobar, E. y Rodríguez Pellecer, M. (2018, 27 de septiembre). El genocidio se comprobó ante un tribunal (de nuevo). Aquí, toda la historia. *Revista Nómada*. Disponible en: <https://nomada.gt/identidades/de-donde-venimos/el-genocidio-se-comprobo-ante-un-tribunal-de-nuevo-aqui-toda-la-historia/>
- FIDH. (2013). *Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable*. Disponible en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf
- FIGBAR. (2016). *Informe sobre el estado de la Jurisdicción Universal en España*. Madrid.
- Guatemala. Acuerdo Global de Derechos Humanos, apartado III sobre “Compromiso contra la impunidad”, México, 29 de marzo de 1994.
- Guatemala. Decreto ley número 8-86, de 10 de enero de 1986
- Guatemala. Decreto No. 145-96, de 18 de diciembre de 1996.
- Human Rights Watch. (2017). Carrera contra el tiempo. Cómo el Poder Judicial de Guatemala pone en riesgo la lucha contra la impunidad.
- Monzón, K. y Oliva, W. (2018, 26 de septiembre) Tribunal absuelve por mayoría a Mauricio Rodríguez Sánchez del delito de genocidio. *Prensa Libre*. Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/genocidio-sentencia-militar-mauricio-rodriguez-sanchez/>
- Revista Nómada. (2018, 15 de febrero). Estos son los casos que investiga la oficina de la fiscal atacada. *Revista Nómada*. Disponible en: <https://>

- nomada.gt/pais/estos-son-los-casos-que-investiga-la-oficina-de-la-fiscal-atacada/
- Redacción. (2019, 11 de enero). Inauguran Tribunal y Juzgado de Mayor Riesgo “E”. *CRN Noticias*. Disponible en: <https://crnnoticias.com/inauguran-tribunal-y-juzgado-de-mayor-riesgo-e/>
- Rojas, A. F. (2014, 14 de mayo). Genocidio es negado por legisladores. *Prensa Libre*. Disponible en: https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/genocidio-negado-legisladores_0_1138086211-html/
- Secretario General de las Naciones Unidas. (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. UN Doc. S/2004/616. (3 de agosto).

Segunda Parte

**La contribución del Tribunal Penal
Internacional para la ex Yugoslavia
a la definición y aplicación del delito
de genocidio**

Capítulo 9

Vicisitudes en el proceso de creación del TPIY y su función en el desarrollo del Derecho Internacional Penal

Piergiuseppe Parisi

INTRODUCCIÓN

Como respuesta al sangriento conflicto armado que tuvo lugar en los Balcanes desde el año 1991, el 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Resolución No. 808 (1993) con la que decidió establecer el TPIY (Resolución 808 de 1993).

Frente a las atrocidades perpetradas durante el conflicto y al fracaso de las medidas de uso de la fuerza adoptadas por la comunidad internacional como reacción ante las mismas, el TPIY representó —según Louise Arbour (2012)— el intento de buscar una solución a una crisis que parecía cada vez más incontrolable. La singular coyuntura histórica y política que caracterizó la década de los '90 al final de la Guerra Fría estuvo marcada por el acercamiento entre los bloques occidental y oriental, e hizo posible que se superaran las desconfianzas entre los Estados miembros del Consejo de Seguridad de la ONU para afirmar el principio según el cual las violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no quedarían impunes, no solamente en relación a las responsabilidades estatales, sino también con respecto a las responsabilidades penales individuales (Schabas, 2006; Costi y Fronza, 2016)¹.

El TPIY ha demostrado la viabilidad de un proyecto de justicia internacional penal posterior a las experiencias de Núremberg y To-

¹ Con respecto a la Corte Penal Internacional (CPI), véase como las circunstancias históricas en el periodo sucesivo a la Guerra Fría favorecieron las negociaciones que llevaron a la conferencia de Roma en Benedetti y Washburn (1999).

kio tras la II Guerra Mundial, y ha constituido uno de los principales catalizadores para la creación de otros tribunales internacionales penales y, sobre todo, de la CPI en 1998.

Al mismo tiempo, el derecho sustantivo y procesal del TPIY y su jurisprudencia han contribuido al desarrollo del derecho internacional penal, tal y como lo conocemos hoy en día, y han sido trasladadas al Estatuto de la CPI (otras han sido rechazadas o bien por sus fundadores o bien por los jueces). En efecto, si por un lado el TPIY ha representado el triunfo de un ideal de justicia que sobrepasa las fronteras estatales con el objetivo de proteger unos bienes jurídicos que pertenecen a toda la comunidad internacional, este mismo sistema de justicia ha planteado problemas que proceden de una aplicación rigurosa del principio de legalidad penal y que abarcan la relación entre las jurisdicciones nacionales e internacional.

El capítulo, después de haber esbozado el proceso de creación del TPIY (poniendo particular énfasis en la naturaleza de sus fuentes normativas y los límites implícitos en la estrategia del Consejo de Seguridad al establecerlo), expone algunas de las contribuciones principales del Tribunal al desarrollo del Derecho internacional penal (DIP) sustantivo, centrándose en aquellos aspectos relevantes para el presente volumen que no son tratados en otros capítulos.

1. LA CREACIÓN DEL TPIY Y SUS CAUSAS

Con la muerte de su presidente Tito en 1981, el territorio de la República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY), un Estado surgido en 1919 sobre las cenizas de los antiguos imperios otomano y austríaco, se convirtió en un campo de batalla donde se enfrentaron fuerzas independentistas, promovidas por líderes que supieron explotar las divisiones étnicas que se agudizaron en la década de 1980. En 1991, Eslovenia y Croacia declararon su independencia, alegando que la RFSY, nombre que se le había atribuido al territorio de la ex Yugoslavia en 1963, era dominada por el grupo étnico serbio. Empezó así una serie de conflictos interétnicos, donde independencia e insurgencia se interconectaban, que duró hasta noviembre de 2001, dando lugar a la situación territorial vigente hoy en día en los Balcanes.

Estos conflictos dejaron millares de muertos tanto entre quienes tuvieron parte activa en las hostilidades como entre la población civil. Todas las partes participaron en la comisión de crímenes internacionales, incluyendo campañas de limpieza étnica, sobre todo en el territorio de la actual Bosnia-Herzegovina, que fueron llevadas a cabo con el fin de fortalecer sus reclamaciones territoriales².

La creación del TPIY por parte del Consejo de Seguridad de la ONU puede ser abordada desde dos perspectivas diferentes con el fin de identificar sus antecedentes causales históricos y sistemáticos. Desde la perspectiva de la justicia internacional penal, hay que subrayar la decisión del Consejo de Seguridad de establecer un tribunal con jurisdicción penal para investigar, perseguir y juzgar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario en un contexto histórico caracterizado por la búsqueda de instrumentos internacionales de *enforcement* de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario³.

Tras las experiencias de Núremberg y Tokio, que marcaron a nivel internacional la individualización en clave penal de las responsabilidades por violaciones graves del *jus in bello*, se abrió paso en los círculos diplomáticos la idea de una corte penal internacional permanente. Esta idea, que pareció ganar terreno con la adopción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, se quedó en papel mojado tras la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional, a solicitud de la Asamblea General de la ONU, de dos proyectos de estatuto a principios de la década de 1950 (Schabas, 2011). Al terminar la Guerra Fría, que había constituido uno de los obstáculos más insuperables en el proceso de discusión de las propuestas de la Comisión, la creación del TPIY representó un punto de inflexión en el desarrollo de la justicia internacional penal. Por un lado, se afirmaba el principio según el cual los límites a la acción gubernamental podían encontrarse en el ordenamiento internacional y no solamente en las constituciones de cada Estado. Por

² Para unos relatos históricos de las guerras Yugoslavas véanse Pirjvec, 2000; Baker, 2015; Alastair, 2004.

³ Con respecto a la búsqueda de un sistema de *enforcement* del derecho internacional humanitario desde la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949, véase Danner, 2006.

otro lado, se daba un salto cualitativo en el sistema de protección internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en la medida en que la previsión de derechos positivos encontraba una forma de protección jurisdiccional a nivel internacional (Costi y Fronza, 2016).

Si dirigimos la atención al contexto más específico de los Balcanes, las causas de la creación del TPIY han de buscarse en las presiones de la sociedad civil por medio de ONGs como *Human Rights Watch*⁴ y de la opinión pública⁵, así como en las recomendaciones de mecanismos internacionales, y fundamentalmente de la Comisión de Expertos establecida en cumplimiento de la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU No. 780 (1992) por el Secretario General Boutros Boutros-Ghali. Aunque el principio de responsabilidad individual por las violaciones al derecho internacional humanitario se había reafirmado en varias resoluciones anteriores al informe de la Comisión de Expertos⁶, fue precisamente esta Comisión la que, en su primer informe de febrero de 1993, propuso por primera vez la creación de un tribunal internacional penal *ad hoc* cuyo fundamento jurisdiccional se encontraría en el principio de jurisdicción universal aplicable a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio (la Comisión de Expertos también señaló que, en relación con este último delito, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ofrecía así mismo un apoyo normativo para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal)⁷. Además, en su informe de mayo 1994, la Comisión concluyó que la institución de un tribunal internacional representaría una respuesta concreta a las demandas de las víctimas del conflicto⁸.

Hay otros factores que contribuyeron al establecimiento del TPIY, como por ejemplo las iniciativas de las diplomacias alemana y france-

⁴ Véase Helsinki Watch, 1992.

⁵ Véase una reseña de artículos de periódicos influyentes en Schabas, 2011.

⁶ En particular, véanse las Resoluciones del Consejo de Seguridad 764 de 1992 y 771 de 1992.

⁷ Véase también Pocar, 2009.

⁸ Véase CSNU, “Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)” anexoado a S/1994/674 (27 de mayo de 1994) para. 320 disponible en: <https://undocs.org/S/1994/674>.

sa, o bien los pronunciamientos de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa por iniciativa del Reino Unido y otros estados europeos, o aún las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Finalmente, el empuje decisivo llegó de la diplomacia estadounidense. El gobierno de Clinton manifestó su apoyo a la creación de un tribunal internacional penal bajo la égida de la CIJ en la Haya o bien con base en los Estados Unidos. Tras la resistencia inicial de algunos estados de Europa Occidental, el Consejo de Seguridad de la ONU, impulsado por propuestas francesas e italianas, pidió al Secretario General que informara al Consejo sobre todos los aspectos relevantes para su creación. El debate entre las misiones diplomáticas de los varios países involucrados que se produjo tras la presentación de este informe y concluyó con la adopción de la Resolución 808 (1993) demuestra el compromiso de los gobiernos con el fin de acabar con la impunidad en la ex Yugoslavia. Asimismo, refleja como el proceso de creación del TPIY fue el resultado de complejas negociaciones entre los distintos gobiernos, que buscaban al mismo tiempo, ya fuera evitar que se creara un precedente que pudiera volverse en su contra (caso de Rusia o China), ya fuera garantizar que el tribunal funcionaría como un instrumento de *outreach* en los Balcanes con el fin de extender su ámbito de influencia (caso de los Estados Unidos)⁹.

2. EL FUNDAMENTO NORMATIVO DEL TPIY

El 25 de mayo 1993, con la Resolución 827 (1993), el Consejo de Seguridad estableció formalmente el TPIY. La decisión de establecer el TPIY encuentra su fundamento normativo en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como parte de las medidas que el Consejo de Seguridad pueda adoptar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, que son jurídicamente vinculantes para todos los Estados. En cuanto al marco institucional del Tribunal, éste, a diferencia de los tribunales de Núremberg y Tokio y de la propia CPI, no fue el resultado de un acuerdo entre los estados, sino el producto de una decisión tomada en el marco de las Naciones Unidas.

⁹ Para unos relatos críticos de las negociaciones que llevaron al establecimiento del TPIY, véanse, en particular, Schabas, 2011; Danner, 2006; Pocar, 2009.

La Resolución 827 atrajo varias críticas con respecto al poder del Consejo de Seguridad para establecer un tribunal penal según el dictado del Artículo 41 de la Carta de la ONU, el cual no prevé explícitamente esta posibilidad¹⁰. Sin embargo, en 1954, la CIJ había declarado que el Artículo 29 de la Carta le otorga al Consejo de Seguridad la facultad de delegar sus poderes a órganos subsidiarios, incluyendo tribunales¹¹. Además, el TPIY no se encuentra totalmente subordinado al Consejo de Seguridad, ya que sus jueces son elegidos por la Asamblea General y su Fiscal por el Secretario General (Barboza, 1999; Patel King, 1996; Davis, 2002).

Estas críticas fueron abordadas en una importante decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadić*. La defensa del acusado impugnó la jurisdicción del TPIY, alegando su falta de legitimidad sobre la base de que la Carta de las Naciones Unidas no otorga al Consejo de Seguridad el poder para establecer este tipo de tribunales. La Sala de Primera Instancia rechazó la impugnación de la defensa (1995). Posteriormente, la Sala de Apelaciones determinó que el Artículo 41 de la Carta, que genéricamente estipula que, en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, el Consejo de Seguridad puede decidir “qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones”, incluye también la creación de tribunales internacionales, según la facultad atribuida al Consejo por el Artículo 39 de la Carta¹².

3. UNA NUEVA ETAPA PARA LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL

La creación del TPIY inauguró lo que se podría definir como una nueva etapa de la justicia internacional. La creación de un tribunal para el enjuiciamiento de individuos responsables de crímenes internacionales

¹⁰ Barboza, 1999; Patel King, 1996; Davis, 2002.

¹¹ CIJ, 1954.

¹² TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995. La Sala de Apelaciones afirmó su competencia para resolver la impugnación de la defensa sobre la base del principio por el cual cada tribunal internacional mantiene la competencia inherente de resolver todas las cuestiones relativas a su competencia.

dotaba al sistema internacional de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario con un instrumento de garantía efectiva (*enforcement*), a pesar de que la efectividad de las investigaciones y la ejecución de las sentencias del TPIY dependían en gran medida de la cooperación de los estados cuyos ciudadanos eran investigados o enjuiciados (Danner, 2006). Cabe recordar que esto no fue un fenómeno totalmente nuevo, ya que experiencias de justicia internacional penal se habían registrado antes, por ejemplo, con los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, a finales de la Segunda Guerra Mundial¹³, y con el intento de enjuiciamiento del káiser Guillermo II de Alemania por parte de las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial conforme al Artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919¹⁴.

Sin embargo, fue con el fin de la Guerra Fría, cuando el TPIY, con el acuerdo de todos los Estados miembros del Consejo de Seguridad, impulsó el desarrollo de un auténtico proyecto de justicia internacional penal. De esta manera, a la creación del TPIY le siguió el establecimiento del TPIR, la creación de tribunales mixtos, como la CESL, y finalmente la puesta en marcha de la CPI. En cierto sentido, el TPIY demostró que una justicia internacional penal era posible¹⁵.

Sin embargo, la estrategia perseguida por el Consejo de Seguridad presentó problemas sistémicos, en particular con respecto al fundamental principio de legalidad en materia penal. Así, la creación de un tribunal penal por medio de una resolución del Consejo de Seguridad conllevó problemas de legitimidad frente a la soberanía estatal, sobre todo en una materia tan celosamente custodiada como la justicia penal. Aunque el problema de la legitimidad había sido resuelto por la Sala de Apelación del TPIY en el caso *Tadić*, todas las experiencias judiciales internacionales posteriores a los dos tribunales *ad hoc* se han fundado en acuerdos entre los países interesados y las Naciones Unidas o, en el caso de la CPI, en un acuerdo multilateral entre los estados partes de su estatuto¹⁶.

¹³ Con respecto a la experiencia, en particular, del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, véase Heller, 2011.

¹⁴ Véase, en particular, Schabas, 2018.

¹⁵ Véase en particular Jorda, 2004.

¹⁶ El propio Estatuto de la CPI confirma el papel esencial desempeñado por el Consejo de Seguridad en situaciones donde se han cometido crímenes interna-

La jurisdicción *ratione temporis* del TPIY también planteaba problemas con respecto al principio de legalidad penal. Es cierto que el TPIY gozaba de una jurisdicción *ratione temporis* tanto retroactiva como futura, ya que los Artículos 1 y 8 de su Estatuto (anexo a la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad) establecían que el Tribunal tenía competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas a partir del 1º enero de 1991. Esta previsión no encajaba bien con el principio de irretroactividad de la legislación penal, aunque la definición de los tipos penales se realizara en gran parte con referencia al derecho internacional consuetudinario¹⁷.

El mismo problema se presentaría después con la mayoría de los tribunales mixtos establecidos por medio de acuerdos entre las Naciones Unidas y los países interesados, ya que todos fueron instituidos *ex post facto*¹⁸. Por ello, la creación de la CPI marcó un alejamiento de este modelo, ya que no solamente se instituyó una jurisdicción penal para la persecución penal de *futuros* crímenes internacionales, sino que el principio de irretroactividad de la norma penal viene codificado en el Artículo 22 del Estatuto de la CPI, cuyo apartado 1 establece que “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, *en el momento en que tiene lugar*, un crimen de la competencia de la Corte”.

4. ¿UNA JUSTICIA DE LOS VENCEDORES?

Una de las críticas más importantes avanzadas contra los Tribunales de Núremberg y Tokio había sido la afirmación de que estos tribunales representaban una forma de justicia selectiva o, mejor dicho,

cionales, otorgándole la facultad de remitir al Fiscal, por resolución del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, cualquier situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes recogidos en el Estatuto de la CPI. Véanse los Artículos 13(1)(b), 15 *ter* y 16 del Estatuto de Roma de la CPI.

¹⁷ A propósito del tema de la retroactividad de la jurisdicción del TPIY frente a los desarrollos sucesivos en la justicia penal internacional, véase, en particular, Ambos, 2010.

¹⁸ Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona o el Tribunal Especial para el Líbano.

una “justicia de los vencedores”¹⁹. El mandato amplio del TPIY, que le otorga el papel de investigar y perseguir a todos los responsables de los crímenes recogidos en su Estatuto cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, independientemente de su nacionalidad, parecía superar la lógica selectiva que había caracterizado la creación de los Tribunales Militares Internacionales. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de los Fiscales del TPIY, los Estados que podrían considerarse vencedores de la guerra en los Balcanes consiguieron obstaculizar el trabajo del Tribunal²⁰.

Se ha mostrado, por ejemplo, que el Gobierno de Croacia, en particular bajo la presidencia de Franjo Tudjman, consiguió obstaculizar la investigación por parte de la Fiscalía del TPIY de crímenes presuntamente cometidos por fuerzas croatas y bosnio-croata entre 1991 y 1995. Las tácticas utilizadas abarcaban el uso de argumentos jurídicos que, por ejemplo, intentaban descartar la jurisdicción del Tribunal sobre campañas militares que el gobierno croata calificaba como operaciones de policía. Igualmente, tras la muerte de Tudjman, sucesivos gobiernos de Croacia se mostraron reticentes a cooperar con el Tribunal en los aspectos más cruciales del proceso de *accountability*, y en particular en relación con la detención y entrega de los imputados. Detrás de estas tácticas había tanto intereses y cálculos políticos como la identificación por parte importante del pueblo croata con la Guerra de Independencia y con los ideales en los que se basó la misma. Sin embargo, a pesar de todo esto, la tercera Fiscal del TPIY, Carla del Ponte, respaldada por las presiones de la Unión Europea sobre Croacia, que manifestaba su voluntad de hacerse miembro de la Unión, consiguió finalmente obtener un mayor nivel de cooperación por parte de las autoridades croatas²¹.

¹⁹ Sobre el concepto de “justicia de los vencedores”, véase Zolo, 2006.

²⁰ Con respecto a las estrategias utilizadas ante los dos Tribunales *ad hoc* para desviar las investigaciones, véase en particular Peskin, 2005.

²¹ Con respecto a las investigaciones del TPIY de presuntos crímenes perpetrados por soldados croatas y los intentos de los gobiernos de Croacia de desviarlas hasta los primeros años de 2000, véase en particular Peskin, 2005.

5. LA RELACIÓN ENTRE EL TPIY Y LOS TRIBUNALES NACIONALES: DE LA PRIMACÍA A LA COMPLEMENTARIEDAD

Con el establecimiento del TPIY se planteó por primera vez el problema de la relación entre las jurisdicciones nacionales e internacional. El Estatuto del TPIY parece dirimir esta cuestión acordándole primacía al Tribunal. De hecho, si bien el Artículo 9 del Estatuto se titula “jurisdicción concurrente”, su apartado segundo explica que esta relación se caracteriza por ser vertical y sitúa el Tribunal en la parte superior, ya que, en cualquier momento del procedimiento hasta que se dicte sentencia, “podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional”.

La razón de esta configuración de la relación entre el TPIY y las jurisdicciones domésticas ha de buscarse en la génesis del primero. Como vimos antes, el Tribunal fue creado por una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta, es decir con el propósito de reestablecer la paz y la seguridad internacionales. Así pues, la primacía jurisdiccional otorgada al Tribunal se justifica por los intereses humanitarios inderogables que fundan la decisión tomada por el Consejo y con el fin de permitir al Tribunal, un órgano subsidiario del Consejo, desempeñar su papel en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales²².

La primacía de la jurisdicción del Tribunal no es, sin embargo, ilimitada, ya que para que el Fiscal pueda solicitar que casos asumidos por los tribunales nacionales sean remitidos al TPIY, se tienen que cumplir las condiciones establecidas en la Regla 9 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Esto significa que es necesario que concurra al menos una de las siguientes tres circunstancias: (i) la calificación como un delito ordinario por la jurisdicción nacional de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento; (ii) la falta de independencia o imparcialidad en las actuaciones nacionales, el hecho de que las mismas se dirijan a proteger al imputado de su responsabilidad inter-

²² Véase Brown, 1998.

nacional o la falta de la debida diligencia en su tramitación; o (iii) el involucramiento de cuestiones de hecho o de derecho cuya resolución pueda tener un impacto en las investigaciones o enjuiciamientos desarrollados ante al Tribunal.

Así mismo, la práctica de los Fiscales del TPIY demuestra que, en muchos casos, el mismo Tribunal ha actuado según una estrategia diseñada para fortalecer el nivel de cooperación con las jurisdicciones nacionales, lo que le ha llevado a abstenerse en ocasiones de solicitar que le remitiesen casos sobre los que hubiera podido reafirmar su primacía jurisdiccional²³. Esta división del trabajo en la persecución de los responsables de los crímenes previstos en el Estatuto se justifica jurídicamente en la discrecionalidad de los Fiscales del TPIY.

Al margen de las solicitudes interpuestas por el Fiscal, la Regla 11 *bis* le otorga al presidente del TPIY el poder de constituir un comité formado por tres jueces encargados de determinar si un caso que se haya planteado frente al Tribunal puede ser remitido a los tribunales nacionales según los criterios establecidos en el apartado (A) de esta misma Regla. Con la enmienda de 2004 de la Regla 11 *bis* se introdujo el criterio según el cual el Comité, al determinar si el caso puede remitirse a las autoridades nacionales, debe tomar en consideración la gravedad del crimen y el nivel de responsabilidad del imputado, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 1534 (2004) del Consejo de Seguridad²⁴.

Además, según el apartado (F) de la Regla 11 *bis*, se le otorga al Tribunal el poder de revocar su decisión de remitir un caso a los tribunales nacionales, a petición del Fiscal y en caso de que se cumpla una de las circunstancias arriba mencionadas previstas en la Regla 9. Si bien la facultad de revocar ha sido utilizada principalmente cuando en el caso de que se trate se han de decidir cuestiones de hecho o de derecho cuya resolución pueda tener un impacto en las investigaciones o enjuiciamientos desarrollados ante al Tribunal (TPIY, Caso *Tadić*, 1996; Mrkšić, Šlijančanin and Radić, 1998; Republic of Ma-

²³ Véanse, por ejemplo, los casos *Djajić* and *Jorgić* que fueron juzgados respectivamente antes los tribunales de Mónaco y Dusseldorf en Alemania (Arbour, 1997); El Zeidy, 2008.

²⁴ La Resolución No. 1534 (2004) del Consejo de Seguridad S/RES/1534 (26 de marzo de 2004).

cedonia, 4/10/2002), cabe notar como la relación entre el TPIY y los tribunales nacionales, así como resulta de su Estatuto, de las Reglas de Procedimiento y Prueba y de la práctica del Tribunal, se caracteriza por su naturaleza híbrida, ya que junto al criterio original de la primacía del Tribunal, se unen otros factores que dan entrada a ciertas manifestación del criterio de la complementariedad²⁵.

La Regla 11 *bis* ha sido objeto de múltiples enmiendas (El Zeidy, 2008) sobre todo para permitir que el Tribunal pudiera llevar a cabo una estrategia efectiva de conclusión. Los intentos del Tribunal por establecer una cooperación cada vez más estrecha con las jurisdicciones nacionales han de interpretarse también a la luz de este factor. Así mismo, a pesar de que, en sus primeros años de vida, el Tribunal haya interpretado su primacía como un instrumento para combatir la impunidad y para evitar que las autoridades estatales protegiesen a los responsables²⁶, y por lo tanto haya asumido un rol principal en su enjuiciamiento, a medida que los casos se iban acumulando los jueces empezaron a considerar el remitir casos a las jurisdicciones nacionales para aliviar su trabajo (El Zeidy, 2008).

Estas y otras consideraciones con respecto a la tutela de la soberanía estatal determinaron que el Estatuto de la CPI adoptara el principio de la complementariedad (Fronza, 2016). Esto significa que, si bien se mantuvo el criterio general de jurisdicción concurrente, su configuración se caracteriza por otorgarle prioridad a las jurisdicciones domésticas. De esta manera, se evidencian unas claras similitudes entre el sistema de complementariedad de la CPI y aquel establecido en la Regla 11 *bis* de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY. Sin embargo, cabe afirmar que, si por un lado el criterio de comple-

²⁵ El Zeidy, 2008.

²⁶ En el caso *Tadić*, el TPIY afirmó lo siguiente: “when an international tribunal such as the present one is created, it must be endowed with primacy over national courts. Otherwise, human nature being what it is, there would be a perennial danger of international crimes being characterized as ‘ordinary crimes’ [...] or proceedings being ‘designed to shield the accused’, or cases not being diligently prosecuted. If not effectively countered by the principle of primacy, any one of those strategies might be used to defeat the very purpose of the creation of an international criminal jurisdiction, to the benefit of the very people whom it has been designed to prosecute” (*Tadić* (IT-94-1-AR72) Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, para. 58).

mentariedad acogido en el Estatuto de la CPI tiene como fin preservar la soberanía estatal e impulsar a los estados partes para que adopten leyes para la persecución en el ámbito interno de los crímenes internacionales, los factores de complementariedad recogidos en el sistema del TPIY tienen su fundamento en la discrecionalidad del Fiscal del TPIY y se encuentran en buena medida dirigidos a poder ejecutar de manera efectiva la estrategia de finalización de las actuaciones del Tribunal (El Zeidy, 2008).

6. LA CONTRIBUCIÓN DEL TPIY A LA ELABORACIÓN DE UNA PARTE GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

El Estatuto del TPIY nunca fue diseñado como un código internacional penal. Para ello hubo que esperar al Estatuto de la CPI que codifica tanto la parte general como la parte especial del DIP. Si bien el Estatuto del TPIY se limita a incluir directrices muy generales, uno de los logros más importantes del Tribunal coincide precisamente con la reconstrucción, por medio de su jurisprudencia, de unos principios generales en relación con la parte general. El establecimiento de un umbral mínimo de imputación subjetiva y la definición de algunas de las circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, son dos claros ejemplos de esta situación.

6.1. *La contribución de la jurisprudencia del TPIY en relación con el establecimiento de un elemento subjetivo mínimo*

Si bien el TPIY ha reconocido en varios casos que el principio de culpabilidad goza de una naturaleza consuetudinaria y representa una regla general del derecho, la falta de indicaciones claras acerca de su contenido y alcance en su Estatuto ha dado origen a varios problemas epistemológicos en el intento de establecer un modelo general de imputación subjetiva. Para configurar este modelo de imputación, las Salas del TPIY han recurrido a la comparación entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Como resultado, se ha establecido un umbral mínimo de imputación subjetiva que, como indica Vallini, se corresponde, desde una

perspectiva probatoria, con los conceptos de *recklessness* en los sistemas anglosajones y culpa consciente en los sistemas romano-germánicos. De esta manera, para la jurisprudencia del TPIY, es suficiente con que la Fiscalía pruebe que el autor lleve a cabo la conducta objeto de incriminación con consciencia de la probabilidad sustancial de que la misma acabe generando el resultado prohibido. Raramente se exige a la Fiscalía que pruebe la aceptación interna de la materialización de dicho riesgo.

Sólo con posterioridad al desarrollo de la jurisprudencia del TPIY, el elemento subjetivo ha sido codificado por primera vez en DIP a través del Artículo 30 del Estatuto de la CPI (y solamente con efectos vinculantes para el sistema de la CPI). Esta disposición desvincula el elemento subjetivo de los modelos domésticos de imputación subjetiva, lo que significa que el intérprete deberá abstenerse de recurrir a las nociones domésticas de intención y conocimiento, privilegiando en su lugar las directrices establecidas en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI y en los Elementos de los Crímenes. Si bien no es el propósito de este capítulo analizar el elemento subjetivo recogido en el Estatuto de la CPI, conviene subrayar que éste parece acoger un estándar mínimo de imputación subjetiva más severo del establecido por la jurisprudencia del TPIY. De hecho, si bien la jurisprudencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI admitió inicialmente el dolo eventual en los casos *Lubanga* y *Katanga*, lo cierto es que posteriormente las Salas de Primera Instancia se han apartado de la misma, acogiendo una interpretación más restrictiva de los requisitos del Artículo 30.

6.2. *La contribución del TPIY a la definición de las circunstancias eximentes*

La disciplina de las circunstancias eximentes desempeña un papel fundamental en la arquitectura del DIP desde los procesos de Núremberg y Tokio, ya que las estrategias de defensa se han centrado a menudo en afirmar la exención de la responsabilidad penal de los imputados, alegando que han actuado en cumplimiento de las órdenes de un superior jerárquico. El carácter generalizado de los crímenes internacionales y las estructuras jerárquicas estatales o cuasi-estatales que caracterizan a las organizaciones, o grupos de individuos, respon-

sables, generan problemas en la evaluación de la antijuridicidad de las conductas típicas.

Ausentes unas directrices mínimas en el DIP, la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y Tokio primero, y de los Tribunales ad hoc después, ha desempeñado un papel fundamental en la determinación de los requisitos mínimos para establecer la presencia de causas de justificación capaces de excluir la antijuridicidad de ciertas conductas.

Con respecto a las órdenes de los superiores jerárquicos, el Artículo 7, apartado 4, del Estatuto del TPIY establece que “El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad”. Según esta formulación, el Tribunal parece que debe aplicar un estándar riguroso porque le incumbe al ejecutor material determinar si la orden del superior es legítima y, en caso de respuesta negativa, rechazar su cumplimiento.

Sin embargo, la praxis de los Tribunales ad hoc y, en particular, del TPIY ha sido un tanto distinta al tratar conjuntamente las órdenes de los superiores jerárquicos con otras circunstancias que se dan simultáneamente. Así, por ejemplo, en los casos *Jelisić*, *Delalić* y *Mrđa*, el TPIY ha rechazado la exención de responsabilidad argumentando que o bien los métodos utilizados por los acusados en la comisión de los delitos desvelan la aceptación interior de las órdenes de sus superiores jerárquicos, o bien las órdenes son tan manifiestamente antijurídicas que los acusados deberían haber rechazado su ejecución.

En el caso Erdemović, el TPIY consideró la relación entre la orden del superior jerárquico y el estado de necesidad (o *duress* en su nomenclatura en inglés). La defensa del imputado, quien fue acusado en primera instancia de crímenes de lesa humanidad por su participación en la ejecución de numerosos detenidos en julio de 1995 en Srebrenica, alegó que Erdemović había llevado a cabo las conductas que se le imputaban bajo amenaza de muerte, incluso contra sus familiares. El TPIY afirmó que ambas circunstancias eximentes no son mutuamente excluyentes, y que, en particular, la existencia de una orden del superior puede mostrar la existencia de coacción, cuando los otros requisitos del estado de necesidad han sido establecidos.

Así mismo, con respecto al estado de necesidad, el TPIY adoptó en el caso Erdemović, una interpretación restrictiva, de manera que, al igual que ocurre en los sistemas de common law con respecto al asesinato, no es aplicable a delitos graves, como aquellos atribuidos al imputado. Al adoptar esta interpretación, el TPIY subrayó tanto la función preventiva del DIP con respecto a los crímenes recogidos en el Estatuto del TPIY, como el papel del Tribunal como precursor de la justicia internacional penal, lo que requería enviar un mensaje de rechazo a la comisión de crímenes internacionales. Desde este punto de vista, el TPIY consideró que reconocer la aplicabilidad del estado de necesidad como causa de justificación de crímenes tan graves hubiera limitado la efectividad del DIP.

Si bien estas reflexiones de política criminal del TPIY tienen como objetivo reducir los espacios de impunidad, no es menos cierto, como afirma el voto particular del juez Cassese, que la falta de una norma consuetudinaria con respecto a los límites del Estado de necesidad debería haber llevado a la Sala a aplicarlo en el caso sub judice. Además, para Cassese, es necesario distinguir entre situaciones en las cuales el autor puede efectivamente salvar la vida de las víctimas sacrificando la suya, y situaciones en las cuales su sacrificio no puede tener ningún impacto en la conservación de la vida de las víctimas. En consecuencia, propone la aplicación de un criterio de proporcionalidad fundado en el concepto de mal menor.

Sin embargo, una aplicación del Estado de necesidad que se resolviera únicamente en una determinación del mal menor entre dos posibilidades (por ejemplo, vida contra vida) sería excepcional en casos de crímenes internacionales, ya que casi siempre se plantean situaciones en las cuales se contraponen la vida del autor frente a las vidas de muchas víctimas. En este caso, el requisito objetivo de la proporcionalidad no contribuye a resolver el dilema que se encuentra en la base de la aplicación del estado de necesidad.

Amati considera que las dificultades en la aplicación de esta circunstancia eximente pueden haber llevado a los redactores del Estatuto de la CPI a acoger una noción del mismo fundada en la valoración de la inexigibilidad subjetiva de una conducta diferente a aquella del autor. Esta dimensión subjetiva de esta causa de justificación en el Estatuto de la CPI resulta de la ausencia en su Artículo 31 de toda mención al requisito de la proporcionalidad.

Finalmente, la exigente de la legítima defensa también ha sido reconocida por la jurisprudencia del TPIY, aunque el Estatuto del Tribunal no la menciona expresamente. El TPIY ha reconocido el carácter de norma consuetudinaria de la legítima defensa. Además, en el caso *Kordić y Čerkez* ha distinguido la defensa legítima individual de aquella estatal, de manera que la participación en una acción militar emprendida por un estado en el ejercicio de su derecho a la defensa legítima, conforme al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, no implica automáticamente la exclusión de la responsabilidad penal individual de quienes han intervenido en la misma.

7. LA CONTRIBUCIÓN DEL TPIY AL DESARROLLO DE LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES

El Estatuto del TPIY recoge definiciones muy amplias de los delitos sobre los que ejerce su jurisdicción. El estilo redaccional de los Artículos 2, 3, 4 y 5 presupone una expectativa según la cual el TPIY llenaría los vacíos normativos en las definiciones recurriendo al derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, el aporte de la jurisprudencia del TPIY al progresivo desarrollo de los tipos penales incluidos en su Estatuto tiene gran valor, al menos en lo que se refiere a la identificación del derecho internacional consuetudinario aplicable y al análisis comparativo de los sistemas jurídicos domésticos con el fin de dotar de contenido a los elementos de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Dos ejemplos paradigmáticos de esta situación se encuentran en la interpretación realizada por el TPIY en relación con los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales y la construcción jurisprudencial de la definición del delito de violación.

7.1. La jurisprudencia del caso Tadić en relación con los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados no internacionales

Los primeros años de vida del TPIY se caracterizaron por un profundo activismo judicial. La decisión de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić* representa quizás la manifestación más clara de esta

dinámica, ya que tuvo profundas consecuencias para el desarrollo tanto del Derecho internacional humanitario (DIH) como de sus infracciones graves (crímenes de guerra) en los conflictos armados no internacionales.

Cuando se redactaron los Estatutos de los dos tribunales *ad hoc*, solamente los crímenes de guerra cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional daban lugar a responsabilidad penal individual. Los escenarios de guerra civil no implicaban consecuencias penales según el Derecho internacional, ya que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo Adicional II de 1977 incluían normas que criminalizaran sus violaciones más graves. En este contexto, los conflictos que surgieron en la década de 1990 en los Balcanes, planteaban problemas definitorios muy complejos, discutiéndose si estos debían ser calificados como conflictos armados no internacionales, o como conflictos armados inicialmente internos que posteriormente se habían internacionalizado (Danner, 2006).

La Sala de Apelaciones, en su decisión interlocutoria sobre jurisdicción dictada el 2 de octubre 1995 en el caso *Tadić*, abordó la cuestión relativa a si el Consejo de Seguridad le había otorgado jurisdicción únicamente sobre conflictos armados internacionales o si la misma se extendía también a los conflictos armados no internacionales. El Estatuto del TPIY no mencionaba las fuentes normativas que regulan los conflictos armados no internacionales, en particular, el Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II. Sin embargo, interpretando el Artículo 3 del Estatuto del TPIY (donde se enumeran una serie de conductas previstas en la Convención IV de La Haya de 1907 y su Reglamento Anexo sobre medios y métodos de combate) como si se tratara de una cláusula residual que recogiera todas las infracciones graves del DIH, la Sala de Apelaciones afirmó que esta última disposición incluía todas las infracciones graves de normas de DIH posteriores a los Convenios de Ginebra (TPIY, Caso *Tadić*, 1994)²⁷. Además, para la Sala de Apela-

²⁷ En particular, a los paras. 87, donde el Tribunal identificó cuatro requisitos para llegar a una determinación según la cual el Artículo 4 había sido violado: a) la violación debe constituir una infracción de una regla de derecho internacional humanitario; b) la regla debe gozar de naturaleza consuetudinaria y, si tiene origen convencional, debe cumplir con los requisitos; c) la violación ha de ser

ciones, el principio de soberanía estatal se había visto erosionado por un Derecho internacional cada vez más orientado a la protección de los derechos humanos, lo que significaba, entre otras cosas, la consolidación de algunas normas consuetudinarias de DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales, así como el surgimiento de responsabilidad penal individual como consecuencia de sus infracciones graves (TPIY, Caso *Tadić*, 1994)²⁸. Esta decisión histórica permitió avanzar las negociaciones que llevaron a la adopción del Estatuto de la CPI, donde los estados acordaron incluir crímenes de guerra que podían ser cometidos en conflictos armados no internacionales.

Así mismo, hay que subrayar que el *judicial self-restraint* demostrado por la Sala de Apelaciones al abstenerse de proponer una definición expansiva del Artículo 2 del Estatuto del TPIY, relativo a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, con el fin de aplicar su régimen jurídico a las infracciones graves de las normas de DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales (Danner, 2006), anticipó la resistencia de numerosos estados durante el proceso de negociación del Estatuto de la CPI a la fusión de los regímenes jurídicos de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y no internacionales (Schabas, 2011; Danner, 2006).

7.2. *La jurisprudencia del caso Kunarac et al. en relación con la definición del delito de violación*

Uno de los resultados más importantes del TPIY en el desarrollo de la parte especial del DIP se refiere a la definición del delito de violación. Antes de los Tribunales *ad hoc*, la violación no era recogida en el DIP, ni se habían registrado casos de judicialización de responsables de violaciones constitutivas de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Por el contrario, este tipo de conductas eran consideradas como

“seria” y; d) la violación debe conllevar la responsabilidad penal individual del perpetrador, según el derecho convencional o consuetudinario, y 91, donde se afirma la naturaleza de clausula residual del Artículo 3 del Estatuto.

²⁸ La Sala de Apelaciones se abstuvo, sin embargo, de proponer una definición expansiva del Artículo 2 del Estatuto a propósito del régimen jurídico de las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra, afirmando que éste era solamente aplicable en el contexto de conflicto armado de carácter internacional.

efectos colaterales de los conflictos armados. Desde esta perspectiva, la persecución penal de actos de violación por los Fiscales del TPIY y del TPIR representó una novedad en la evolución del DIP e impulsó, sin duda, el proceso de negociación del Estatuto de la CPI (Adams, 2018).

Como los Estatutos del TPIY y del TPIR no incluyen ninguna referencia a la definición del delito de violación, su primera formulación debe atribuirse a la jurisprudencia del TPIR en el caso *Akayesu* (2/09/1998). Sin embargo, la definición que alcanzó mayor aceptación fue la elaborada por el TPIY en el caso *Kunarac et al.* (22/02/2001) donde además se califica al delito de violación como un crimen de guerra y como un crimen de lesa humanidad (Adams, 2018) (el TPIY ha afirmado también que la violación puede integrar el crimen de genocidio según las letras (b) y (c) del Artículo 4 (1) del Estatuto, al constituir tanto una lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, como el sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que han de acarrear su destrucción física total o parcial)²⁹.

La primera jurisprudencia del TPIR y del TPIY, basándose, primero, en la metodología definitoria utilizada para identificar los elementos del crimen de tortura en la Convención contra la Tortura y, posteriormente, en un análisis de los ordenamientos jurídicos nacionales, definieron el delito de violación como una penetración de naturaleza sexual, por parte del autor, del ano o de la vagina de la víctima con el pene u otro objeto según las circunstancias, o de la boca de la víctima con el pene, por la fuerza o mediante amenaza de la fuerza o mediante coacción³⁰. En otros términos, hasta la sentencia *Kunarac*, los tribunales *ad hoc* habían adoptado la definición del crimen propia de los sistemas romano-germánicos, ya que se destacaba la importancia del elemento de la coacción.

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TPIY, en el caso *Kunarac et al.*, después haber revisado las definiciones del delito de violación en los ordenamientos jurídicos nacionales, criticó el énfasis

²⁹ Véase las sentencias *Furundžija*, 10/12/1998; 2/08/2001, para. 513; *Stakić*, 31/07/2003; *Brdjanin*, 1/09/2004; *Karadžić*, 24/03/2016; *Mladić*, 22/11/2017.

³⁰ En particular, véanse las sentencias *Akayesu*, 2/09/1998; *Furundžija*, 10/12/1998.

en el elemento de la coacción, argumentando que este generaba una laguna de impunidad en todos aquellos casos donde el quebrantamiento de la voluntad de la víctima se realizaba por medios diferentes a la coacción. En consecuencia, el Tribunal acogió una definición del delito de violación que, por un lado, dejaba intacta la conducta material de penetración y, por otro, sustituía el elemento de la coacción por la falta de consentimiento de la víctima (TPIY, Caso *Kunarac et al.*, 22/02/2001)³¹. Esta nueva definición, que se corresponde más con la definición del delito de violación en los sistemas anglosajones, fue confirmada por la Sala de Apelaciones y, desde entonces, ha sido aplicada de manera constante por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*³².

La nueva definición recogida en *Kunarac et al.* plantea, sin embargo, ciertos problemas en su aplicación. Así, en primer lugar, su formulación parece implicar que el delito puede ser cometido únicamente por hombres, a pesar de que no es difícil imaginar modalidades comisivas que presupongan, por ejemplo, que el autor del delito se identifique con una mujer y la víctima con un hombre. Además, la definición propuesta en *Kunarac et al.* no proporciona detalles acerca del significado de la expresión “falta de consentimiento”, lo que genera a su vez problemas de carácter probatorio³³. Ahora bien, esto no quita para que, a la luz de la progresiva definición del delito de violación, sea necesario reconocer los avances ofrecidos por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en particular por la definición propuesta por el TPIY en *Kunarac et al.*, tanto en lo que se refiere a la necesidad de considerar el delito de violación como un crimen internacional, como

³¹ TPIY, Caso *Kunarac et al.*, 22/02/2001 para. 440, donde se identifica el bien protegido por la norma en la autodeterminación sexual de la víctima.

³² Por ejemplo, Caso *Kvočka*, 2/11/2001; Caso *Stakić*, 31/07/2003, paras. 754-756; Caso *Brdjanin*, 1/09/2004.

³³ Adams (2018). El Estatuto de la CPI resuelve el primero de estos problemas al adoptar una definición más amplia del crimen de violación, que incluye por ejemplo la posibilidad de que el autor obligue a la víctima a realizar actos de naturaleza sexual. Además, el Estatuto tipifica otras conductas que constituyen delitos sexuales como la violencia sexual, el embarazo forzado o la prostitución forzada (véase el Artículo 7(1)(g) del Estatuto de la CPI). Sin embargo, al combinar el elemento de la coacción con el de falta de consentimiento en la definición del delito de violación, crea nuevos vacíos normativos en la protección de las víctimas (véase, Adams (2018).

a la determinación de sus elementos a partir del análisis comparado de los sistemas jurídicos domésticos.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este capítulo ha abordado el proceso de creación del TPIY, poniendo particular énfasis en la naturaleza de sus fuentes normativas y los límites implícitos en la estrategia del Consejo de Seguridad a la hora establecerlo. Así mismo, ha expuesto algunas de las contribuciones principales del TPIY al desarrollo del DIP, con particular atención a aquellos aspectos relevantes para el presente volumen que no son tratados en otros capítulos, como la elaboración jurisprudencial de los principios que rigen su parte general (tal y como lo muestran el establecimiento de un umbral mínimo de imputación subjetiva y la definición de algunas de las circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa) y el progresivo desarrollo de las definiciones de los crímenes recogidos en su Estatuto (la interpretación realizada por el TPIY en relación con los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales y la construcción jurisprudencial de la definición del delito de violación son dos excelentes ejemplos del mismo).

A la luz de lo anterior, se puede concluir que el TPIY ha desempeñado dos funciones esenciales en el desarrollo del DIP. Por un lado, ha demostrado que un proyecto de justicia internacional penal es posible. Por otro lado, ha funcionado como una especie de prototipo de este sistema, favoreciendo opciones sustantivas y procesales que han permitido su desarrollo, y abandonando otras que podían provocar su fracaso. En consecuencia, se puede afirmar que el legado más visible del TPIY (y del TPIR) es el Estatuto de la CPI. Las complejas negociaciones que llevaron a su adopción en 1998, el estilo redaccional de su texto y la mayor definición de los límites interpretativos impuestos a los jueces, han de leerse a la luz de la experiencia de los tribunales *ad hoc* y teniendo en cuenta que, si el TPIY fue establecido para enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales en un contexto geográfico y temporal limitado, la CPI goza de una jurisdicción personal, territorial y temporal con vocación universal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Adams, A. (2018). The Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda and Their Contribution to the Crime of Rape. *European Journal of International Law*, 29(3).
- Alastair, F. (2004). *The Collapse of Yugoslavia 1991-1999*. Oxford: Osprey Publishing.
- Amati, E. (2016). Le cause di esclusione della responsabilità penale. En Amati, E., Costi, M., Fronza, E., Lobba, P., Maculan, E. y Vallini, A. (Ed.) *Introduzione al diritto penale internazionale* (3ª ed.). Bologna: G.Giappichelli Editore.
- Ambos, K. (Traducción por Ezequiel Malarino). (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2007). Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, 5(1).
- Ambos, K. (2010). El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Política criminal*, 5(9).
- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part*. Croydon: Oxford University Press.
- Arbour, L. (2003). Crimes against Women under International Law. *Berkeley Journal of International Law*, 21, pp. 196 y ss.
- Arendt, H. (1963). *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin.
- Badar, M.E. (2009). Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It? *Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, 12(3).
- Baker, C. (2015). *The Yugoslav Wars of the 1990s*. Londres: Macmillan International Higher Education.
- Barboza, J. (1999). International Criminal Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. *The Hague Academy of International Law*, 278, pp. 128 y ss.
- Benedetti, F. y Washburn, J. (1999). Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference. *Global Governance*, 5.
- Bohlander, M. (2006). Referring an Indictment from the ICTY and ICTR to another Court— Rule 11 Bis and the Consequences for the Law of Extradition. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(1).
- Brown B.S. (1998). Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals. *Yale Journal of International Law*, 23.

- Costi, M. (2016). Autoria e forme di partecipazione criminosa. En Amati, E., Costi, M., Fronza, E., Lobba, P., Maculan, E. y Vallini, A. (Ed.) *Introduzione al diritto penale internazionale* (3a ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Costi M. y Fronza E. (2016). Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione. En Amati, E., Costi, M., Fronza, E., Lobba, P., Maculan, E. y Vallini, A. (Ed.) *Introduzione al diritto penale internazionale* (3a ed.). Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 11 y ss.
- Danner, A.M. (2006). When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War. *Vanderbilt Law Review*, 59(1).
- Davis, J.W. (2002). Two Wrongs Do Make a Right: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was Established Illegally-But it was the Right Thing to do... So Who Cares? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 28.
- El Zeidy, M.M. (2008). From Primacy to Complementarity and Backwards: (Re)-visiting Rule 11 *bis* of the Ad Hoc. Tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, 57(2).
- Fronza, E. (2016). Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno. En Amati, E., Costi, M., Fronza, E., Lobba, P., Maculan, E. y Vallini, A. (Ed.) *Introduzione al diritto penale internazionale* (3a ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Hall, C.K. y Ambos, K. (2016). Article 7: Crimes Against Humanity. En Triffterer, O. y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (3a ed.). Múnaco: C. H. BECK —Hart— Nomos.
- Heller, K.J. (2011). *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Jorda C. (2004). The Major Hurdles and Accomplishments of the ICTY: What the ICC Can Learn from Them. *Journal of International Criminal Justice*, 2.
- Odrizola-Gurrutxaga, M. (2013). La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma. *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, 1.
- Olásolo, H. (2009). Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 3.
- Patel, F. (1996). Sensible Scrutiny: The Yugoslav Tribunal's Development of Limits on the Security Council's Powers under Chapter VII of the Charter. *Emory International Law Review*, 10.
- Peskin, V. (2005). Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. *Journal of Human Rights*, 4(2).
- Pirjvec, J. (2000). *Le guerre jugoslave. 1991-1999*. Torino: Einaudi.

- Schabas, W.A. (2006). *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. New York: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court* (4a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2016). Article 6: Genocide. En Triffterer, O. y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (3a ed.). Mónaco: C. H. BECK —Hart— Nomos.
- Schabas, W.A. (2018). *The Trial of the Kaiser*. Oxford: Oxford University Press.
- Valles, R.R.I. (2001). ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Revista de derecho penal y criminología*, 2(7).
- Vallini, A. (2016). La mens rea. En Amati, E., Costi, M., Fronza, E., Lobba, P., Maculan, E. y Vallini, A. (Ed.) *Introduzione al diritto penale internazionale* (3ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Zolo, D. (2006). *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

- CIJ. *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de la Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones (Opinión consultiva)*, 21 ICJ Reports 47 (Corte Internacional de Justicia, 13 de julio 1954).

Corte Penal Internacional

- CPI. (14 de marzo de 2012). Caso *Thomas Lubanga Dylo*. No. ICC-01/04-01/06.
- CPI. (1 de diciembre de 2014). Caso *Thomas Lubanga Dylo*. No. ICC-01/04-01/06 A 5.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.
- TPIR. (1 de julio de 2001). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY. (29 de julio de 2004). Caso *Tihomir Blaškić*. No. IT-95-14-A.
- TPIY. (19 de marzo de 2004). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36-A.
- TPIY. (1 de septiembre de 2004). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36-T.
- TPIY. (3 de abril de 2007). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36.
- TPIY. (16 de noviembre de 1998). Caso *Zejnif Delalić et. al.* No. IT-96-21.

- TPIY. (29 de noviembre de 1996). Caso *Dražen Erdemović*. No. IT-96-22-T.
- TPIY. (7 de octubre de 1997). Caso *Dražen Erdemović*. No. IT-96-22-T.
- TPIY. (10 de diciembre de 1998). Caso *Anto Furundžija*. No. IT-95-17/1-T.
- TPIY. (21 de julio de 2000). Caso *Anto Furundžija*. No. ICTY-95-17/1-A.
- TPIY. (16 de noviembre de 2012). Caso *Ante Gotovina y Mladen Markač*. No. IT-06-90-A.
- TPIY. (15 de marzo de 2006). Caso *Enver Hadžibasanović y Amir Kubura*. No. IT-01-47-T.
- TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-T.
- TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.
- TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.
- TPIY. (26 de febrero de 2001). Caso *Dario Kordić y Mario Čerkez*. No. IT-95-14/2-T.
- TPIY. (22 de febrero de 2001). Caso *Dragoljub Kunarac*. No. IT-96-23-T.
- TPIY. (12 de junio de 2002). Caso *Dragoljub Kunarac et al.* No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A.
- TPIY. (17 de septiembre de 2003). Caso *Milorad Kronojelac*. No. IT-97-25.
- TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.
- TPIY. (28 de febrero de 2005). Caso *Miroslav Kvočka* No. IT-98-30/1.
- TPIY. (2 de noviembre de 2001). Caso *Miroslav Kvočka*. No. IT-98-30/1.
- TPIY. (12 de noviembre de 2009). Caso *Dragomir Milošević*. No. IT-98-29/1-A.
- TPIY. (21 de mayo de 2003). Caso *Milan Milutinović et al.* No. ICTY-99-37-AR72.
- TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. No. IT-09-92-T.
- TPIY. (31 de marzo de 2004). Caso *Darko Mrđa*. No. IT-02-59.
- TPIY. (10 de diciembre de 1998). Caso *Mile Mrkšić, Veselin Šlijučanin y Miroslav Radić*. No. IT-95-13-R61.
- TPIY. (16 de noviembre de 1998). Caso *Sdravko Mucić et al.* No. IT-96-21.
- TPIY. (30 de enero de 2015). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-A.
- TPIY. (23 de enero de 2014). Caso *Nikola Sainović et al.* No. IT-05-87-A.
- TPIY. (31 de julio de 2003). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-T.
- TPIY. (22 de marzo de 2006). Caso *Milomir Stakić* No. IT-97-24.
- TPIY. (15 de julio de 1999). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1-A.
- TPIY. (2 de octubre de 1995). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1-AR72.
- TPIY. (10 de agosto de 1995). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1-T.
- TPIY. (29 de noviembre de 2002). Caso *Aleksandar Vasiljević*. No. IT-98-32-T.
- TPIY. (25 de febrero de 2004). Caso *Aleksandar Vasiljević*. No. IT-98-32.
- TPIY. (4 de octubre de 2002). *Re: Republic of Macedonia*. No. IT-02-55-MISC.6.

Otras referencias

- Arbour, L. (1997, 19 de marzo). Justice Arbour's statement regarding war crimes related trials currently underway in Germany (Comunicado de prensa). *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Disponible en: <http://www.icty.org/en/press/justice-arbours-statement-regarding-war-crimes-related-trials-currently-underway-germany>
- Helsinki Watch. (1992). *War Crimes in Bosnia-Herzegovina*. New York: Human Rights Watch.
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992). UN Doc. S/1994/674 (Anexo) (27 de mayo) Disponible en: <https://undocs.org/S/1994/674>.
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (1992). Resolución 764. UN Doc. S/RES/764 (13 de julio). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/013/45/img/NR001345.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (1992). Resolución 771. UN Doc S/RES/771 (13 de agosto). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/013/52/img/NR001352.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (2004). Resolución 1534. UN Doc. S/RES/1534 (26 de marzo). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/286/32/pdf/N0428632.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (1993). Resolución 808. UN Doc S/RES/808 (22 de febrero). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/702/72/img/NR070272.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (1993). Resolución 827. UN Doc S/RES/827 (25 de mayo). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/702/91/img/NR070291.pdf?OpenElement>
- Pocar, F. (2009). Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icty/icty_s.pdf.

Capítulo 10

Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad

Alfredo Liñán

INTRODUCCIÓN

Al analizar la historia del desarrollo del Derecho penal internacional, específicamente de las figuras delictivas consideradas como crímenes internacionales que se crean para proteger los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos, frente al crimen contra la humanidad se alza unos metros por encima el genocidio, como referencia de tipo penal creado para castigar hechos atroces cometidos contra un grupo por determinados motivos. Quizás sea porque el genocidio cuenta con una Convención Internacional —Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948— de la que, en la actualidad, el crimen contra la humanidad adolece, o por la mayor importancia —en el imaginario colectivo— de la protección del grupo frente al individuo. Sea lo que fuere, ha llevado a la jurisprudencia del TPIY a calificarlo como el “crimen de los crímenes” (TPIY, Caso *Krstić*, voto particular del Juez Shahabuddeen, 2/08/2001, párr. 65).

Por eso llama la atención que en el primer juicio de un Tribunal Penal Internacional —el TMI de Núremberg— que se constituyó, en parte, para castigar a los máximos responsables del intento de exterminio de determinados grupos —judíos, gitanos, comunistas, etc.— en la Alemania del periodo Nazi, no se incluyese como crimen, en el ámbito del Estatuto del TMI de Núremberg, el genocidio. No obstante, si se analizan las actas del juicio se puede averiguar que la concepción del crimen de genocidio, incluso su novedoso término, se utilizó en varios momentos durante las sesiones del juicio, si bien la sentencia no hizo referencia al mismo.

El hecho de no incluirlo no significó que esos hechos no se juzgaran en el TMI de Núremberg y los siguientes juicios que tuvieron

lugar en la Alemania ocupada al amparo de la LCA núm. 5, así como en el Tribunal Militar Internacional de Tokio, sino que su calificación jurídica no fue la de genocidio sino la de crimen contra la humanidad.

Podemos pensar que ello es lógico, pues el genocidio no fue aceptado internacionalmente como crimen hasta la Convención de 1948, pero este razonamiento sería válido si, por el contrario, el crimen contra la humanidad si hubiese estado avalado por un Tratado o Convención internacional en vigor antes de 1945, pero ello no era así. ¿Por qué se optó en ese momento por crear la figura del crimen contra la humanidad y se descartó incorporar el genocidio, si parte de los hechos enjuiciados encuadraban mejor en la definición que Lemkin ya había dado en su obra? (Lemkin, 1944).

Para intentar responder a esta pregunta hay que acudir al origen histórico y político del TMI de Núremberg, pues el desarrollo posterior que han tenido las dos figuras criminales lastra un fundamento común que, en muchas ocasiones, provoca que el genocidio y el crimen contra la humanidad se confundan, o peor, se diferencien sobre elementos simbióticos para poder castigar los mismos actos como crimen contra la humanidad de exterminio y como genocidio, afectando a la base de flotación del principio *ne bis in idem*.

En este capítulo se plantearán las similitudes y diferencias que existen entre ambas figuras penales y se analizarán determinadas sentencias de los Tribunales Penales Internacionales que al juzgar el asesinato en masa de determinados miembros de un grupo han optado por distintas calificaciones, todo ello para intentar responder a una pregunta que desde hace bastante tiempo me asalta. ¿Un genocidio es siempre un crimen contra la humanidad? ¿Un crimen contra la humanidad de exterminio es siempre un genocidio?

1. EL GENOCIDIO Y EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD EN EL TMI DE NÚREMBERG

En el Estatuto del TMI de Núremberg, anexo al acuerdo de Acuerdo de Londres de 1945, se incluyó en su artículo 6 los crímenes sobre los que tendría competencia el tribunal. Estos fueron los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la hu-

manidad. El artículo 6(c) del Estatuto definía los crímenes contra la humanidad del modo siguiente:

Asesinato, exterminios, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o conexión con un crimen de la jurisdicción del tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional de un país.

El tipo penal fue definido de un modo bastante confuso, al configurarse como la acumulación de elementos que intentaban abarcar los hechos acaecidos en Alemania durante un periodo de tiempo. Se pueden identificar dos grupos dentro del propio artículo: El primero castiga los delitos contra la vida, libertad, integridad, cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, denominados por Schwelb *murder type* (Schwelb, 1946, p. 189). El segundo castigaba las persecuciones por determinados motivos discriminatorios —*persecution type*, según Schwelb—. Podemos apreciar que, si bien no se exigen los motivos discriminatorios para todas las figuras específicas del crimen contra la humanidad, sí se incorporó un tipo específico que tipificaba expresamente el hecho de perseguir —vulnerado los derechos de los perseguido— por razones raciales, políticas o religiosas, por lo que la protección de los grupos entroncaba con la protección del individuo.

Más allá de la redacción del artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg, lo verdaderamente novedoso e importante era la plasmación de la idea de la protección de la población civil frente a cualquier ataque, aunque proviniesen de su propio Estado que, en vez de defenderlos, los persigue por determinados motivos (Liñán, 2015).

El concepto de crimen contra la humanidad había sido enunciado con anterioridad a su inclusión en la Carta de Londres. El 28 de mayo de 1915, en referencia a la política de deportaciones y exterminio que estaba llevando a cabo el gobierno turco contra la población armenia de su territorio, se utilizó por primera vez el término “crimen contra la humanidad” en un instrumento internacional oficial. El gobierno francés, el británico y el ruso presentaron una declaración conjunta en la que denunciaban al gobierno otomano por las masacres cometidas contra los armenios y los señalaba como responsables de la comisión de “crímenes contra la humanidad”. En dicha declaración se conde-

naba la connivencia y la asistencia de las autoridades otomanas a la masacre, “de acuerdo a estos nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización, continuaba la declaración, los gobernantes de los países aliados anuncian públicamente [...] que serán considerados personalmente responsables [...] todos los miembros del gobierno otomano y todos sus agentes que hayan estado implicados en la masacre” (UNWCC,1948).

Esta declaración tenía determinadas características en las que reside su importancia. En primer lugar, representaba una pública advertencia de perseguir después de la guerra a los responsables de los crímenes perpetrados, sin importar el rango o la posición política. En segundo, denunciaba la complicidad de las autoridades otomanas en la masacre y se le negaba su aparente legitimidad —basada en una legislación temporal, extraordinaria y en la doctrina de la seguridad nacional— con la que quería cubrir el gobierno turco la deportación. Y, en tercer lugar, establecía la creación de un nuevo ámbito de la ley internacional en el que debería encuadrarse el término crímenes contra la humanidad (Liñán, 2015).

Por lo que si bien el concepto de genocidio no se incluyó explícitamente en el artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg, su objeto de protección —grupos perseguidos por determinadas razones con la intención de exterminarlos— sí puede entenderse que se encontró presente bajo el manto del crimen contra la humanidad.

Sands (2017), en su obra *Calle Este-Oeste*, muestra los esfuerzos de Lemkin —como asesor del equipo de fiscales estadounidenses liderado por Jackson— para que su concepto de genocidio fuese incluido como un crimen competencia del tribunal, y una vez fue descartado, su tesón para que al menos la palabra genocidio y el concepto fuesen tratados durante las sesiones del juicio. Este autor contrapone esta actitud a la posición de Lauterpach —quien formó parte del equipo de fiscales británicos liderados por Shawcross—, defensor del concepto de crimen contra la humanidad y de la protección del individuo con carácter preferente a la del grupo.

El concepto de genocidio apareció en el TMI de Núremberg en un momento muy inicial de proceso. En el tercer cargo de la acusación, que contemplaba los crímenes de guerra, el fiscal representante de Francia introdujo el término genocidio de modo siguiente:

Los asesinatos y los malos tratos se llevaron a cabo por diversos medios, incluidos disparos, ahorcamientos, gaseamientos, hambre, hacinamiento generalizado, desnutrición sistemática, imposición sistemática de tareas laborales más allá de la fuerza de los encargados de llevarlos a cabo, provisión inadecuada de procedimientos quirúrgicos y servicios médicos, patadas, palizas, brutalidad y tortura de todo tipo, incluido el uso de planchas calientes y la extracción de las uñas y la realización de experimentos por medio de operaciones y de otro modo en sujetos humanos vivos. En algunos territorios ocupados, los acusados interfirieron en asuntos religiosos, persiguieron a miembros del clero y las órdenes monásticas, y expropiaron propiedades de la iglesia. Condujeron el genocidio deliberado y sistemático, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales, contra las poblaciones civiles de ciertos territorios ocupados para destruir razas y clases particulares de personas y grupos nacionales, raciales o religiosos, en particular judíos, polacos, y gitanos y otros (TMGWC, 1946, Tomo I, T.p.).

Tras esto, no fue utilizado más hasta el 25 de junio de 1946, cuando el fiscal británico Maxel Fyfe, al interrogar a von Neurath, le preguntó si reconocía que se le acusaba de genocidio “que según decimos es el exterminio de grupos raciales y nacionales” (Sands, 2017, p. 445; TMGWC. Vol. 17, p. 61).

El fiscal británico Shawcross, en su informe de conclusiones el 27 de julio de 1946 utilizó el término genocidio o genocida en cinco ocasiones como por ejemplo al afirmar que:

Los nazis también utilizaron varios dispositivos biológicos, como se les ha llamado, para lograr el genocidio. Disminuyeron deliberadamente la tasa de natalidad en los países ocupados mediante la esterilización, la castración y el aborto, al separar al esposo de la esposa y los hombres de las mujeres y obstruyendo el matrimonio” (TMGWC. Vol. 19, p. 493, 496, 497, 508, 514; Gil Gil, 1999, p. 131).

Por lo tanto, el concepto de genocidio estuvo latente durante las sesiones del TMI de Núremberg y en alguna ocasión —gracias a la insistencia de Lemkin que algún autor define como “lobbista” del término durante el proceso (Power, 2007, p. 50)— fue utilizado para describir el exterminio y las atrocidades cometidas por los dirigentes del gobierno alemán contra sus propios nacionales, y la población civil de los países ocupados, por razones políticas, religiosas o raciales.

No obstante, en el artículo 6(c) se incluía una limitación jurisdiccional del crimen contra la humanidad que condicionó su aplicación, sobre todo en el ámbito de las persecuciones producidas desde la llegada al poder del partido Nazi contra ciudadanos alemanes, pero antes del comienzo de la guerra), quedasen extramuros de la condena por crimen contra la humanidad, pues el artículo 6(c) del Estatuto exigía que el crimen contra la humanidad se hubiese cometido en conexión con un crimen de guerra o del crimen contra la paz. Ello supuso, en la práctica, que en las condenas por este crimen se excluyesen los hechos cometidos con anterioridad al 1 de septiembre de 1939, fecha en la que comenzó la invasión de Polonia por Alemania. En la sentencia esta consecuencia se refleja en un apartado, leído por el juez soviético Nikitchenko en donde se expone lo siguiente:

Con respecto a los crímenes de lesa humanidad, no hay duda de que los opositores políticos fueron asesinados en Alemania antes de la guerra, y que muchos de ellos fueron mantenidos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. La política de terror ciertamente se llevó a cabo a gran escala, y en muchos casos fue organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de civiles en Alemania antes de la guerra de 1939, que probablemente serían hostiles al gobierno, se llevó a cabo de la manera más despiadada. La persecución de los judíos durante el mismo período se establece más allá de toda duda. Para constituir crímenes contra la humanidad, los actos invocados antes del estallido de la guerra deben haber sido ejecutados o relacionados con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal. El Tribunal considera que, aunque muchos de estos crímenes fueron repugnantes y horribles, no se ha demostrado satisfactoriamente que se cometieron en la ejecución de, o en conexión con, cualquier crimen de ese tipo. Por lo tanto, el Tribunal no puede hacer una declaración general de que los actos anteriores a 1939 fueron crímenes contra la humanidad en el sentido de la Carta, pero desde el comienzo de la guerra en 1939 se cometieron crímenes de guerra a gran escala, que también fueron crímenes contra la humanidad; y en la medida en que los actos inhumanos acusados por la acusación, y cometidos después del comienzo de la guerra, no constituyeron crímenes de guerra, todos se cometieron en la ejecución de la guerra agresiva o en conexión con ella, y por lo tanto constituyeron crímenes contra la humanidad (TMGWC. Vol. 22, p. 497, T.p.).

La conexión del crimen contra la humanidad con un conflicto bélico es una característica que ha perseguido a esta figura criminal durante muchos años, y que incluso se incluyó en el artículo 5 del ETPIY,

lo que provocó que el TPIY tuviera que interpretarlo como un elemento jurisdiccional y no del tipo (TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995, Parr. 140). Sin embargo, respecto al genocidio nunca se ha exigido que los hechos deban estar conectados con un conflicto armado o crimen de guerra para que puedan ser considerados como tal.

Por lo tanto, cabe concluir que, si bien el crimen de genocidio no formó parte de los crímenes competencia del TMI de Núremberg, los hechos que se juzgaron sí respondían a la definición de dicho crimen y fueron sancionados aplicando el crimen contra la humanidad, pues ambos tipos penales compartían —y aún comparten— determinados elementos típicos. Por ello resulta indispensable tener en cuenta el origen común de ambos para analizar como los contornos de ambos crímenes se han ido delineando a lo largo de estos 70 años a través de convenciones internacionales y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

La aceptación del genocidio como crimen bajo el Derecho internacional, a pesar de no estar incluido en el Estatuto del TMI de Núremberg tuvo lugar con bastante celeridad, y ello pone de manifiesto el interés la idea de defender a grupos identificados por determinadas características comunes entre sus miembros en la comunidad internacional.

El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Resolución 96 (I) donde se declaró que:

El genocidio es la negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas. Muchos ejemplos de tales genocidios han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos, han sido destruidos parcial o totalmente. El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional.

En esta resolución se encomendó al Consejo Económico y Social que comenzase el estudio para preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio para que fuese sometido a la Asamblea General. El propio Lemkin reconoce que él mismo fue quien redactó el borrador de la resolución “en el cómodo sofá de la sala de delegados” y luego convenció a los representantes de Cuba, India y Panamá para que firmaran la propuesta, explicando qué hizo cuando consiguió que el representante de la India firmase el documento “Tan pronto como Madame Pandit firmó la resolución, corrí a la oficina del Secretario General y deposité el documento. Me sentía como una persona ebria [...]” (Lemkin, 2018, p. 208; Lemkin, 1947, p. 148).

No es casualidad que en la Resolución 95(1), adoptada en esa misma fecha, la Asamblea General confirmase los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en la sentencia de dicho Tribunal, dando instrucciones al Comité de Codificación de Derecho Internacional para “la formulación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código de Crímenes Internacionales, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en las sentencias de dicho Tribunal”. Y no lo es porque recordemos que ni en el Estatuto, ni en la sentencia del Tribunal de Núremberg se reconocía al genocidio como crimen internacional, pues se aprecia que, a renglón seguido de aprobar una resolución donde se insta la redacción de un código de crímenes internacionales, se reconoce como tal al genocidio.

La Asamblea General encargó al Consejo Económico y Social que trabajase en un borrador de la convención sobre el genocidio [Res. 180 (III)]. Este órgano constituyó un Comité Ad-Hoc compuesto por los representantes de China, Francia, Líbano, Polonia, la Unión Soviética, EE.UU. y Venezuela. En el seno de dicho Comité se discutió la relación existente entre los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Incluso se propuso por Francia que en el preámbulo de la Convención se describiese al genocidio como un crimen contra la humanidad. Esta propuesta fue rechazada (Schabas, 2004, p. 64).

Tras la presentación del proyecto de convención sobre el genocidio y las sucesivas revisiones y modificaciones, el 9 de diciembre de 1948 la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio

fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III). (Gil,1999, p. 134-137). La Convención entró en vigor el 12 de enero de 1951.

El artículo I de la Convención establece que el genocidio es un delito de derecho internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempos de guerra. Este primer artículo tiene gran importancia, pues determina la independencia del crimen de genocidio respecto a los demás crímenes internacionales, así como del elemento de conexión con un conflicto armado; en contraposición, como veremos, con la definición de crimen contra la humanidad acordada por la Asamblea de las Naciones Unidas, que exigía la conexión de este con un crimen de guerra o con un crimen contra la paz.

El artículo II de la Convención define el genocidio del modo siguiente:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Respecto a esta definición, se puede afirmar que es la internacionalmente aceptada de manera casi unánime, pues la misma fue adoptada de un modo idéntico, en el artículo 4 del ETPIY, en el artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (ETPIR, en adelante), y en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

La perpetuación en el tiempo de la definición propuesta por Lemkin es, posiblemente, una de las circunstancias que ha provocado que el crimen de genocidio se convirtiera en la referencia como crimen internacional, pues frente a la genérica definición de los crímenes de guerra y el errático proceso de consolidación de los elementos típico

del crimen contra la humanidad, esta figura penal ofrecía una claridad que la ha hecho perdurar, en el ámbito del Derecho penal internacional.

A pesar de ello, la aplicación del delito de genocidio no tuvo recorrido en la mayoría de los procedimientos que se siguieron tras la Segunda Guerra Mundial, tanto en los 12 juicios en la zona de ocupación estadounidenses (bajo un tribunal constituido por jueces americanos), como en los centenares de procedimientos que se siguieron en las zonas de ocupación británica y francesa (enjuiciados por los propios alemanes), ya que este tipo penal no se contemplaba en la LCA n° 10, lo que significó que los hechos genocidas se castigasen bajo la consideración de crimen contra la humanidad.

La aplicación del tipo penal de genocidio ha adquirido su verdadera importancia a raíz de su incorporación a los Estatutos de los TPIs *ad hoc*, para juzgar los hechos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia durante la guerra de los Balcanes y del conflicto interétnico surgido en Ruanda durante el año 1994; así como ámbito de las Salas Extraordinarias de la Corte de Camboya para juzgar el exterminio llevado a cabo por los jemeres rojos (Liñán, 2018, p. 126-131).

3. LA EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

La definición del crimen contra la humanidad adoptada en el artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg ha sufrido un proceso de transformación, a lo largo de estos 70 años, hasta llegar a la definición internacionalmente aceptada que se encuentra en el artículo 7 del ECPI. Ello es debido, en mi opinión, a que el elemento aglutinante del crimen contra la humanidad radica en un “contexto típico” y un objeto de protección genérico, el individuo como parte de la población. Sobre estos dos pilares se puede apreciar que en muchas ocasiones se han quitado o incluido elementos típicos para adecuar la figura del crimen contra la humanidad a los hechos que pretenden ser juzgados, lo que ha provocado en ocasiones la devaluación de este tipo penal al enfrentarlo con el principio de legalidad. Y es que el crimen contra la humanidad, a diferencia del crimen de genocidio, adolecía (hasta el Tratado de Roma) de una Convención o Tratado que definiese sus características típicas, ya que la Convención sobre la imprescriptibili-

dad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad no puede ser tenida por tal, al no definir los tipos penales, sino referirse a sus definiciones previas en otros instrumentos (respecto al crimen contra la humanidad, se remite a la definición del Estatuto del TMI de Núremberg).

La definición del artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg fue variada, al poco tiempo de ser aceptada, en la redacción de la LCA n° 10, pues mientras se celebraba el primer proceso contra los máximos responsables alemanes de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, una maquinaria judicial paralela fue puesta en marcha. La intención de los países vencedores no era detenerse tras el juicio y el castigo del TMI de Núremberg, sino exigir responsabilidades por los crímenes cometidos antes y durante la guerra a todo aquel que pudiera ser considerado culpable de los mismos. En este marco, y paralelamente al TMI de Núremberg, se promulgó el 20 de diciembre de 1945 la LCA n° 10. Esta ley estaba destinada a ser el fundamento jurídico-penal de los procesos que se celebraran en las cuatro zonas de ocupación en Alemania.

En dicha Ley, el crimen contra la humanidad sufre su primera transformación respecto al artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg. En el artículo II 1° (c) de la LCA n° 10 la figura criminal aparece redactada de la siguiente manera:

Atrocidades y ofensas, incluidas, pero no limitadas, por el asesinato, exterminio, la esclavitud, la deportación, la detención, la tortura, la violación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, fueran o no consideradas como violaciones por las leyes nacionales del país donde fueron perpetradas.

Este artículo contenía notables diferencias con el que, en esos momentos, estaba rigiendo en el TMI de Núremberg. La primera, y a mi entender la más destacable, es la desaparición de la exigencia de conexión con los crímenes de guerra o contra la paz. El crimen contra la humanidad alcanza, con esta regulación, la total independencia jurídica.

El segundo punto destacable es la ampliación de los actos típicos que podrían conformar el crimen contra la humanidad. En la LCA n° 10 se añaden en las enumeraciones la detención (se entiende que ile-

gal), la violación y la tortura, incluyendo expresamente nuevos tipos específicos al contexto general.

En tercer lugar, la expresa mención del nuevo artículo con respecto a que las atrocidades y ofensas objeto de protección por el tipo penal están “incluidas, pero no limitadas” por las conductas que a continuación se describen. Esta modificación trata de reafirmar el carácter abierto de las ofensas que pueden ser penadas por esta figura cuando pudieran afectar a determinados bienes jurídicos de importancia similar a los defendidos. Esta técnica, contraria al principio de taxatividad y seguridad jurídica, persigue abarcar todos los actos inhumanos que fueron cometidos, y ante la dificultad de realizar una lista cerrada, dejan abierta a la interpretación judicial la consideración del acto inhumano, y es uno de los problemas que desde el origen ha acompañado al tipo penal del crimen contra la humanidad (Liñán, 2015, p. 74-76).

En el TMI de Tokio, constituido poco después del de Núremberg por una orden ejecutiva del General Mac Arthur de 19 de enero de 1946, junto con su Estatuto, que fue reformado por otra orden el 25 de abril de 1946, la definición del crimen contra la humanidad también sufrió modificaciones lo que debería ser entendido por crimen contra la humanidad. El artículo 5(c) del Estatuto definía el crimen contra la humanidad del modo siguiente: “A saber, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier delito dentro de la jurisdicción del Tribunal, sea o no en violación del derecho interno del país donde se perpetró”.

La principal diferencia era que el objeto de protección de la figura criminal —la población civil— desaparecía, para ampliar el espectro típico del crimen a los delitos cometido también contra el personal militar. El Juez Röling, que formó parte del TMI de Tokio, era de la opinión que esa modificación se debía al interés de los estadounidenses de incluir en el cargo de crimen contra la humanidad hechos cometidos contra los militares (Cassese y Röling, 1993, p. 3), ya que en este supuesto no se había producido, de manera generalizada, un ataque del imperio japonés contra sus propios nacionales, como sí había sucedido en Alemania.

El *persecution type* también sufrió una reforma en el Estatuto del TMI de Tokio, ya que los motivos religiosos como causa de las persecuciones fueron eliminados del tipo de crímenes contra la humanidad. Schwelb (1946) achaca esta desaparición a que el imperio japonés no había llevado a cabo ninguna persecución por este motivo y por lo tanto los redactores del Estatuto lo pudieron considerar innecesario.

Estos dos ejemplos de las sustracciones de elementos típicos del crimen contra la humanidad para adecuarlo a hechos ya cometidos —eliminar la población civil y los motivos religiosos— demuestran como la figura del crimen contra la humanidad se fue configurando “a la carta”, para ser aplicado a hechos que ya habían sido cometidos, lo que ha provocado multitud de críticas sobre este tipo penal hasta que, finalmente, ha sido definido en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

De manera paralela a este proceso, la Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 177(II), de 21 de noviembre de 1947 encargó a la CDI la formulación de los Principios del Estatuto del TMI de Núremberg y de su sentencia que pudiesen constituirse como Derecho internacional. La CDI presentó su propuesta en 1950, enunciado VII principios que fueron aprobados como ley internacional. El Principio VI contiene los tres tipos penales que formaron parte del Estatuto del TMI de Núremberg. El crimen contra la humanidad era prácticamente similar al artículo 6(c) de la Carta de Londres, salvo por un detalle: se eliminó la referencia a los actos cometidos “antes o durante la guerra”. La propia CDI explicaba en la nota 123 el porqué de esa eliminación, aclarando que la misma no significa que el crimen contra la humanidad se tenga que cometer sólo durante la guerra, ya que los mismos podrían ser cometidos antes de la guerra, en conexión con un crimen contra la paz.

Como se puede apreciar, la formulación del crimen contra la humanidad en los Principio de Núremberg sigue manteniendo a esta figura como un tipo penal residual, que necesita la conexión con un crimen de guerra o contra la paz para “perfeccionarse”, y aunque se produce un avance en la configuración del crimen al reconocerse que el mismo puede cometerse en tiempos de paz, el requisito de conexión sigue lastrando la autonomía punitiva de esta figura criminal.

Tras enunciarse los Principios de Núremberg, la CDI acometió el encargo de redactar un borrador de Código de Crímenes Internacionales

contra la Paz y la Seguridad. Un proceso que se alargó desde 1947 hasta 1996, ya que durante muchos periodos el trabajo de la CDI estuvo paralizado por intereses sociopolíticos. Resulta muy interesante analizar cómo se configura el tipo penal de crimen contra la humanidad en los distintos borradores presentados por la CDI pues denota la absoluta disparidad de criterios respecto al concepto penal de crimen contra la humanidad, tendiendo las distintas redacciones a cambios de relatores y de condiciones políticas (Liñán, 2015, p. 103-120).

El avance sustancial y definitivo para la concreción típica del crimen contra la humanidad se produce a raíz de su incorporación en los Estatutos de los TPIs ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda y, sobre todo, de la labor de depuración técnica realizada por la jurisprudencia de ambos tribunales. No obstante, es importante tener en cuenta que la definición del crimen contra la humanidad en ambos tribunales difiere en puntos importantes.

Las características del crimen contra la humanidad seguían bajo discusión cuando la Comisión de Expertos se propuso su formulación en el ETPIY. A la Comisión llegaron muchas y diferentes propuestas en las que se puede observar la disparidad de criterios que existía acerca del concepto de crimen contra la humanidad. Circunstancias como la relación con un plan o política estatal, la motivación discriminatoria o la inclusión expresa de la destrucción de la propiedad fueron presentados ante la Comisión (Morris y Scharf, 1995, p. 377-379). Al final se impuso una redacción cercana a la propuesta del Secretario General de Naciones Unidas, la cual incluía una conexión con el conflicto armado. El artículo del ETPIY define el crimen contra la humanidad de la siguiente forma:

El Tribunal Internacional está 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:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;

- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Puede observarse que en este artículo ya se opta por configuración del crimen contra la humanidad del modo que se utiliza en la actualidad, partiendo de un contexto típico y referenciando determinados tipos penales específicos. Y también, ha de apreciarse que el tipo penal, en esta redacción, sigue sometido a su relación con un conflicto armado, restringiendo su aplicación a los actos conectados con una situación bélica, arrastrando el requisito de conexión (atenuado) que fue enunciado en el artículo 6(c) del Estatuto del TMI de Núremberg.

Los elementos generales establecidos en el artículo 5 giran alrededor de la existencia de un conflicto armado, de carácter nacional o internacional, y un sujeto pasivo objeto del ataque: la población civil. Esta primera característica, la existencia de un conflicto armado, tuvo que ser redefinida por la jurisprudencia del Tribunal en el primer caso que se abrió.

En el marco del proceso contra *Tadić* (TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995), la Corte de apelación fue la encargada de determinar el significado concreto del párrafo “*when committed in armed conflict, whether international or internal character*”. El 23 de junio de 1995, la defensa de *Tadić* recurrió la jurisdicción del tribunal alegando que este requisito significaba la necesidad de que el acto del acusado estuviera conectado con otros crímenes del Estatuto, haciendo referencia al precedente creado el artículo 6(c) del Estatuto de Londres y por la jurisprudencia del TMI, afirmando que dicho requisito aún permanecía en la Ley Internacional contemporánea y alegando que se habían infringido los principios de *ex-post-facto* y *nullum crimen sine lege*.

La Corte de apelación resolvió el recurso (tras haber sido resuelto en primera instancia en la Decision on the defence motion on Jurisdiction de 10 de agosto de 1995), negando en primer lugar la violación de dichos principios y advirtiendo que el nexo al que se refería la defensa representaba un episodio peculiar de la jurisdicción de Núremberg y que hacía tiempo que había sido abandonado. Es más, la Corte afirmó que en la costumbre internacional no existía un requerimiento para que el crimen contra la humanidad tuviera que estar conectado

a un conflicto armado, y que, si este elemento se había incluido en el Estatuto, era debido a que el Consejo de Seguridad había definido el crimen más restrictivamente que lo necesario bajo la costumbre internacional, sin que esto pudiera interpretarse como una lesión del principio *nullum crimen sine lege*. Este requisito, concluyó la Corte podría ser invocado como un elemento jurisdiccional del artículo 5 sobre los crímenes cometidos en conflicto bélico interno o internacional conflicto (TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995, párr. 140-142).

Esta línea fue la marcada desde el principio y la que se ha seguido de una manera, más o menos homogénea por la jurisprudencia del TPIY. De este modo, la relación con el conflicto armado quedaba establecida como una limitación jurisdiccional del tribunal, el cual sólo debería conocer los hechos que se enmarcaran en un determinado periodo temporal y en una concreta área geográfica.

No obstante, puede observarse que en el artículo 5 no aparece el requisito del ataque generalizado o sistemático que ya se había propuesto en la Comisión de Derecho Internacional, y que acabará imponiéndose como elemento contextual, tanto en la jurisprudencia del TPIY como del TPIR.

El artículo 3 del ETPIR sí incluye estas características del ataque en el elemento contextual del crimen contra la humanidad, definiéndolo del modo siguiente:

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

En esta definición nos encontramos que si bien se establecen los elementos contextuales que actualmente son aceptados como los definitorios del crimen contra la humanidad —ataque generalizado o sistemático contra la población civil— y desaparece la referencia a la conexión con un conflicto armado, se incluye un nuevo requisito, que solapa este tipo penal al crimen genocidio, y que se incorpora debido a las características del conflicto al que se pretende aplicar el tipo *Delictivo*, que había estado marcado por las luchas por razones étnicas al exigir que el ataque sea “en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”.

De nuevo tuvo que ser la jurisprudencia del TPIR la que interpretase si la razón discriminatoria debía estar conectada con el *actus reus* o con el ataque. En las primeras sentencias se interpretó que el elemento subjetivo discriminatorio debería ser probado respecto del hecho para poder ser considerado crimen contra la humanidad. La Sala de apelación se pronunció sobre este aspecto concreto en el caso *Akayesu* se interpretó que salvo en el caso de persecución, la intención discriminatoria no era requerida en la Ley Internacional Humanitaria como elemento del tipo del crimen contra la humanidad. Sin embargo, el Consejo de Seguridad, a la luz de los sucesos acaecidos en Ruanda, decidió limitar la jurisdicción del tribunal sobre los crímenes contra la humanidad únicamente a los casos que se hubieran cometido por razones discriminatorias. Por lo que este elemento extraño en la parte general de la figura criminal, se debería interpretar como una mera limitación de la jurisdicción del tribunal, pero no como un elemento del tipo penal, en donde debe existir un ataque por razones discriminatorias y no cada acto concreto cometido en el marco del ataque (TPIR, Caso *Akayesu*, 1/06/2001, párr. 464-465).

Esta interpretación intentó limitar de nuevo el efecto de las innovaciones incluidas la descripción típica del crimen contra la humanidad. Al calificarse este elemento como un requisito jurisdiccional del ataque, no se necesitaba probar el elemento teleológico discriminatorio en cada acto, sino sólo su conexión con un ataque que cumpliera con los presupuestos necesarios para ser considerado como crimen contra la humanidad y la conciencia del mismo por parte del autor del hecho.

Uno de los grandes problemas que ha lastrado al crimen contra la humanidad ha sido, precisamente, la acomodación de sus elemen-

tos típicos a los hechos que, habiéndose ya cometidos, se pretendía aplicar, afectando de este modo a la prohibición del *ex post facto* y afectando al principio de legalidad (Liñán, 2018, p. 602). Este problema no se identifica respecto del crimen de genocidio, pues la definición creada, e impulsada por Lemkin, en el Convenio de 1948 se ha mantenido prácticamente inalterada en los Estatuto de los Tribunales Penales Internacionales.

La definición del crimen contra la humanidad ha quedado definitivamente establecida en el artículo 7 del ECPI donde se acoge en la descripción típica un elemento contextual en el que deben ser cometidos los tipos penales específicos que se relacionan a continuación de dicho elemento. Así el artículo 7 ER define al crimen contra la humanidad del modo siguiente:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen contra la humanidad’ cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese 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.

Tras la evolución de la figura del crimen contra la humanidad que ha sido expuesta, se tomará como referencia la establecida en el artículo 7 ER para comparar con los elementos típicos del genocidio, y destacar sus similitudes y diferencias.

4. SIMILITUDES ENTRE EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

La primera similitud que se puede identificar entre el crimen contra la humanidad y el genocidio es que ambos surgen para hacer frente a un mismo tipo de criminalidad, donde el Estado o una organización con el suficiente poder, ataca a su propia población, o a la de un tercer Estado. Surgen para definir los actos de exterminio que se habían llevado a cabo durante la Segunda Guerra Mundial, pero difieren en dónde ubican el foco respecto del objeto de protección. En el genocidio el objeto de protección es el grupo, identificado por unas características comunes y perdurables, mientras que en el crimen contra la humanidad el objeto de protección es el individuo atacado de un modo especialmente grave que afecta a una pluralidad de personas (contexto). Como se ha visto, el término genocidio fue utilizado en Nuremberg para describir determinadas conductas que, con posterioridad, fueron calificadas en la sentencia como crímenes contra la humanidad (ya que el genocidio no formaba parte del Estatuto del TMI de Núremberg), por lo que ambos términos surgen para intentar describir un ataque contra la población, por parte de un Estado en tiempos de paz, pues a pesar de que, como ya se ha expuesto, en el Estatuto del TMI de Núremberg se incluyese el requisito de conexión del crimen contra la humanidad con un crimen de guerra o un crimen contra la paz, este fue interpretado como una limitación jurisdiccional del Tribunal, pero no como un elemento de la descripción típica del crimen.

El segundo elemento en que ambos tipos penales se solapan es en el contexto en que deben ser cometidos. Cierto es que en la descripción típica del genocidio no se exige la existencia de un contexto sistemático o generalizado, como en la del crimen contra la humanidad, pero no lo es menos que este elemento se encuentra inserto implícitamente en la forma de cometer un genocidio, pues la matanza

de un grupo específico, la lesión grave, el sometimiento a unas condiciones que provoquen su destrucción, las medidas necesarias para impedir nacimientos o el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo requieren necesariamente que se lleven a cabo de un modo sistemático. Más si cabe cuando lo que se persigue es el fin —dolo— de destruir total o parcialmente un grupo. Recordemos que la sistematicidad se corresponde con la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que estos ocurran de manera fortuita. Esta interpretación de la sistematicidad implica la existencia de un tipo de plan o método de actuación previo que organice el ataque de un modo establecido.

La CPI en la sentencia *Katanga*, sobre los términos generalizado o sistemático, enfatiza que estos lo que excluyen son los actos de violencia espontáneos o aislados (CPI, Caso *Katanga*, 7/03/2014, párr. 1113). El término generalizado exige que el ataque se lleve a cabo a gran escala contra gran un número de personas, mientras que el adjetivo sistemático refleja la naturaleza organizada de los actos de violencia y la imposibilidad que se lleven a cabo de un modo aleatorio o coincidente por puro azar, adoptando la definición enunciada en los TPIs ad hoc (TPIY, Caso *Blaškić*, 29/07/2004, párr. 101).

Si el genocidio exige un elemento subjetivo específico, como es la intención de destruir un grupo, resulta impensable que se pueda llevar a cabo un genocidio, en el sentido jurídico penal del término, por puro azar o de un modo fortuito. Por lo que, la sistematicidad es un elemento que, de manera inherente, siempre estará presente en el crimen de genocidio.

De hecho, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, al describir los distintos tipos de genocidio, incluyen un requisito (Vid. arts. 6.a) 4; 6.b) 4; 6. c).5; 6.d).5; 6.e).7 de los Elementos de los Crímenes) que exige “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”. Esta “pauta manifiesta de conducta similar” es un término muy cercano al de “sistematicidad”, pues ambos lo que intentan evitar es que actos de violencia espontáneos, aislados o aleatorios puedan construir el contexto típico de las figuras criminales.

En la sentencia de primera instancia de *Krstić*, al analizar el TPIY la posibilidad de que el castigo por el crimen de genocidio consumiese al crimen contra la humanidad de exterminio respecto de unos mismos hechos, se llega a la conclusión que la exigencia de que el genocidio incluya una conducta con la intención específica de destruir un grupo determinado comprende de manera implícita la necesidad de que los actos siempre deban ser cometidos de manera sistemática. El Tribunal lo enuncia del modo siguiente:

El requisito del artículo 5 de que el crimen contra la humanidad sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil se encuentra comprendido en el genocidio en el requisito de que éste se cometa con la intención de destruir un específico tipo de grupo ... los actos de genocidio deben ser cometidos en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar o que por sí misma constituya una conducta que pueda destruir el grupo, en todo o parte, como tal. Por ello, la exclusión del artículo 5 de los actos espontáneos o aislados es también característica del genocidio (TPIY, Caso *Krstić*, 1/08/2001, párr. 682).

Lo expuesto es una consecuencia lógica de que la conducta vaya dirigida a destruir un grupo determinado, pues ello implica que previamente a la misma se han de identificar a sus miembros y establecer un patrón de actuación dirigido hacia el resultado propuesto. Las víctimas se seleccionan, y ello ya de por sí requiere una sistematicidad en el plan genocida. En la sentencia de TPIR de *Akayesu*, el Tribunal dedica una parte importante de la sentencia a describir las evidencias que demuestran que lo que se cometió en Ruanda fue un genocidio, y para llegar a esta conclusión se basa en las evidencias de la existencia de un plan, donde existían listas identificando a los Tutsis y en la organización de los actos para acabar con ellos (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 112-121). Lo expuesto es aplicable no sólo al asesinato de los miembros del grupo, sino también a las otras conductas típicas del genocidio, pues el sometimiento a condiciones de existencia que lleven a la destrucción del grupo requiere un plan sistemático para alcanzar dicho fin, lo que también sucede obviamente en la implantación de medidas para impedir nacimientos en el grupo o el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro. La mera selección de los miembros del grupo como víctimas del genocidio ya constituye un acto que no puede considerarse aislado, espontáneo o aleatorio. Del mismo modo, el requisito de que el ataque sea generalizado, en

el ámbito del crimen contra la humanidad, es replicable al crimen de genocidio, pues el término generalizado exige que el ataque se lleve a cabo a gran escala contra un número representativo de personas atacadas. No se ha establecido un baremo numérico, pero resulta claro que el término generalizado implica que las acciones se dirijan contra varias personas. Ello siempre sucederá en el caso del genocidio, pues el propio tipo penal exige la matanza, sometimiento a condiciones inhumanas de vida, etc., de un grupo de personas, en todo o en parte, por lo que esta característica de ataque generalizado es también aplicable al crimen de genocidio.

Podría argumentarse frente a lo expuesto que en el contexto del crimen de genocidio no se contempla un “ataque” como sí se incluye en la definición del crimen contra la humanidad. Y si bien ello es cierto, no lo es menos que dicho término no deber ser interpretado como una acción bélica o militar contra una población, sino que debe ser considerado como un curso de conducta en el que se desarrollan los actos criminales tendentes a un fin. El artículo 7(2)(a) ER define el ataque del modo siguiente: “[...] 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 esos actos o para promover dicha política”.

La CPI en la sentencia *Katanga* compara las versiones francesa e inglesa de los Elementos de los Crímenes del ER en relación con la definición de ataque, y concluye que el ataque ha de ser entendido como una campaña, una operación o una serie de acciones dirigidas contra la población civil, a saber, un curso de conducta y como contraposición a un acto aislado (CPI, Caso *Katanga*, 7/03/2014, párr. 1101).

En mi opinión, y aunque no se incluya expresamente en la descripción típica del crimen de genocidio, éste exigirá siempre para su comisión un ataque —línea de conducta— sistemático y/o generalizado, pues la dinámica ejecutiva del tipo exige un plan ordenado para conseguir destruir un grupo, o parte del mismo.

Podría plantearse que es posible cometer un genocidio con un solo acto y una sola persona —piénsese en el caso en que una persona, con acceso a una bomba de gran capacidad destructiva, la arroja sobre un poblado, o una noche envenena el pozo para que al día siguiente mueran todos—. Incluso en este caso se podría defender, alegando

la interpretación expuesta *supra*, que se ha producido un ataque sistemático —como contraposición a un hecho fortuito o aleatorio—, y en todo caso, el ataque sería generalizado por el número de víctimas afectadas.

Respecto a los tipos específicos (los actos en que debe materializarse el ataque), existe similitud también entre ambas figuras penales. Se referencian sucintamente a continuación para mostrarlo:

- Genocidio: Art. 6(a) ER: Matanza de miembros del grupo.
- CCH: Art. 7(1)(a) ER: Homicidio/Asesinato.
- Genocidio: Art. (6)(b) ER: Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- CCH: Art. (7)(k) ER: Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
- Genocidio: Art. 6(c) ER: Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- CCH: Art. 7(1)(a) Exterminio. Este debe ser interpretado de acuerdo al artículo 7(2)(b) ER, que lo define del modo siguiente: “El exterminio 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”.
- Genocidio: Art. 6(d). Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- CCH: Art. 7(1)(g) Embarazo forzado o esterilización forzada. El embarazo forzado, de conformidad con e artículo 7(2)(f) se entenderá como el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. Se incluye en esta comparación el embarazo forzoso, aunque inicialmente parezca contradictorio —pues el tipo específico del genocidio persigue impedir nacimientos, no provocarlos— ya que la interpretación del tipo penal específico como crimen contra la humanidad define como un modo de modificar la composición étnica de una

población, lo que finalmente conllevaría a la desaparición de un grupo étnico para crear otro con características distintas.

- Genocidio: Art. 6(e). Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo.
- CCH: 7(1)(d) Deportación o traslado forzoso de población. Esta conducta no coincide con la del genocidio, pues, aunque implique el traslado de población contra su voluntad, ello no implica necesariamente su destrucción. En el caso del genocidio, se especifica que el objeto de traslado deben ser niños de un grupo a otro grupo (con características diferentes) con la intención de destruir —por carecer de descendencia con sus características— el grupo desde el que se desplazan (en la Convención contra el Genocidio se introdujo esta modalidad a propuesta de Grecia, bajo el planteamiento de similitud entre impedir nacimientos o secuestrar a los niños de un grupo y trasladarlos a otro grupo para impedir la continuidad del primero (Gil Gil, 2016, p. 363).

Como puede ser apreciado, los tipos específicos del genocidio y del crimen contra la humanidad coinciden, en la práctica totalidad, en sus elementos típicos esenciales, castigándose en ambos el acto de matar, lesionar, someter a personas a condiciones de vida que conlleven a su muerte, la esterilización y el traslado forzoso. Ante lo expuesto, si el ataque generalizado o sistemático concurre en ambos crímenes (aunque en el genocidio no se incluya de manera expresa en la descripción típica) y las conductas específicas son similares, procede a continuación identificar los aspectos divergentes entre ambos crímenes que imprimen características propias y autónomas.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

La principal diferencia entre el crimen de genocidio y el crimen contra la humanidad radica en el elemento subjetivo del injusto que incorpora el primero y del que carece el segundo, y que se identifica con la intención de destruir un grupo. No ha de confundirse este elemento subjetivo con el motivo que pueda tener el autor (Gil Gil, 1999) que ha de resultar indiferente al tipo, pues se puede tener la intención de destruir un grupo étnico por motivos económicos, polí-

ticos, por odio, por razones culturales, por causa de la xenofobia, por diversión, etc.

Esa intención de destruir, como elemento subjetivo de injusto, no existe en el crimen contra la humanidad, aunque en muchas ocasiones se deduzca de los tipos penales específicos —quien comete actos de exterminio obviamente tiene la intención de destruir a las personas frente a la que realiza sus actos—. Pero recordemos que el crimen contra la humanidad sólo exige, para que se perfeccione el contexto un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, desprendido de cualquier elemento intencional que trascienda al dolo típico del contexto, conjugado con el del tipo específico.

A pesar de que la eliminación de un tipo subjetivo del contexto del crimen contra la humanidad se encuentra internacionalmente aceptada, el ataque por razones discriminatorias es algo que sigue asociándose a este crimen, ya sea por remisión al artículo 5 del ETPIR o por la confusa redacción del tipo en los códigos penales nacionales. Claro ejemplo de ello es la redacción del artículo 607. bis del Código Penal español, que ha llevado a parte de la doctrina y la jurisprudencia a seguir considerando que los motivos discriminatorios forman parte del elemento subjetivo del injusto del delito de lesa humanidad (Liñán, 2018, p. 624 a 628; Audiencia Nacional, Sentencia 5/2017, 6/03/2017).

Cierto es que el crimen contra la humanidad contiene un tipo penal específico, el tipo de persecución, que se define como la privación intencional y grave de derechos fundamentales de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. Este tipo específico sí incorpora la protección de grupos identificados por determinadas características comunes que exceden a las tres enunciadas en el genocidio, pues junto a la nacionalidad, religión, raza y etnia incluyen motivos de género, políticos, culturales, etc., pero no incorpora como elemento subjetivo la intención de destruir el grupo o la colectividad. Según el artículo 7(1)(h) ER el crimen contra la humanidad de persecución ha de cometerse en conexión con cualquier otro acto que constituya otro tipo específico de crimen contra la humanidad o con cualquier crimen de la competencia de la

Corte, lo que provoca problemas concursales respecto de la delimitación del tipo penal a aplicar y plantea la duda de si existiría diferencia entre un crimen contra la humanidad de persecución conectado con un exterminio de un crimen de genocidio.

La segunda diferencia entre el crimen contra la humanidad y el genocidio radica en el objeto de protección, lo que repercute en la identificación del bien jurídico protegido. El objeto de protección del genocidio son los grupos identificados por unas características estables, como son la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, y el bien jurídico protegido es por tanto la existencia de determinados grupos humanos, de carácter supraindividual, cuyo titular no es la persona sino el grupo (Gil, 2019, p. 349).

El ataque, en el crimen contra la humanidad debe dirigirse contra una población civil, pero el término “población” no debe interpretarse como un grupo determinado, sino como la descripción de las personas que habitan en un determinado territorio. La doctrina se encuentra dividida respecto de la identificación objeto de protección y del bien jurídico protegido, optando una gran parte de esta por señalar a la humanidad como su objeto de protección y como bien jurídico protegido uno de carácter supranacional como la dignidad de esta, la convivencia internacional, etc; otra parte de la doctrina defiende que el objeto de protección de los crímenes contra la humanidad es el individuo en sí mismo y su misión es protegerlo del ataque contra bienes jurídicos personalísimos (vida, libertad, integridad, etc.) llevados a cabo de un modo especialmente grave.

Junto a esto, el carácter civil de la población sí es un rasgo que caracteriza al crimen contra la humanidad frente al genocidio, ya que este puede incorporar dentro del ámbito de protección del grupo a militares —pensemos en un genocidio dirigido contra personas de raza negra donde se incluyen a los miembros del ejército—. En el ámbito del crimen contra la humanidad la jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de calificar crímenes contra la humanidad ataques (que no actos dentro del ataque) que no se dirijan contra la población civil, sino contra el personal militar. Una parte minoritaria de la doctrina (Ambos, 2008; Liñán, 2017) defienden que en tiempos de paz todas las personas deben ser objeto de protección del crimen contra la humanidad, pues la exclusión de los no civiles no debe surgir de

las normas de Derecho Internacional Humanitario que no resultan aplicables en tiempos de paz, y donde el carácter no civil no debe determinar la exclusión *per se* del ámbito de protección que persigue la tipificación de crimen contra la humanidad.

Por último, otro elemento que diferencia a ambos tipos penales sería el conocido en el crimen contra la humanidad como elemento político, incluido en el artículo 7(2)(a) ER al exigir que el ataque sea llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. Ello implica la necesidad de que el ataque sea organizado por un Estado o una organización con la capacidad adecuada para lanzar un ataque típico (parte de la doctrina exige que sea una organización paraestatal o que domine una parte del territorio).

El genocidio, sin embargo, no incluye esta circunstancia entre sus elementos típicos, y si bien es muy difícil plantearse una situación donde tras un genocidio no se encuentre un Estado o una organización estructurada con gran capacidad operativa, no es descartable que un único individuo pueda cometer un genocidio, realizando una acción individual que provoque la muerte de un grupo de personas. En el ejemplo ya utilizado, para envenenar un pozo sólo se necesita a una persona, pero los efectos que puede tener esa acción respecto al grupo que sólo bebe de ese pozo puede ser perfectamente encuadrable en un ataque genocida, si el autor tenía la intención de destruir, total o parcialmente el grupo cuando llevó a cabo su acción.

6. CONCURSOS ENTRE EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE EXTERMINIO Y LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El TPIY se ha tenido que enfrentar al enjuiciamiento de hechos que podían ser calificados de un modo distinto, en función del crimen que se pretendiese aplicar a pesar de referirse a una misma conducta. En los TPIs ad-hoc, ello sucede en el momento de la formulación de cargos por parte de la fiscalía y tras ello, con la decisión de la sala correspondiente sobre la confirmación o rechazo de los mismos.

En estos supuestos, es habitual encontrarse que la fiscalía ha optado por la acumulación de cargos, calificando los mismos hechos como diversos crímenes y acusando por todos ellos. Este método, que ha sido una constante en la fiscalía, se debe según la Sala de Apelaciones de TPIY a que la fiscalía, en esa fase de formulación de cargos, no se encuentra en la mejor posición para elegir con exactitud el cargo que mejor refleje los hechos que van a ser enjuiciados (Maculan y Liñán, 2016, p. 307; TPIY, Caso *Mucić et. al.*, 20/02/2001, párr. 400).

Como ejemplo, el traslado forzoso de población civil ha sido calificado como crimen contra la humanidad de persecución (art. 5(h) ETPIY) y crimen contra la humanidad de deportación (Art.(5)(d) ETPIY). La pregunta que surge a cualquier jurista que se enfrenta con una acumulación de cargos es si con esta calificación —y posterior condena— no se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem* al castigar dos veces el mismo hecho.

La jurisprudencia del TPIY, al enfrentarse con este tipo de calificaciones, elaboró unos criterios para determinar si era adecuado condenar de manera acumulativa o si se debía optar por castigar únicamente por el precepto penal más específico. Estos criterios adoptaron el nombre del “Celebici test” al ser enunciados y aplicados, por primera vez, en el marco del proceso conocido por este nombre. Según este, está permitido imputar y condenar por múltiples crímenes con base en una misma conducta cuando la descripción típica contenga en ambas un elemento materialmente distinto de la otra. Existirá un elemento materialmente distinto si requiere prueba de un hecho que no es exigido en la otra calificación. Si se concluyera que no existen elementos materialmente distintos, la Sala —según la sentencia citada— deberá inclinarse por aplicar el precepto que de manera más específica describe la comisión del hecho (TPIY, Caso *Mucić et. al.*, 20/02/2001, párr. 412 y 413. (Celebici Camp), ya que la comisión de la menos específica es necesaria para que se consuma la más específica).

La acumulación de cargos se ha utilizado, en ocasiones, para calificar conductas donde se han producido gran cantidad de muertes, identificándose estos hechos como genocidio y como crimen contra la humanidad de exterminio. Se tomará como referencia, para analizar esta situación jurídica las sentencias de caso *Krstić*, donde en la primera instancia la Sala, aplicando el “Celebici test” decidió que no

era jurídicamente correcto acumular los cargos de genocidio y crimen contra la humanidad de exterminio y persecución para castigar los hechos cometidos Srebrenica del 13 al 19 de julio de 1995 —asesinato de bosnios musulmanes en edad militar—, pero la Sala de apelación estimó el recurso de la fiscalía y consideró que sí cabía la acumulación de cargos. Veamos los argumentos de ambos tribunales.

El Tribunal de instancia parte de que la relación exigida en el ETPIY de que el crimen contra la humanidad haya de estar en conexión con un conflicto armado no es un elemento material del tipo —acudiendo a la jurisprudencia emanada del caso *Tadić*— por lo que no aplica como circunstancia de contraste que demande prueba en aplicación del test (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 682).

Según la Sala, la exigencia del artículo 5 ETPIY de que los actos sean cometidos contra la población civil impide que actos aislados o aleatorios puedan ser considerados como crímenes contra la humanidad, lo que sucede de manera similar en el caso del genocidio, pues la intención de destruir un grupo excluiría este tipo de actos como constitutivo del tipo penal, aunque la limitación de grupos específicos como objeto de protección en el genocidio es más específico que el concepto de población civil en el crimen contra la humanidad. Asimismo, la Sala entiende que el requisito del ataque generalizado o sistemático del crimen contra la humanidad está comprendido en la exigencia de que el genocidio se concrete en el propósito de destruir un grupo específico, pues ello lleva implícito un tipo de plan que excluye, en ambos casos, los actos aislados o aleatorios (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 682). Por lo tanto, respecto del contexto de ambos crímenes no existen elementos materialmente distintos, más allá de la intención específica de destruir un grupo.

Respecto del genocidio y crimen contra la humanidad de persecución, el Tribunal considera que ambos requieren prueba de la existencia de una intención específica: el primero, la intención de destruir un tipo de grupo; y el segundo, la intención de discriminar a personas por razones políticas, raciales o religiosas. No obstante, estima que el genocidio sí tiene un elemento material distinto del crimen contra la humanidad de persecución, pues la intención de destruir un grupo está por encima de una mera persecución, lo que implica que el crimen de persecución no contiene ningún elemento subjetivo que no se sub-

suma en el genocidio. La conclusión es que el test no se supera, pues ambos crímenes no tienen un elemento mutuamente distinto —sólo se identifica uno, la intención de destruir un grupo— por lo que no cabe la acumulación de cargos. Al exigir el genocidio un elemento subjetivo más específico que el crimen contra la humanidad de persecución, el Tribunal considera que debe ser aquel —el genocidio— el que se imponga al crimen contra la humanidad de persecución (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 684).

En relación al exterminio y el genocidio, la Sala considera que ambos crímenes exigen que existan asesinatos que formen parte de un plan extenso para matar a una parte sustancial de una población, aunque el genocidio tiene un distintivo adicional en cuanto a la naturaleza del grupo destinatario del ataque, que en el exterminio puede ser indistinto. Por lo tanto, en este caso, donde el genocidio es cometido por medio de asesinatos, no se deberían castigar los mismos hechos subyacentes también por exterminio, ya que no existe un elemento materialmente distinto entre ambos tipos. El único que se identifica es la intención de destruir el grupo. Al no haberse superado el “Celebici test” el Tribunal opta por aplicar el tipo penal más específico, que considera en este caso que es el genocidio debido a la exigencia del elemento subjetivo específico. (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 684).

Por lo tanto, respecto de los hechos acaecidos en Srebrenica del 13 al 19 de julio de 1995, el Tribunal optó por calificarlo como genocidio y condenar por este crimen, al considerar que este tipo penal era el más específico que el crimen contra la humanidad de exterminio.

La fiscalía recurrió esta decisión, alegando que el tribunal de instancia había partido de una premisa errónea que era considerar que el ataque generalizado o sistemático podía ser subsumido en los elementos típicos del genocidio (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, parr. 219).

La Sala de apelación considera que el crimen contra la humanidad de exterminio exige la prueba de que el acto delictivo forma parte de un ataque generalizado o sistemático y que el autor conocía esa conexión, mientras que esos dos elementos no están presentes en el genocidio, donde no se requiere prueba de que el autor del genocidio haya participado en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, parr. 223).

La Sala de apelación colige que el Tribunal de instancia afirmó que el genocidio requiere que la “conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar”, y afirma que esa definición que se ha tomado de los Elementos de los Crímenes de la CPI la cual no es aplicable al caso. Para llegar a esa conclusión, la Sala de apelación afirma que el ataque generalizado o sistemático no forma parte de la definición de genocidio de la Convención de 1948 ni de la costumbre internacional, concluyendo que la definición adoptada por los Elementos de los Crímenes no refleja la costumbre internacional que existía al tiempo que Krstić cometió su crimen (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 225). Junto a ello, alega que la intención del genocidio de destruir no se limita sólo a los civiles, sino que también podría incluir al personal militar, lo que implica otra diferencia entre ambos tipos (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 225). Por todo ello, la Sala de apelación considera que el Tribunal de instancia erró, y que sí cabía la condena de unos mismos hechos por genocidio y crimen contra la humanidad de exterminio y de persecución. Esta interpretación es la que se ha impuesto y la que se ha aplicado en multitud de casos, como en la Sentencia de instancia del caso *Karadžić*, donde la discusión sobre si procede la acumulación entre el genocidio y el crimen contra la humanidad se resuelve en un párrafo donde se afirma que la Sala de apelación ha permitido la acumulación de condenas entre el genocidio y el crimen contra la humanidad sobre la base de los mismos actos, ya que ambos crímenes tienen elementos materialmente distintos mutuamente. (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 6021)

La interpretación que lleva a cabo la Sala de apelación, estimando el recurso de la Fiscalía, deja en mi opinión huérfano de sentido el “Celebici test”, ya que a lo que se limita es a poner de manifiesto los diferentes elementos típicos de ambas figuras delictivas. Si se aplica de ese modo el test siempre saldrá positivo, pues lógicamente han de existir diferencias entre los distintos crímenes, pues si fuesen similares carecería de sentido su formulación separada en distintos artículos. El “Celebici test” sólo tiene sentido si se aplica de un modo exegético, como hizo el Tribunal de instancia, avanzando más allá del umbral de la palabra y analizando la consecuencia de la descripción típica del delito, para valorar si en ambas subyacen, o no, hechos similares.

En mi opinión, la proliferación de la técnica utilizada por la fiscalía de la acumulación de cargos respecto de los mismos hechos, y

la ausencia de unas normas concursales claras que impidiesen varias condenas por los mismos hechos han provocado la vulneración, en muchas ocasiones, del principio *ne bis in idem*, y si bien esta vulneración no ha tenido graves consecuencias penológicas debido a la posibilidad, y uso habitual, del Tribunal de imponer una única pena que reflejase la totalidad de los cargos que incluyen la condena [Reglas de Procedimiento y Prueba de TPIY. Art. 87(c)] sí restan de fundamento dogmático a las mismas.

7. CONCLUSIÓN

Retomando la pregunta con la que se iniciaba este capítulo, y de acuerdo al análisis realizado en el desarrollo del mismo, se puede concluir que un genocidio en su modalidad de matanza a miembros de un grupo o sometimiento a un grupo a condiciones que hayan de provocar su destrucción física, siempre consumirá al crimen contra la humanidad de asesinato y de exterminio, pues el contexto típico del ataque generalizado o sistemático que exige el crimen contra la humanidad para su perfección ha de estar presente en el plan organizado que se ejecute para llevar a cabo al genocidio. En estos casos, en mi opinión, se deberá aplicar el principio de especialidad, y castigar los hechos por el crimen más específico, que será el tipo penal de genocidio. En consecuencia, puede enunciarse el siguiente axioma: Un genocidio, en su modalidad de matanza o de sometimiento a condiciones que provoquen la muerte de miembros de un grupo conllevará, en todo caso, la comisión de un crimen contra la humanidad de exterminio y de asesinato.

No obstante, a la inversa no sucederá lo mismo, ya que puede plantearse que un crimen contra la humanidad de exterminio no constituye la comisión de un genocidio, pues la comisión del primero no implica que dichos actos se lleven a cabo con la intención específica de destruir un grupo por sus características concretas, y aunque en muchas ocasiones el elemento subjetivo específico coincidirá, puede suceder que en otras no concurra, por lo que el axioma de que un crimen contra la humanidad de exterminio, conlleva en todos lo caso la comisión de un genocidio, resultaría erróneo.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2008). *Ineternationales Strafrecht* (2a ed). Munich: C. H. Beck.
- Cassese, A. y Röling, B.V.A. (1993). *The Tokyo Trial and beyond*. Cambridge: Polity Press.
- Gil, A. (1999). *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente.
- Gil, A. (2019). El genocidio. En Gil Gil, A. y Maculan, E. (Dir.). *Derecho Penal Internacional* (2a ed), Madrid: Dykinson.
- Gil, A. y Maculan, E. (2016). *Derecho Penal Internacional*. Dykinson: Madrid.
- Lemkin, R. (1944). *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Whashington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Lemkin, R. (1947). Genocide as a Crime under International Law. *American Journal of International Law*, 41, pp. 145-151.
- Lemkin, R. (2018). *Raphael Lemkin: Totalmente extraoficial: Autobiografía*. Madrid: Instituto Berg Oceana
- Liñán, A. (2015). *El crimen contra la humanidad*. Madrid: Dykinson.
- Liñán, A. (2017). La interpretación el término ‘población civil’ como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad, *Revista Penal*, 40, pp. 168-183.
- Liñán, A. (2019). Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados, en Gil Gil, A. y Maculan, E. (Dir.) *Derecho Penal Internacional* (2a ed.). Madrid: Dykinson.
- Liñán, A. (2019). El delito de lesa humanidad. En Álvarez García, F. J. (Dir.) y Venura Püschel, A. (Coord). *Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial* Vol.(I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maculan, E. y Liñán Lafuente, A. (2019). Relaciones concursales. En Gil Gil, A. y Maculan, E. (Dir.) *Derecho Penal Internacional* (2a ed). Madrid: Dykinson.
- Morris, V. y Scharf, M. (1995). *An Insidírer´s Guide to the Intenational Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Vol.I). Nueva York: Transnational Publishers.
- Power, S. (2007). *A problem from hell*. Londres: Harper Perennial.
- Sands, P. (2017). *Calle Este-Oeste*. Barcelona: Anagrama.
- Shabas, W. (2004). *Genocide in International Law. The crimes of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwelb, E. (1946). Crimes against humanity, *British Year of International Law*, 23.

- TMI de Nuremberg. (1946). The Trial of German Major War Criminals. Proceeding of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg. Germany. Taken from the official transcript. Published under the Authority of H.M Attorney-General by his Majesty, Stationery Office. Londres. Vol. I-XXVI. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp.
- UNWCC (1948). *History of the United Nations War Crimes Commission a de development of the laws of war*. Londres: Published by his Majestys Stationery Office.

Jurisprudencia nacional

España

Audiencia Nacional. (6 de marzo de 2017). Sentencia 5/2017.

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

CPI. (7 de marzo de 2014). Caso *Germaine Katanga*. No. ICC-01/04-01/07.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

TPIR. (1 de junio de 2011). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY. (29 de junio de 2004). Caso *Tihomir Blaškić*. No. IT-95-14-A.

TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.

TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.

TPIY. (2 de octubre de 1995). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1.

TPIY. (20 de febrero de 2001). Caso *Zdravko Mucić et. al.* No. IT-91-21-a. bis.

Capítulo 11

Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad

Mónica Rocha-Herrera

INTRODUCCIÓN

Es común escuchar que al crimen de genocidio se le denomine coloquialmente “crimen de crímenes,” tanto en la doctrina (Schabas, 2000), como también en la historia y la literatura (Naimark, 2017). Ello por el umbral de gravedad que entabla y que en la jurisprudencia del TPIY se le ha dado una connotación incluso como un crimen de lesa humanidad (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001). Asimismo, su proscripción en derecho internacional es considerada como una norma imperativa de derecho internacional o norma *jus cogens*. Lo anterior porque los principios que subyacen a la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 (en adelante *Convención de 1948*), “son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional” (CIJ, 1951, p. 23).

La Convención de 1948 prohíbe el genocidio de manera absoluta e insta a los Estados a que tomen medidas para prevenir y castigar dicho flagelo, porque el mismo implica la negación del derecho de grupos humanos a la existencia, física y biológica. La protección se extiende a aquellos grupos que se identifican con criterios de ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso. No grupos “movibles” y no “estables” como aquellos identificados sociológica o políticamente (SPI, Caso *Akayesu*, 1998). Sólo los grupos protegidos, que con la intención especial para su destrucción total o parcial conmuevan a la humanidad y son contrarios a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas (CIJ, 1951).

La definición de genocidio, así como los elementos objetivos del mismo inspirados en las prácticas criminales en el Holocausto Nazi durante la Segunda Guerra Mundial fueron el resultado de los consensos internacionales para que los Estados impidieran esos horrores. La convicción abrumadora de prohibir este crimen resultó en un modelo de definición del genocidio que incluyó cinco modalidades criminales en el artículo II de la Convención de 1948 que lo prohíbe, así como otros actos genocidas en el artículo III, que se pensó debían castigarse incluso si la comisión del crimen no se efectuaba.

De esta manera, además de “la matanza a los miembros del grupo”, “la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, “la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, y “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”, el artículo III se incluyó, por su gravedad los “otros actos” que había que castigar como lo son la conspiración, la incitación pública y directa, la tentativa y la complicidad. Al análisis de la contribución de la jurisprudencia del TPIY a la definición de las cinco modalidades de comisión del genocidio y los otros actos que acabamos de mencionar, que se recogen literalmente en los párrafos (2) y (3) del artículo 4 de su Estatuto se dedica el presente capítulo.

Al realizar nuestro análisis, se aborda conjuntamente la jurisprudencia del TPIY y el TPIR en materia de genocidio porque esta última es parte esencial del universo de aplicación del genocidio en ambos tribunales. En este sentido, conviene recordar que, la existencia de un genocidio en Ruanda ha sido afirmada por el TPIR desde su primera sentencia en 1998, estableciendo claramente que el ataque fue perpetrado en contra del grupo protegido étnico tutsi (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998). No ha ocurrido, sin embargo, lo mismo en el TPIY, donde el reconocimiento del genocidio ha sido más difuso y no para todo el territorio bajo jurisdicción del TPIY, a decir las antiguas fronteras de la ex Yugoslavia. Así, a diferencia del genocidio, un conflicto bélico fue reconocido muy pronto en la ex Yugoslavia, así como la sucesión de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 así como de las Leyes y Costumbres de la Guerra. Es verdad que el genocidio en el TPIY estuvo en el debate desde muy pronto, en la diversa jurisprudencia del TPIY, pero

costaba mucho trabajo demostrar que el mismo hubiese tenido lugar en el territorio bajo jurisdicción del tribunal, aunque sí se reconoció que los ataques eran dirigidos contra grupos protegidos, como el bosnio-musulmán y el bosnio-croata.

Hubo que esperar hasta el 2001, para que el TPIY dictara la primera condena por genocidio contra un serbio bosnio (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001). El TPIY reconoció que en la localidad de Srebrenica había tenido lugar un genocidio en contra del grupo protegido bosnio musulmán. Después de un desplazamiento forzado de mujeres, niños y ancianos y de haber sido separados hombres y niños adolescentes varones, el genocidio ocurrió, siendo asesinados los varones, ocho mil de ellos, en los bosques en 1995. Las Salas de Primera Instancia que se ocuparon del tema (Caso *Karadžić*, 24/03/2016; Caso *Mladić*, 22/11/2017) y la Sala de Apelaciones (Caso *Karadžić*, 20/03/2019) determinaron que el asesinato de los hombres de la colectividad que fue desplazada de Srebrenica era una parte sustancial del grupo y emblemática de su colectividad, al darles muerte se atacó al grupo protegido nacional bosnio musulmán con la intención de impedir su existencia física y biológica, ya que la intención era dejar sin posibilidades de procreación al grupo. De esta manera, se declararon probadas mayormente las modalidades de comisión del genocidio.

Además de Srebrenica, en más de veinte años de existencia, el TPIY no ha sido capaz de encontrar jurídicamente la comisión de este crimen en otras regiones bajo su jurisdicción, en particular, en las once municipalidades de Bosnia Herzegovina en las que fiscalía ha alegado que se ha cometido genocidio. A pesar de que lo que sucedió en Srebrenica no es un acto aislado, sino parte de la alternativa de “irse o enfrentar la ejecución”, situación a la que se sometió intencionalmente al grupo bosnio musulmán en toda la región, la respuesta constante de las Salas ha sido rechazar la existencia de un genocidio en las once municipalidades porque, o bien faltaba la intención especial, o los miles de muertos no eran una parte sustancial del grupo protegido, o bien las modalidades de comisión de genocidio establecidas no alcanzaban la gravedad necesaria.

La reciente sentencia de apelación en el caso *Karadžić*, emitida el 20 de marzo de 2019, mantiene esta posición con respecto al análisis del genocidio en las municipalidades de Bosnia Herzegovina (el genoci-

dio sólo ocurrió en Srebrenica, pero no en las demás municipalidades). La Sala de Apelaciones reiteró las conclusiones de la Sala de Primera Instancia (2016), afirmando que los actos discriminatorios y de persecución sufridos por los grupos bosnio-musulmán y bosnio-croata, no permiten concluir que la única inferencia razonable de los mismos es que se dirigieran a destruir total o parcialmente dichos grupos (Caso *Karadžić*, 20/03/2019, resumen de la sentencia, párr. 54). Para la Sala de Apelaciones, tampoco es posible inferir la intención genocida de las declaraciones de Karadžić, ni de los otros miembros de la Empresa Criminal Conjunta, así como tampoco de los patrones de conducta en la municipalidad de Prijedor, señalados por la Fiscalía. Así mismo, la Sala añadió, que, aunque la evidencia demostró “prejuicios étnicos reprensibles por supuesto”, no necesariamente se constituían en una prueba de la intención genocida (Caso *Karadžić*, 20/03/2019, resumen de la sentencia, párr. 57). Esto no ha evitado, sin embargo, que la Sala de Apelaciones afirmara que la Sala de Primera Instancia “abusó de su discreción” al imponer una sentencia de cuarenta años cuando la responsabilidad del apelante “es la más grande y grave alguna vez atribuida a una sola persona en el TPIY”. En consecuencia, la Sala de Apelaciones incrementó a cadena perpetua la pena impuesta a Karadžić (Caso *Karadžić*, 20/03/2019, resumen de la sentencia, párr. 58-62).

Con base en lo anterior, veamos a continuación la contribución del TPIY al desarrollo del objeto de nuestro estudio, teniendo en cuenta, en particular, que su jurisprudencia (y la del TPIR) relativa a los “otros actos genocidas” (es decir, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad en el genocidio) es particularmente relevante, considerando que el artículo 25 (3) del Estatuto de la CPI recoge las formas punibles de intervención en la comisión o tentativa, en la instigación directa y pública así como en la complicidad de comisión del genocidio.

1. MODALIDADES DE COMISIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

La prohibición del crimen de genocidio se encuentra establecida en el artículo 4 del Estatuto del TPIY y en el artículo 2 del Estatuto TPIR, respectivamente. Dichos artículos adoptan de manera idéntica la definición del crimen del genocidio en la *Convención* de 1948:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal [...].

Se considera que la prohibición del crimen de genocidio forma parte de la costumbre internacional constituyéndose en una norma jus cogens (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 27/02/2007, párr. 161). Por esta misma razón el genocidio en ambos Estatutos del TPIY (1993) y del TPIR (1994), cuya definición fue tomada del artículo II de la Convención de 1948, era ya punible conforme a la costumbre internacional (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 539).

Los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y II de la Convención de 1948 prevén que los siguientes actos constituyen genocidio: (a) matanza de miembros del grupo; (b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (d) adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

1.1. Matanza de miembros del grupo

En *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia recordó que la “matanza de miembros del grupo” en el genocidio requiere de su concreción como elemento de prueba (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 542). Desde muy temprano en la práctica judicial de ambos tribunales se dieron a la tarea de definir qué se entiende por la “matanza de miembros del grupo” en el genocidio. Fue la Sala de Primera Instancia del TPIY en *Akayesu* (2/09/1998), la que en su análisis examinó las posibles discrepancias de los términos “*meurtre*” y “*killling*” en francés y en inglés idiomas oficiales y operativos del tribunal, equiparando el término “*meurtre*” con “*killling*” así como estableciendo su composición a partir de dos elementos: “la víctima está muerta” y “la muerte resultó de un acto ilegal u omisión del acusado” [...] (párr. 500, 589). Así también equiparó “*homicide*” cometido con la intención de causar la muerte con “*murder*” (párr. 500). En *Kayishema* y *Rudinzana*

(21/05/1999), el TPIR explicó más abundantemente las posibles diferencias en dicha terminología, concluyendo que el término “*meurtre*” en francés y “*killling*” en inglés eran “virtualmente no diferentes” habiendo en su lugar coincidencia en que ambos requerían ser “intencionales y no necesariamente premeditados” (párr. 151). Por lo que los elementos materiales de “*killling*” son iguales a los de “*murder*” (TPIY, Caso *Tolimir*, 12/12/2012, párr. 736). Las versiones en español de la Convención de 1948 y del Estatuto del TPIR en sus artículos II (a) y 2 (2) (a) respectivamente utilizan el término “matanza” (Convención de Genocidio, 1948, Estatuto TPIR, 1994) pero el artículo 4 (2) (a) del Estatuto del TPIY utiliza el término “homicidio intencionado” (Estatuto TPIY, 1993). Habiendo el TPIR resuelto las discrepancias de la utilización de “*killling*” “matanza” u “homicidio,” siempre y cuando se den con la intención de destruir al grupo protegido “total o parcialmente como tal” dicha terminología no representa gran dificultad siendo utilizada indistintamente en la literatura especializada.

Respecto al aspecto cuantitativo, en *Karadžić* (TPIY, 24/03/2016), la Sala estableció que, para el acto concreto de “matanza de miembros del grupo una evaluación numérica del número [concreto] de las personas asesinadas no es requerido en el *actus reus* de genocidio para ser establecido”. Sin embargo, aclaró que “la escala o nivel de atrocidad en el *actus reus* es relevante para la evaluación del elemento subjetivo o *mens rea* del crimen de genocidio” (de acuerdo a lo establecido en la Regla 98 bis) (Caso *Karadžić*, 24/03/2016, nota al pie 1723). En cualquier caso, prevalece que el acto, “matanza de miembros del grupo”, deba ser dirigido al grupo protegido total o parcialmente. Ya en *Akayesu* (TPIR, 2/09/1998) la Sala de Primera Instancia había concluido con relación a la matanza de miembros del grupo tutsi en Ruanda que el “acto fue cometido en contra de uno o varios individuos porque dicho individuo o individuos eran miembros de un grupo específico y especialmente porque pertenecían a este grupo (párr. 521).

1.2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo

Uno de los actos identificados en los artículos 4 (2) (b) del TPIY, 2 (2) (b) del TPIR y II (b) de la Convención de 1948 es la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo,” que, confor-

me lo dicho por la Sala de Primera Instancia en *Tolimir* (12/12/2012), “requiere concreción como acto de prueba así como de ser cometido con la intención (*dolus specialis*) u omisión cuyo resultado sea la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” (párr. 737). En *Karadžić* (24/03/2016), la Sala de Primera Instancia definió que el daño debe ir “más allá de una infelicidad temporal, avergonzamiento o humillación que dé como resultado una desventaja grave en la habilidad de la víctima para llevar una vida normal y constructiva. No necesita, sin embargo, ser permanente o irreversible” (párr. 543). Asimismo, la Sala de Primera Instancia en *Tolimir* (12/12/2012) había incluido ya algunos actos constitutivos de “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” como la “tortura, tratos inhumanos y degradantes, violencia sexual incluido violaciones sexuales, palizas, amenazas de muerte y en general daños que perjudiquen gravemente la salud, causen desfiguración o causen lesiones graves a los miembros del grupo” (párr. 737). En *Bagosora et al* (18/12/2008), la Sala de Primera Instancia del TPIR había incluso señalado que “la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” también incluye aquellos actos que amenacen seriamente la salud, aunque no lleguen a la muerte. Por su parte en *Seromba* en el TPIR (12/03/2008), la Sala de Apelaciones había incluido formas tal vez sutiles pero muy severas de daño mental serio como “una incapacidad menor o temporal de las facultades mentales como puede ser la afección de un intenso miedo o terror, intimidación o amenaza” (párr. 46).

Claramente, a fin de asegurar una sentencia por genocidio, la Sala de Primera Instancia en *Mladić* (22/11/2017), ha sido enfática al decir que la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo,” debe ser “de una naturaleza tan seria que amenace con la destrucción del grupo total o parcialmente,” (párr. 3434). En todo caso y como lo ha afirmado la Sala de Primera Instancia en *Blagojević y Jokić* (TPIY, 17/01/2005), la determinación de la seriedad de la lesión dependerá del análisis de cada caso.

Mucho se ha dicho con respecto a la práctica de desplazamiento forzado, como causal de “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”. En principio, el desplazamiento forzado no es un acto constitutivo de genocidio, aunque pudiera ser indicativo de causación de un daño mental a los miembros del grupo si este se

realizase con intención genocida. Lo anterior ha sido establecido en *Blagojević y Jokić* (17/01/2005), donde la Sala de Primera Instancia del TPIY determinó el desplazamiento forzado como constitutivo de genocidio conforme al artículo 4 (2) (b) del Estatuto del TPIY al decir que “el desplazamiento forzado de mujeres, niños y ancianos fue en sí mismo una experiencia traumática que, en las circunstancias de este caso, alcanza el nivel requerido de causar un daño mental grave en virtud del Artículo 4 (2) (b) del Estatuto” (párr. 650). La Sala de Apelaciones en *Krstić*, emitió conclusiones en este mismo sentido (TPIY, 19/04/2004, párr. 33), como lo hizo también la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de la ONU en el Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro (27/02/2007), conocido también como “El Caso de Genocidio”. En dicha sentencia de la CIJ, el máximo tribunal dijo que “dependiendo de las circunstancias del caso en estudio, dicho desplazamiento forzado pudiera ser indicativo de un elemento de prueba en la causación de un daño grave mental o físico del grupo que se realizase como acto genocida en el *actus reus* de infligir “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” si comportara la intención genocida de destruir al grupo total o parcialmente” (párr. 190). Es decir, para ser causal de genocidio, en el desplazamiento forzado, se requiere que “el daño deba ser infligido intencionalmente” como recordó la Sala de Primera Instancia en *Mladić* (TPIY, 22/11/2017, párr. 3434). A propósito de *Mladić*, el jurista Cassese (2003) ya advertía que desde la Decisión del 11 de julio de 1996 sobre la Regla 61 en *Karadžić y Mladić*, el TPIY había indicado que “el carácter de los hechos en cuestión permitía la inferencia de intención genocida” de parte de los indiciados” (Cassese, p. 99). A decir, hoy sabemos que *Karadžić y Mladić* han sido condenados por genocidio por su responsabilidad penal en Srebrenica donde claramente se desplazó a la población bosnia musulmana del enclave.

1.3. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

Los actos objetivos en los artículos 4 (2) (c) del TPIY, 2 (2) (c) del TPIR y II (c) de la Convención de 1948, a decir, “sometimiento intencio-

nal del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” la Sala de Primera Instancia en *Stakić*, ha establecido que conductas en este inciso se han construido como “métodos de destrucción por los cuales el perpetrador no mata inmediatamente a los miembros del grupo, pero que ultimadamente busca su destrucción física” (TPIY, 31/07/2003, párr. 518). Para ello es suficiente con que una parte del grupo protegido sea sometida a las condiciones de vida calculadas para destruir al grupo como tal (Werle, 2011). A diferencia de los actos prohibidos en los incisos (a) en los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y II de la Convención de 1948, el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” no requiere pruebas del hecho en sí mismas (TPIY, *Caso Stakić*, 31/07/2003, párr. 517). Sino que, en palabras de la Sala de Primera Instancia en *Karadžić*, cuando el resultado de someter a los miembros del grupo lleve a dichas situaciones donde el resultado sea la muerte o al daño severo mental o físico de los miembros del grupo protegido, entonces el cargo será conforme a los incisos (a) y (b) de los artículos 4 (2) (c) del TPIY, 2 (2) (c) del TPIR y II (c) de la Convención de 1948 (TPIY, *Caso Karadžić*, 24/03/2016, párr. 546).

La Sala de Primera Instancia en *Mladić* (22/11/2017) ilustró con algunos ejemplos de situaciones constitutivas de “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” entre los que “se incluyen, aunque no se limitan, a someter al grupo a privación de la alimentación y de cuidado médico adecuado; a la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares; a la creación de circunstancias que pudieran llevar a una muerte lenta basada en la falta de una adecuada alimentación, de agua, de abrigo y de sanidad; así como al sometimiento de los miembros del grupo a trabajo forzado y esfuerzo físico excesivo (Caso *Mladić*, 22/11/2017, párr. 3454). En *Popović et al* (10/06/2010) la Sala de Primera Instancia del TPIY había recordado que:

A falta de pruebas directas de si las condiciones de vida impuestas al grupo objetivo se calcularon para provocar su destrucción física, las Salas de Primera Instancia [en el TPIY] se habían centrado en la probabilidad objetiva de que estas condiciones llevaran a la destrucción física del grupo en parte evaluando los factores como la naturaleza de las condiciones impuestas, la cantidad de tiempo que los miembros del grupo estuvieron sujetos a ellas y las características del grupo objetivo como su vulnerabilidad (TPIY, *Caso Popović et al*, 10/06/2010, párr. 816).

Hay que considerar que conductas de desplazamiento de la población como lo es la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares han podido ser equiparadas en el TPIY a “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”. Sin embargo, el argumento no ha alcanzado la contundencia necesaria, pues la Sala de Primera Instancia en el caso *Mladić* (22/11/2017), recordó que los actos en el artículo 4 (2) (c) del Estatuto del TPIY, deliberados y calculados para causar en el grupo su destrucción deben ser claramente diferenciados de aquellos actos diseñados a fin de disolver al grupo. Por lo que, en palabras de la Sala de Primera Instancia en *Blojojević y Jokić* (17/01/2005), “expulsiones, desplazamientos y limpiezas étnicas son actos que no se constituyen como conductas objetivas de genocidio conforme a los artículos 4 (2) (c) del TIPY, 2 (2) (c) del TPIR y II (c) de la Convención de Genocidio a menos que las mismas tengan la intención de la destrucción total o parcial del grupo” (párr. 650). La Sala de Primera Instancia en *Stakić* (TPIY, 31/07/2003) ya lo había recordado: “Debe establecerse una distinción clara entre la destrucción física y la mera disolución de un grupo. La expulsión de un grupo o parte de un grupo no es suficiente para el genocidio” (párr. 519).

1.4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo

Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo protegido rememoran los hechos del holocausto Nazi durante la Segunda Guerra Mundial. La Convención de Genocidio de 1948 claramente incluye dicho acto y lo constituye como un acto material de genocidio en verdadero reflejo de las atrocidades cometidas en contra de grupos nacionales y étnicos víctimas del Holocausto Nazi. De dicho legado, trasciende que estos actos criminales están dirigidos en contra de la continuidad biológica de los grupos protegidos en la Convención de 1948 en su artículo II (2) (Werle, 2011, p. 433). En los Estatutos del TPIY y del TPIR lo están también pues los mismos reproducen de manera idéntica esta provisión en los artículos 4 (2) (d) y 2 (2) (d) del TPIR respectivamente. Schabas (2000) nos aclara, y dice que en contraste con el inciso (c) del artículo 4 (2) del TPIY y 2 (2) del TPIR, el inciso (d) no requiere que las medidas para restringir los

nacimientos sean “calculadas” para provocar la destrucción total o parcial del grupo, solo que estén destinadas a prevenir los nacimientos dentro del grupo, pues agrega, “tales medidas pueden ser meramente auxiliares de un plan o programa genocida” (p. 174).

El antecedente claro es el de Adolph Eichmann quien fuera juzgado en Israel bajo la acusación de “idear medidas destinadas a evitar que los judíos tuvieran hijos”. El Tribunal de Distrito de Jerusalén condenó a Eichmann por diseñar medidas cuyo propósito era evitar la maternidad de las judías prohibiendo los nacimientos e interrumpiendo el embarazo de las mujeres judías en el gueto de Theresin, ello con la intención de exterminar al pueblo judío (Schabas, 2000, pp. 174-175).

Más tarde en el primer caso por genocidio en el TPIR en 1998 en contra de *Jean Paul Akayesu*, la Sala de Primera Instancia avanzó que entre las acciones típicas en este inciso pueden contarse “la esterilización, la prohibición de matrimonios y la separación de los sexos” (párr. 507-508). El caso *Akayesu* ha sido muy importante en la delimitación jurídica de este acto criminal en el inciso (d) del artículo 2 (2) de este tribunal, así como en el 4 (2) del TPIY que prácticamente lo ha absorbido, pues como dijo la Sala de Primera Instancia en *Akayesu*:

En las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a prevenir los nacimientos dentro de un grupo es el caso en el que, durante la violación, una mujer de dicho grupo está impregnada deliberadamente por un hombre de otro grupo, con la intención de que dé a luz a un niño que, por consiguiente, no pertenecerá al grupo de su madre. Además, la Sala observa que las medidas destinadas a prevenir los nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida destinada a prevenir los nacimientos cuando la persona violada se niega a procrear posteriormente, de la misma manera que los miembros de un grupo pueden ser guiados, a través de amenazas o traumas, a no procrear (Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 507).

En *Popović et al*, la Sala de Primera Instancia del TPIY añadió que en la jurisprudencia del TPIY se puede observar que “las medidas destinadas a evitar nacimientos dentro del grupo no solamente pueden ser físicas sino también mentales” (*Caso Popović et al*, 10/06/2010, párr. 818). En todos los casos y para equipararse al acto de genocidio

“debe haber la intención de destruir al grupo como tal total o parcialmente” (párr. 819).

En la Consideración sobre el escrito de acusación del 11 de julio de 1996 en el marco de la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en *Karadžić y Mladić* en el TPIY, ya se había mencionado que la violencia sexual podía tener como fin la modificación de las características étnicas del grupo protegido, en este caso el grupo musulmán bosnio (párr. 94). Desgraciadamente las sentencias de las Salas de Primera Instancia en los casos *Karadžić* (24/03/2016) y *Mladić* (22/11/2017) no incorporaron ya en la *litis* el análisis del inciso (d) “medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” en el artículo 4 (2) del Estatuto del TIPY.

1.5. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo

En *Rutaganda*, la Sala de Primera Instancia del TPIR (6/12/1999) esgrimió que la provisión del artículo 2 (2) (e) del Estatuto sobre el “traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo” tiene por objetivo no sólo evitar la perpetración física del traslado forzoso, pero también cualquier acto de amenaza o trauma que lleve a la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro (Paust, Bassiouni, Scharf et al, 2014, p. 125). Para Schabas (2000) actos de genocidio definidos en los incisos (a) y (b) antes estudiados, así como el (e) requieren el acto de prueba de que efectivamente los niños fueron transferidos de un grupo que ha sido víctima de un ataque como grupo a otro grupo.

Sin duda la transferencia forzada de niños puede acarrear particularmente serias consecuencias para el futuro de la viabilidad del grupo como tal, como lo ha manifestado la Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos en 1996. Schabas (2000) en su comentario a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, así como a propósito de los trabajos del Grupo de Trabajo de los Elementos de los Crímenes de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional menciona:

Presumiblemente, cuando los niños se transfieren de un grupo a otro, su identidad cultural puede perderse. Serán criados dentro de otro grupo, hablando su idioma, participando en su cultura y practicando su religión. Pero es poco probable que los niños mayores pierdan su identidad cultural por tal transferencia (p. 176).

Podríamos estar de acuerdo con Schabas de que el daño de perder la identidad del grupo atacado como tal sea mucho mayor cuando los niños son pequeños habiendo un riesgo mayor en lo que se conoce como genocidio cultural que ha sido excluido de los contornos jurídicos de la comisión de genocidio vía el inciso (e) del artículo 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y del II de la Convención de 1948. También es cierto señalar que no se cuenta con jurisprudencia sustancial en materia de traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro después de lo acontecido durante el Holocausto Nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, de no haber existido tal flagelo la Convención de 1948 no hubiera incluido tal provisión en el artículo II y mucho menos se hubiera extendido su reproducción en los Estatutos del TPIY y del TPIR, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal que lo incorpora en su artículo 6. Por lo que no es posible estar de acuerdo con Schabas cuando dice que la inclusión de dicho inciso (e) en la Convención de 1948 fue “enigmática con poco debate o consideración de fondo porque los redactores rechazaron claramente el concepto de genocidio cultural” (2000, p. 175).

La inclusión del inciso (e) en estos ordenamientos jurídicos no es una ocurrencia ni mucho menos puede ser considerado “enigmática”. Los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional incorporan en el artículo 6 (e) la composición del acto objetivo en este inciso, así como desde el caso *Akayesu* en el TPIR (2/09/1998), la Sala de Primera Instancia ya se había ocupado del tema al decir:

Con respecto a la transferencia forzosa de niños del grupo a otro grupo, la Sala opina que, como en el caso de las medidas destinadas a prevenir los nacimientos, el objetivo no es solo sancionar un acto directo de transferencia física forzada, sino también para sancionar actos de amenazas o traumas que conducirían a la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 509).

El genocidio cultural no ha sido parte de los trabajos de los tribunales penales internacionales, no siendo un término legal en sí mismo. Schabas tiene razón en eso. Sin embargo, eso no hace redundante la discusión de si el traslado por la fuerza de niños de un grupo diferenciado por razones nacionales, de etnia, raza o religión a otro grupo, donde el primero sea objeto de un ataque que tenga la intención de destruir al grupo de manera parcial o total nos lleve a un escenario

donde el supuesto (e) en este caso del artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pudiera lamentablemente verificarse. Que el traslado forzoso de niños de un grupo protegido a otro grupo con el perfil de los elementos objetivos y subjetivos que componen el crimen de genocidio no haya sido un tema frecuente en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR no hace del tema una ocurrencia. La provisión del inciso (e) tiene una base histórica y no puede pensarse que su inclusión en la Convención de 1948 fue solo el resultado de una inercia.

Hoy, el tema cobra importancia cuando la discusión sobre la definición del crimen de genocidio se centra en lo que ya sabemos con certeza en la práctica judicial, en que el inciso (e) debe darse con la intención de destruir al grupo desde el punto de vista físico y biológico y no sociológico. Por lo que dicho “traslado forzoso de niños de un grupo a otro” debe observar los contornos jurídicos estrechos de la definición de genocidio en el inciso (e) más explícitos en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional para el artículo 6 antes mencionado a fin de constituirse en un acto genocida. En la Decisión sobre la Moción de Juicio de Absolución en el Caso *Milosevic*, la Sala de Primera Instancia del TPIY ya había sustentado que, de lo que se trata, “es de la destrucción material del grupo de forma intencional y no de la destrucción de su identidad” (Caso *Milosevic*, 16/06/2004, párr. 124) (Paust, Bassiouni, Scharff et al 2014, p. 115). Más aún, en *Karadžić* (24/03/2016) el tribunal recordó “que la Convención de Genocidio y la costumbre internacional prohíben sólo la destrucción física y biológica del grupo, no ataques en la propiedad cultural o religiosa o a los símbolos del grupo” (párr. 553).

2. LOS “OTROS ACTOS GENOCIDAS”: CONSPIRACIÓN, INSTIGACIÓN DIRECTA Y PÚBLICA, TENTATIVA Y COMPLICIDAD

2.1. *Introducción*

Los artículos 4(3) del TPIY y 2 (3) del TPIR criminalizan, junto a la comisión, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad en el genocidio. Schabas (2000) afirma que estos

otros actos genocidas no son estrictamente hablando genocidio, sino, acaso, crímenes menores, normalmente denominados como “formas de responsabilidad secundaria”, que no contienen el mismo estigma adscrito al crimen de genocidio y que pueden tener lugar incluso si el crimen principal no es cometido (p. 257).

Además, más allá de su importancia en la prevención del genocidio, “los otros actos genocidas” o “formas de responsabilidad secundaria” no pueden ser desdeñados, aunque continúe existiendo cierta resistencia a aceptar que algunas de estas conductas, como la conspiración, puedan constituir un crimen independiente. Este debate resurgió en los *travaux préparatoires* del Estatuto de la CPI, donde, como señala Song:

La subsecuente discusión sobre la Convención de Genocidio indica un cierto grado de renuencia entre los Estados de incorporar completamente a la conspiración como crimen independiente. Dicha renuencia reemergió a nivel internacional durante la negociación del Estatuto de Roma de la CPI (Song, 2014, p. 1).

Junto con los otros actos genocidas, los Estatutos del TPIY y del TPIR incorporan también en sus artículos 7 (1) y 6 (1), las formas punibles de intervención en la comisión de los delitos de su competencia, incluido el genocidio. Estas disposiciones, contienen de manera idéntica el siguiente precepto: “[q]uienquiera que haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen” (Estatuto del TPIY, 1993). En consecuencia, al menos en lo que se refiere al acto de “complicidad en el genocidio” y a la participación en su planificación, preparación o ejecución mediante la ayuda o el aliento, se puede afirmar que existe una suerte de superposición.

2.2. *Conspiración para cometer genocidio*

La conspiración para cometer genocidio, prevista en los artículos 4 (3) (b) del Estatuto del TPIY y 2 (3) (b) del Estatuto del TPIR, requiere, según la Sala de Apelaciones de ambos tribunales, el “acuerdo entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio” (TPIR,

Caso *Nahimana*, 28/11/2007, párr. 344; Caso *Ntagerura*, 7/07/2006, párr. 92), así como la intención de los conspiradores de destruir al grupo protegido total o parcialmente (Caso *Nahimana*, 28/11/2007, párr. 344, 894). Como la Sala de Apelaciones en *Nahimana* ha señalado, “[l]a existencia de tal acuerdo entre los individuos que cometen genocidio (o acuerdo concertado para actuar) es el elemento material (*actus reus*); aún más, el individuo involucrado en el acuerdo debe tener la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (*mens rea*)”. El hecho de que se castigue este acuerdo independientemente de que el genocidio se acabe llevando a cabo se justifica por la importancia del acuerdo inicial como paso previo para la posterior comisión del genocidio (TPIR, Caso *Nahimana*, 28/11/2007, párr. 344, 894).

La Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR ha sostenido también en el caso *Gatete* (TPIR, 9/10/2012) que el genocidio y la conspiración para cometer genocidio pueden imputarse de manera cumulativa (Arguin, Mbutu, Beyer, Dosman, Laskin, Liss, Peffley, Rajula y Shazadi, 2013, p. 8). En sus propias palabras:

[...] la Sala de Apelaciones considera, el juez Agius discrepando, que la naturaleza incipiente del delito de conspiración no elimina la necesidad de declarar culpable de este delito cuando el acusado también ha cometido genocidio, ya que el delito de genocidio no castiga el acuerdo para cometer genocidio (Caso *Gatete*, 9/10/2012, párr. 262).

2.3. *Incitación directa y pública a cometer genocidio*

Con respecto a la incitación directa y pública a cometer genocidio, prevista en los artículos 4 (3) (c) del TPIY y 2 (3) (c) del TPIR, la Sala de Apelaciones en el caso *Kalimanzira* (TPIR, 20/10/2010) ha afirmado que una persona puede ser encontrada culpable “si directa y públicamente incita a la comisión de genocidio (*actus reus*) y tiene la intención de incitar directa y públicamente a otros a cometer genocidio (*mens rea*)” (párr. 155). La Sala de Apelaciones agregó a este respecto en el caso *Bikindi* (TPIR, 18/03/2010) que “[esta] intención en sí misma presupone intención genocida” (párr. 135).

Asimismo, según la jurisprudencia de ambos tribunales, existe una clara distinción entre el acto de incitación pública y directa a cometer

genocidio y la incitación como forma de intervención penal en los artículos 7 (1) del TPIY y 6 (1) del TPIR. Así, conforme a esta última, se incurre en responsabilidad penal sólo si la incitación contribuye sustancialmente a la comisión del crimen de genocidio. Además, en estos casos, la incitación no necesita ser “directa y pública” (Arguin et al, 2013, p. 11).

En contraste y como la Sala de Apelaciones en *Nahimana* estableció, “la incitación directa y pública a cometer genocidio en el artículo 2 (3) (c) del Estatuto del TPIR es en sí misma punible, con independencia de que contribuya o no de manera sustancial a la comisión del genocidio” (TPIR, Caso *Nahimana*, 28/11/2007, párr. 678). Esto significa que también es punible incluso si finalmente el genocidio no llegara a materializarse” (Arguin et al, 2013, p. 11).

2.4. Tentativa de cometer genocidio

La tentativa de cometer genocidio es contemplada en los artículos 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR. Esto es porque debido a las características peculiares del delito de genocidio caracterizado como el “crimen de crímenes” al estar dirigido a destruir en todo o en parte a un grupo, los artículos 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR sí atribuyen responsabilidad penal en la tentativa (Olásolo, 2013). A diferencia del Estatuto de la CPI, los Estatutos del TPIY y del TPIR no recogen una cláusula general de responsabilidad por tentativa, de manera que esta sólo se prevé con relación al genocidio. La Sala de Primera Instancia del TPIR expresó que “de hecho, el principio de responsabilidad penal individual por tentativa de cometer un delito se obtiene solo en caso del genocidio” (Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 473).

Sin embargo, la tentativa para cometer genocidio no ha estado libre de controversia. Ello porque desde el inicio de los trabajos en ambos tribunales fue difícil entender la presunta responsabilidad penal de un crimen que comienza con la toma de decisión de llevarlo a cabo y que continúa hasta que éste ha sido consumado. Es decir, es posible trazar una distinción entre los actos preparatorios y la etapa de ejecución (Olásolo, 2013).

Para Ohlin (2009) tratar de comprender qué se entiende por tentativa de cometer genocidio “ha llevado a la confusión a los estudiosos que

se han debatido si esto significa que el genocidio se intenta, pero no se completa, o si el delito subyacente se intenta, pero no se completa” (p. 174). Schabas (2000) que ha compartido en parte este dilema, se ha decantado del mismo al afirmar que, “si el crimen es cometido, al presunto responsable se le enjuicia por genocidio no por tentativa” (p. 257).

La Sala de Primera Instancia en *Akayesu* (2/09/1998), citando el caso *Tadić* en el TPIY, se refirió a la tentativa de genocidio cuando reconoció la lógica previa en tiempo y espacio de este delito en la consumación del genocidio. Asimismo, reconoció las distintas formas de participación penal que respaldan la comisión de genocidio al decir que “la participación penal de una persona puede darse a distancia y a sabiendas de que su participación afectó directa y sustancialmente a la comisión de ese delito al respaldar la comisión real antes, durante o después del incidente” (párr. 477).

A diferencia del TPIY donde no hay ningún caso que trate el tema de la tentativa de genocidio (Olásolo, 2013), podemos ver que en el TPIR desde muy temprano, la tentativa de cometer genocidio evolucionó siendo replanteada en las distintas formas de participación penal. Lo anterior claramente se estableció en *Nahimana* (TPIR, 28/11/2007), donde la Sala de Apelaciones, aparte la autoría en la comisión del genocidio, definió la responsabilidad accesoria en la comisión del crimen al decir que “si el acusado no cometió el genocidio él mismo, su responsabilidad puede ser establecida conforme a alguna de las formas de responsabilidad previstas en el artículo 6 (1) del Estatuto [...] de haber planeado, incitado a cometer, ordenado, ayudado o alentado a la comisión de genocidio por una o más personas” (párr. 492).

2.5. *Complicidad en genocidio*

La complicidad en genocidio se recoge en los artículos 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR. La jurisprudencia de ambos tribunales le ha dado a la complicidad en genocidio una interpretación amplia para incluir todas aquellas formas de ayudar y alentar que, en caso de que el genocidio llegara finalmente a cometerse, serían punibles conforme a los artículos 7(1) y 6 (1) de los Estatutos de ambos tribunales. Como el Juez Shahabuddeen ha señalado en su Opinión Parcialmente Disidente en la Sentencia de Apelaciones del caso *Krstić*:

Esta conclusión concuerda con la jurisprudencia de este Tribunal y del TPIR en el sentido de que la “complicidad en el genocidio”, como se menciona en el artículo 4 (3) (e) del Estatuto del TPIY [artículo 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR], incluye ayuda y aliento según lo mencionado en el artículo 7 (1) del Estatuto del TPIY [artículo 6 (1) del Estatuto del TPIR]. La jurisprudencia es correcta: ayudar y alentar al genocidio no representa una adición a los delitos conocidos por el derecho internacional consuetudinario, sino que siempre ha formado parte de ello (TPIY, 19/04/2004, párr. 68).

Si bien es cierto que la jurisprudencia de ambos tribunales le ha dado a la complicidad en genocidio una interpretación amplia para incluir todas aquellas formas de ayudar y alentar, también es cierto que en la práctica judicial de ambos tribunales se ha discernido un margen de diferenciación entre ellos. Como lo explicó la Sala de Primera Instancia en *Semanza* (TPIR, 2008) refiriéndose al caso *Krstić* en el TPIY, “asistir y alentar [se constituye] como un modo de responsabilidad del Artículo 7 (1) del Estatuto del TPIY, pero también [...] ayudar y alentar constituye una forma de complicidad” (párr. 316). En consecuencia, según la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, la principal diferencia entre la complicidad en genocidio y el ayudar y alentar la comisión del genocidio, es que las modalidades de asistencia que son punibles como complicidad no requieren la consumación del genocidio, cosa que es absolutamente imprescindible para que el ayudar y alentar como forma de intervención punible de lugar a responsabilidad penal (Olásolo, 2013).

En *Krstić*, la Sala de Apelaciones estableció que el “que ayuda y alienta en el genocidio sabe de la intención específica, *dolus specialis* del perpetrador directo, pero no necesariamente lo comparte” (TPIY, 19/04/2004, párr. 140-141). El caso del General *Krstić* es un claro ejemplo de aplicación del artículo 7 (1) y no del 4 (1) del Estatuto del TPIY por su participación accesorio en el genocidio de Srebrenica ¿Complicidad de genocidio? No. Al menos ese fue el hallazgo de la Sala de Apelaciones. La Sala de Apelaciones (2004) hizo a un lado la sentencia del General *Krstić* “por participación como “principal” (autor) para cometer genocidio por la de ayudar y alentar para cometer genocidio” (para. 134). La Sala de Apelaciones en realidad corrigió la sentencia de la Sala de Primera Instancia (2001) al no confirmar que “el apelante compartiera la intención *dolus specialis* de los demás

miembros de la Empresa Criminal Conjunta de cometer genocidio en Srebrenica en 1995” (para. 133). A decir de *Karadžić* (24/03/2016; 20/03/2019), así como de *Mladić* (22/11/2017), en cuyos casos, las Salas respectivas encontraron culpables a estos individuos por formar parte de la Empresa Criminal Conjunta para cometer genocidio en Srebrenica (Caso *Mladić*, 22/11/2017, párr. 5191; Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 6001).

Cabe añadir que, en el caso específico de *Krstić*, su ayuda y aliento fue analizada a la luz de su omisión culposa como Superior Jerárquico, al permitir que sus hombres, el Cuerpo de Drina, fuera utilizado por sus superiores para cometer el genocidio, factor que orientó a la Sala de Primera Instancia (2001), y que la Sala de Apelaciones (2004) no desafió, para fincarle responsabilidad en el genocidio de Srebrenica. Ello porque como lo ha explicado la Sala de Apelaciones en *Brđanin*:

[E]l ayudar y alentar en la omisión se ha aplicado cuando el acusado ha ejercido una posición de autoridad, ya sea si estuvo en la escena del crimen y su no intervención para pararlos fue interpretada como una forma de aprobación implícita e incluso de apoyo moral” (TPIY, Caso *Brđanin*, 3/04/2007, párr. 273).

En el caso de *Krstić* fue del todo más claro, porque además sabía la intención detrás del crimen, e imposibilitado o no para actuar de otra forma, como lo ha señalado la Sala de Apelaciones en *Vasiljević* (TPIY, 25/02/2004) el acusado “sabía que sus actos asistían en la comisión de los asesinos” (párr. 134).

3. CONCLUSIONES

El presente ensayo se incorpora como un capítulo del presente libro que conmemora el 70º Aniversario de la adopción de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* de 1948. El tema central es la evolución del crimen de genocidio en la práctica y la doctrina, así como el legado del hoy ya extinto TPIY. Conforme a ello, el capítulo presente se ha centrado en un tema muy complejo y debatido en su aplicación no sólo en el TPIY sino en su tribunal hermano, el TPIR, cuya jurisprudencia en el tema de genocidio de no considerarla dejaría incompleto el análisis. Me refiero al análisis de la

contribución de estos tribunales a la definición de las cinco modalidades de comisión del genocidio y de los “otros actos” que se recogen en el artículo 4 párrafos (2) y (3) del Estatuto del TPIY y el artículo 2 párrafos (2) y (3) del Estatuto del TPIR.

De las cinco formas de comisión del crimen de genocidio (elementos objetivos) en sus artículos 4 (2) del TPIY y 2 (2) del TPIR nos referimos a la “matanza de los miembros del grupo”, “la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, “la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, y “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”.

Para el acto concreto de “matanza de miembros del grupo,” en *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia (TPIY, 24/03/2016) refirió que no se requiere una evaluación numérica del número concreto de las personas asesinadas. Sin embargo, la escala o nivel de atrocidad en el *actus reus* puede ser relevante para la evaluación del elemento subjetivo del crimen de genocidio. En la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, la Sala de Primera Instancia en *Tolimir* (TPIY, 12/12/2012) explicó, que se requiere concreción como acto de prueba e intención genocida. En el daño mental y físico, añadió, se pueden incluir prácticas diversas como tortura, tratos inhumanos y degradantes, violencia sexual, palizas, amenazas de muerte y en general daños que perjudiquen gravemente la salud, causen lesiones graves, permanentes o no, así como otros daños relativamente menores como intenso miedo y terror, intimidación o amenaza. En *Krstić* (TPIY, 19/04/2004), así como en la CIJ de la ONU, concretamente en “El Caso de Genocidio” (2007), se ha dicho que el desplazamiento forzado no es constitutivo de genocidio, aunque pudiera ser indicativo de causación de un daño mental a los miembros del grupo si este se realizase con intención genocida.

Respecto al “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” en *Stakić* (TPIY, 31/07/2003), la Sala de Primera Instancia estableció que dichas prácticas pueden ser entendidas como métodos de destrucción por los cuales el perpetrador no mata inmediatamente a los miembros del grupo, pero que ultimadamente busca su destruc-

ción física. En *Mladić* (TPIY, 22/11/2017), la Sala de Primera Instancia ilustró con algunos ejemplos de conductas criminales en las que se incluyen, aunque no se limitan, a someter al grupo a privación de la alimentación y de cuidado médico adecuado; a la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares; a la creación de circunstancias que pudieran llevar a una muerte lenta basada en la falta de una adecuada alimentación, de agua, de abrigo y de sanidad; así como al sometimiento de los miembros del grupo a trabajo forzado y esfuerzo físico excesivo. Asimismo, y con respecto del desplazamiento forzado, en *Mladić* (TPIY, 22/11/2017), la Sala de Primera Instancia insistió en que se debe hacer la diferenciación entre la intención de destruir al grupo, con la mera disolución del grupo, donde al expulsar o desplazar no necesariamente es con intención genocida.

Con relación a la “adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo,” dicha forma de genocidio que rememora los excesos del Holocausto Nazi no ha sido un tema recurrente en la práctica judicial del TPIY y del TPIR. Su tratamiento sin embargo y sobre todo en el TPIR, específicamente en *Akayesu* (2/09/1998), ha sido abordado por la Sala de Primera Instancia que ha referido que dichas medidas han podido encontrar lugar en las formas de la esterilización, la prohibición de matrimonios y la separación de los sexos como se determinó desde la primera sentencia de ese tribunal. El “traslado forzoso de niños de un grupo a otro” es otra modalidad de genocidio que se recoge también desde los horrores de la Segunda Guerra Mundial, pero que no ha sido tampoco un tema frecuente en ambos tribunales. Con todo, es en el TPIR, en *Akayesu* que la Sala de Primera Instancia (2/09/1998), dijo que el objetivo no era sólo sancionar un acto directo de transferencia física forzada, sino también castigar actos de amenazas o traumas que conducirían a la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro. El “traslado forzoso de niños de un grupo a otro” no es letra muerta en la práctica judicial. La Corte Penal Internacional incluso lo ha recogido y plasmado en Los Elementos de los Crímenes en el artículo 6 (e). De cualquier forma, dicho flagelo requiere la intención especial para ser castigado como genocidio.

Con respecto a los “otros actos,” o formas de responsabilidad secundaria, como la conspiración, la incitación pública y directa, la tentativa y la complicidad para cometer genocidio, que por su gravedad

había que castigar, siendo incorporados en el artículo 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR, así como III de la Convención de 1948, son objeto de análisis en este capítulo. Dichos “actos” no son estrictamente hablando genocidio, sino, acaso, crímenes menores, conocidos como “formas de responsabilidad secundaria” que no contienen el mismo estigma adscrito al crimen de genocidio pero que pueden tener lugar incluso si el crimen principal no es cometido. Lo anterior es del todo cierto en el caso de la conspiración, aunque continúen existiendo ciertas resistencias a aceptar que esta conducta pueda constituir un crimen independiente (Olásolo, 2013). La conspiración para cometer genocidio ha sido establecida en la jurisprudencia del TPIR, que, como en palabras de la Sala de Apelaciones en *Gatete* (TPIR, Caso *Gatete*, 9/10/2012), este es un crimen que incluso puede ser cumulativo con el de genocidio justo por que este último no castiga el acuerdo para cometer genocidio.

Con relación a la incitación pública y directa a cometer genocidio, en la jurisprudencia de ambos tribunales, existe una clara distinción entre la primera y el acto de incitación como forma de intervención penal en los artículos 7 (1) del TPIY y 6 (1) del TPIR. Así, conforme a lo dicho por la Sala de Apelaciones en *Nahimana* (TPIR, 28/11/2007), se incurre en responsabilidad penal sólo si la incitación contribuye sustancialmente a la comisión del crimen de genocidio. Además, en estos casos, la incitación no necesita ser “directa y pública”. En contraste, la incitación directa y pública a cometer genocidio es en sí misma punible, con independencia de que contribuya o no de manera sustancial a la comisión del genocidio. Esto significa que también es punible incluso si finalmente el genocidio no llegara a materializarse.

En lo que se refiere a la tentativa de cometer genocidio, este es un tema que no ha sido tratado en la jurisprudencia del TPIY, pero si en la del TPIR, donde la Sala de Apelaciones en *Nahimana* (28/11/2007), y en *Gacumbitsi* (7/07/2006), han replanteado a la tentativa de cometer genocidio en una suerte de evolución en las distintas formas de participación penal conforme al artículo 6 (1) del TPIR. Pues hay que decir, que la tentativa para cometer genocidio no ha estado libre de controversia. Ello porque desde el inicio de los trabajos en ambos tribunales fue difícil entender la presunta responsabilidad penal de un crimen que comienza con la toma de decisión de llevarlo a cabo y que continúa hasta que éste ha sido consumado (Olásolo, 2013). Tal

vez por ello su tratamiento ha transitado a las diferentes formas de participación penal en el artículo 6 (1) del TPIR, encontrando cabida en los trabajos del TPIR.

Finalmente, en lo relativo al acto de “complicidad en el genocidio” y a la participación en su planificación, preparación o ejecución mediante la ayuda o el aliento, se argumenta que en la jurisprudencia de ambos tribunales ha existido una suerte de superposición, donde en la complicidad en el genocidio no se requiere la consumación de este mientras que en el que participa ayudando y alentando si se requiere la consumación del genocidio. Ello, sin dejar de mencionar”, citando al Juez Shahabuddeen en su Opinión Parcialmente Disidente en la Sentencia de Apelaciones del caso *Krstić* (19/04/2004), que la complicidad es una forma de ayudar y alentar o bien parte de lo mismo.

REFERENCIAS

Doctrina

- Arguin, Mbuto, Beyer, Dosman, Laskin, Liss, Peffley, Rajula, Shazadi (2013). Procedural and Evidentiary Standards. International Criminal Tribunal for Rwanda, *Digest of the ICTR and ICTY Appeals Chamber Judgments*. Part 1. United Nations, Office of the Prosecutor.
- Cassese, A. (2003). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Naimark, N. (2017). *Genocide A World History*, Oxford: Oxford University Press.
- Ohlin, J. D. (2009) Attempt, Conspiracy, and Incitement to commit Genocide. *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 24. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/24>.
- Olásolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paust, J.; Bassiouni, M.C.; Scharf, M.; Sadat, L.; Gurulé, J.; Zagaris, B. (2014). *Human Rights Module on Crimes Against Humanity, Genocide, other Crimes against Human Rights and War Crimes* (3a ed). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Schabas, W. (2000). *Genocide in International Law, The Crimes of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press.

Song, T. (2014). Conspiracy to Commit Genocide and its Exclusion from the ICC Statute. *FICJ Policy Brief Series*, 18, Terkel Opsahl Academic EPublisher. Disponible en: <http://www.toaep.org/pbs-pdf/18-song>.

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Internacional Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (28 de mayo de 1951). Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion.

CIJ. (26 de febrero de 2007). Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina V. Serbia and Montenegro).

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales

MRITP. (20 de marzo de 2019). Caso *Radovan Karadžić*. Resumen de la Sentencia de Apelación de *Radovan Karadžić*.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

TPIR. (18 de diciembre de 2008). Caso *Théoneste Bagosora, Gratien Kabiligi, Aloys Ntabakuze, Anatole Nsengiyumva*. No. ICTR-98-41-T.

TPIR. (18 de marzo de 2010). Caso *Simon Bikindi*. No. ICTR-01-72-A.

TPIR. (7 de julio de 2006). Caso *Sylvestre Gacumbitsi*. No. ICTR-99-46-A.

TPIR. (9 de octubre de 2012). Caso *Jean-Baptiste Gatete*. No. ICTR-00-61-A.

TPIR. (20 de octubre de 2010). Caso *Callixte Kalimanzira*. No. ICTR-05-88-A.

TPIR. (21 de mayo de 1999). Caso *Clément Kayishema y Obed Ruzindana*. No. ICTR-95-1-T.

TPIR. (28 de noviembre de 2007). Caso *Ferdinand Nahimana et al.* No. ICTR-99-52-A.

TPIR. (7 de julio de 2006). Caso *André Ntagerura*. No. ICTR-2001-64-A.

TPIR. (6 de diciembre de 1999). Caso *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*. No. ICTR-96-3-A.

TPIR. (12 de marzo de 2008). Caso *Athanase Seromba*. Case No. ICTR-2001-66-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY. (17 de enero de 2005). Caso *Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*. No. IT-02-60-A.

TPIY. (3 de abril de 2007). Caso *Radoslav Brđanin*. Case No. IT-99-36-A.

- TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.
- TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*, Resumen de la sentencia. No. IT-95-5/18-T.
- TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.
- TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*, Resumen de la Sentencia. No. IT-98-33-T.
- TPIY. (16 de junio de 2004). Caso *Slobodan Milošević*. No. IT-02-54-T.
- TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. Case No. IT-09-92-T.
- TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*, Resumen de la Sentencia. No. IT-09-92-T.
- TPIY. (10 de junio de 2010). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-T.
- TPIY. (31 de julio de 2003). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-T.
- TPIY. (12 de diciembre de 2012). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88/2-T.
- TPIY. (25 de febrero de 2004). Caso *Mitar Vasiljević*. No. IT-98-32-A.

Otras referencias

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Nueva York, 9 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Roma, 17 de julio de 1998, UN Doc A/Conf. 183/9. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>.
- Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, 25 de mayo de 1993, adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 827. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (20 de junio de 2006), *ICTR Appeals Chamber takes Judicial Notice of Genocide in Rwanda*, Press Release. Disponible en: <http://unictr.irmct.org/en/news/ict-appeals-chamber-takes-judicial-notice-genocide-rwanda>.

Capítulo 12

El principio *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio

Héctor Olasolo
Daniela Suárez
María Paula López

INTRODUCCIÓN

El art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (“Convención contra el Genocidio” o “Convención”) define el genocidio como cualquiera de los actos constitutivos de alguna de sus cinco modalidades de comisión “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. Esta misma definición es recogida literalmente en el art. 4(2) del ETPIY y en el chapeau del art. 6 del ECPI.

Los EC, al desarrollar cada una de las cinco modalidades de comisión del genocidio, recogen dos elementos comunes a las mismas: (i) “que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal” (dolo especial exigido por el crimen de genocidio que es frecuentemente denominado “intención genocida”); y (ii) “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por si misma causar esa destrucción”. Mientras el primero se encuentra expresamente recogido en las disposiciones arriba mencionadas, no ocurre lo mismo con el segundo, al que se denomina “elemento contextual” del genocidio.

El elemento contextual del genocidio está compuesto por dos circunstancias alternativas, de manera que concurre siempre que se dé una de las mismas. La primera requiere que los actos de violencia del acusado se lleven a cabo dentro de un contexto sistemático (patrón manifiesto) de actos violencia similares cometidos contra los miembros del grupo atacado. En consecuencia, además del acusado, otras personas deben también estar cometiendo actos genocidas (o crímenes de lesa

humanidad si actúan sin la intención genocida) en contra del grupo nacional, étnico, racial o religioso afectado (Ambos, 2009; 2014; Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst, 2014; Stahn, 2019). Además, el calificativo “manifiesto” significa que el patrón debe ser claro y no limitarse a crímenes aislados que ocurran a lo largo de los años.

La segunda circunstancia alternativa recogida en el elemento contextual del genocidio exige que la conducta del acusado tenga de por sí la capacidad de destruir, cuando menos, una parte sustancial del grupo atacado, lo que puede ser el resultado del reducido tamaño del grupo atacado o del tipo de armas utilizado (Ambos, 2014; Cryer et al., 2014; Koursami, 2018; Kreß, 2015; Robinson, 1960; Schabas, 2008a; Stahn, 2019).

En consecuencia, mientras la primera circunstancia alternativa del elemento contextual del genocidio se centra en la sistematicidad de la dinámica de violencia contra el grupo atacado en la que se inserta la conducta del acusado, la segunda pone el acento en la capacidad de destrucción de dicha conducta como tal.

A la luz de lo anterior, surge la cuestión sobre si el elemento contextual del genocidio, se encuentra implícitamente recogido en su definición, tal y como afirmaba Raphael Lemkin (jurista polaco que propuso por primera vez el concepto de genocidio y que consideraba a la política o plan de un Estado como un elemento *sine qua non* del mismo) (Lemkin, 2005; Stahn, 2019); o si por el contrario constituye una adición al mismo, dirigida a evitar que los actos de odio aislados puedan ser considerados como genocidio, y que, por tanto, tendría como principal efecto excluir de la definición de genocidio todas aquellas conductas aisladas que no cumplan con el mismo (Cryer et al., 2014; Koursami, 2018; Stahn, 2019). Esta cuestión se plantea teniendo en cuenta que, salvo en el caso del crimen de agresión previsto en el ECPI, las demás categorías de crímenes internacionales recogidas en el ETPIY y en el ECPI (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) tienen un contexto específico que las caracteriza como crímenes internacionales, a saber un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, o que los actos perpetrados se den en el contexto y en conexión con un conflicto armado, lo que permite que tanto el TPIY como la CPI se centren en hechos de violencia que no se cometen de manera aislada.

La distinta manera en que el TIPY y la CPI han abordado esta pregunta se encuentra íntimamente relacionada con las diferencias entre sus respectivos estatutos e instrumentos complementarios, así como con la diversa concepción de aquel componente del principio de legalidad penal, referido en este trabajo como *nullum crimen sine iure*, conforme al cual se prohíbe el surgimiento de responsabilidad penal por conductas que, en el momento de llevarse a cabo, no son constitutivas de delito según el derecho (nacional o internacional) aplicable (Gallant, 2009).

Si bien el principio *nullum crimen sine iure* se configuró inicialmente al término de la Segunda Guerra Mundial como un principio de justicia, en la actualidad el derecho internacional lo define como un derecho subjetivo limitativo de la soberanía de los Estados (Olasolo, 2013b). El legado jurisprudencial del TPIY, que ha seguido, en gran medida, lo dispuesto en los sistemas universal y europeo de protección de los derechos humanos, ha construido este principio sobre la base de dos elementos fundamentales: (i) la exigencia de que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del derecho penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate (sin requerirse, por tanto, que el carácter punible de la conducta deba establecerse en un tipo específico de norma jurídica escrita) y (ii) los requisitos de accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida y previsibilidad de la responsabilidad penal en que incurre su autor en el momento de ejecutarla (TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995; Caso *Milutinović, Šainović y Ojdanić*, 21/05/2003).

Esto contrasta con lo dispuesto en el art. 22 del ECPI y en la incipiente jurisprudencia de la CPI, que siguiendo lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte IDH, extienden el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, al requerir la previa determinación del carácter punible de la conducta por un tipo específico de norma escrita (ya tenga rango de ley en el derecho interno, ya constituya un tratado internacional en derecho internacional) y sustituir los requisitos de accesibilidad y previsibilidad por aquellos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* (Olasolo, 2013b; CPI, Caso *Lubanga Dyilo*, 29/01/2007).

A la luz de lo anterior, el presente capítulo explora el legado jurisprudencial del TPIY sobre el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional consuetudinario (sección 1) y sobre el elemento contextual del crimen de genocidio (sección 2). A continuación, compara este legado con la primera jurisprudencia de la CPI sobre ambas cuestiones (sección 3). Finalmente, en la sección 4 se exponen las principales conclusiones alcanzadas.

1. EL LEGADO JURISPRUDENCIAL DEL TPIY SOBRE EL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN SINE IURE¹

1.1. *La evolución del principio nullum crimen sine iure en el derecho internacional: de principio de justicia a derecho subjetivo*

Al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron establecidos el Tribunal Militar Internacional (“TMI”) con sede en Núremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (“TMI-LO”) con sede en Tokio y los tribunales militares aliados operativos en cada una de las cuatro zonas de ocupación en las que Alemania había sido dividida en 1945 para su administración, el derecho internacional consideraba al principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos ni limitaba la soberanía del Estado. Así se reflejó en la sentencia del TMI, de 1 de octubre de 1946, en la que se subrayó que, según el derecho internacional aplicable a las situaciones de ocupación, cada uno de los Estados aliados que ocupaban Alemania (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética) tenía el derecho de establecer tribunales especiales y determinar las acciones u omisiones sobre las que dichos tribunales ejercerían su jurisdicción (TMI Nuremberg, Trial of German Major War Criminals, 1/10/1946). De esta manera, el Acuerdo de Londres, por la que se creó el TMI el 8 de agosto de

¹ Esta sección ha sido en gran medida elaborada con base en el siguiente trabajo: Olasolo, H. (2013). “El Principio *Nullum Crimen Sine Iure* en Derecho Internacional Contemporáneo”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, Vol. 1.

1945 y se definió su Estatuto, constituye un ejercicio del poder legislativo soberano que el derecho internacional atribuía a los Estados a los que el gobierno de la Alemania nazi se había rendido de manera incondicional (TMI Nuremberg, Trial of German Major War Criminals, 1/10/1946).

Esta concepción del principio *nullum crimen sine iure* no imponía limitación alguna al derecho de los Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética a establecer el TMI y a definir los delitos contenidos en su estatuto. En consecuencia, como han afirmado Donnedieu de Vabres (1947) y Gallant (2009), dicho principio se configuraba como un principio de justicia que podía ser legítimamente inaplicado por la voluntad soberana de los Estados legisladores. Únicamente desde esta concepción, se comprende que el principal argumento esgrimido por el TMI para rechazar las alegaciones presentadas por las defensas de los acusados sobre la presunta violación del principio *nullum crimen sine iure*, se refiriera a que los delitos imputados habían sido incluidos en el estatuto del TMI por la voluntad soberana de los Estados parte en el Acuerdo de Londres. Solo de manera subsidiaria, el TMI analizó si cada uno de los delitos había sido ya definido por el derecho internacional cuando se iniciaron las hostilidades el 1 de septiembre de 1939 (TMI Nuremberg, Trial of German Major War Criminals, 1/10/1946).

Sin embargo, apenas dos años más tarde, los magistrados ROLLING (TMILO, Sentencia, 12/11/1948c), BERNARD (TMILO, Sentencia, 12/11/1948a) y PAL (TMILO, Sentencia, 12/11/1948b) rechazaron en sus votos particulares a la sentencia del Tribunal de Tokio la caracterización del principio *nullum crimen sine iure* como un principio de justicia, afirmando su configuración como un derecho subjetivo que imponía a los Estados la obligación de respetarlo en la administración de la justicia penal. Con ello se hacían patentes las notables divisiones existentes sobre la naturaleza del principio *nullum crimen sine iure*.

En los treinta años siguientes (1948-1978), el principio *nullum crimen sine iure* evolucionaría de manera notable hasta consagrarse en el derecho internacional como un derecho subjetivo de naturaleza inderogable, incluso en situaciones de estado de excepción, generando así una auténtica obligación para los Estados, que limita el ejercicio

de su poder soberano². Los instrumentos constitutivos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados surgidos desde 1993 han adoptado esta misma posición (Gallant, 2009), como se refleja en las decisiones del TPIY en los casos *Tadić* (TPIY, 2/10/1995) y *Milutinović et al.* (TPIY, 21/05/2003), del TPIR en el caso *Akayesu* (2/09/1998) y de la CESL en el caso *Norman* (31/05/2004).

1.2. El desarrollo jurisprudencial por el TPIY del principio *nullum crimen sine iure*

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales sobre el contenido del principio *nullum crimen sine iure*, en particular, las decisiones de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos *Tadić* (TPIY, 2/10/1995) y *Milutinović et al.* (TPIY, 21/05/2003, párr. 9) y del TPIR en el caso *Akayesu* (TPIR, 2/09/1998, párr. 617), siguen lo dispuesto en los Sistemas Universal y Europeo de Protección de los Derechos Humanos con respecto al valor de la costumbre internacional como

² Esta nueva naturaleza se recoge en: (i) los instrumentos internacionales de carácter universal de protección de los derechos humanos, en particular en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 40 (2)(a) de la Convención para la Protección de los Derechos del Niño; (ii) los instrumentos internacionales de carácter regional de protección de derechos humanos, como el art. 7 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; (iii) el art. 83 de la tercera y el art. 65 de la cuarta Convenciones de Ginebra de 1949, así como en sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (arts. 75(4)(c) del PA I y 6 (2)(c) del PA II), donde por primera vez se impone de manera explícita a los Estados la obligación de respetar el principio de legalidad en el marco de los conflictos armados internos, es decir, en aquellas situaciones en las que los Estados tienen una mayor tensión, puesto que enfrentan una lucha por su supervivencia o la del régimen político imperante en los mismos (Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L. (2005). *Customary IHL*, Vol. I (Cambridge: Cambridge University Press), reglas 101 y 371); y (iv) Las constituciones y las disposiciones legislativas nacionales (todos los Estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, excepto Bután y Brunei, han adoptado el principio *nullum crimen sine iure* en sus constituciones, en sus normas legislativas o por medio de su vinculación a tratados internacionales donde se recoge el mismo (Gallant, 2009, pp. 241, 553-577).

fuente de derecho penal y su relevancia al aplicar el principio *nullum crimen sine iure*³.

En este sentido, conviene recordar que el TPIY, el TPIR y la CESL fueron creados con posterioridad a la comisión de una gran parte de los delitos sobre los que tienen jurisdicción. Como resultado, sus respectivos estatutos no contienen normas de naturaleza penal que tipifiquen comportamientos específicos, sino que incluyen solo disposiciones de naturaleza procesal que les atribuyen jurisdicción material sobre delitos preexistentes en virtud del derecho internacional (Olasolo, 2013b). Así, como se señala en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU, 1993, párr. 29) sobre la creación del TPIY, el ETPIY no pretende crear nuevos delitos, sino aplicar el

³ La formulación del principio *nullum crimen sine iure* contenida en los Artículos 11 de la DUDH, 15 del PIDCP y 7 del CEDH no requiere que sea un tipo específico de norma (por ejemplo, una norma escrita con rango de ley) la que deba determinar el carácter punible de una conducta antes de su comisión. Lo que se exige es que la misma sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del derecho penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate. Las fuentes de derecho interno, por medio de las cuales se cumple con el principio *nullum crimen sine iure*, incluyen tanto los precedentes judiciales en los países de tradición de derecho común (entre ellos, Reino Unido, Australia o numerosos países del Caribe), como las normas escritas con rango de ley en los países de tradición romano-germánica. Por su parte, el derecho internacional aplicable incluye la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y los tratados de los que forme parte el Estado de que se trate. En consecuencia, el principio *nullum crimen sine iure* no supone una exclusión automática del desarrollo del derecho penal a través del sistema del precedente en los países de derecho común, de la interpretación y clarificación judicial de las leyes en los países de tradición romano-germánica o de la elaboración consuetudinaria propia del derecho internacional. Vid. Gallant (2009, pp. 352-362); Clayton, R. y Tomlinson, H. (2000), *The Law of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press), p. 672. Vid. también TEDH, *Caso Kononov c. Letonia*, Aplicación Núm. 36376/04, Sentencia, de 17 de mayo de 2010, párr. 185; TEDH, *Korbely c. Hungría*, Aplicación Núm. 9174/02, Sentencia, 19 de septiembre de 2008, párr. 69-71; TEDH, *Jorgic c. Alemania*, Aplicación Núm. 74613/01, Sentencia, 12 de julio de 2007, párr. 101-109; TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, Aplicaciones Núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, Sentencia, 22 de marzo de 2001, párr. 50. Vid. así mismo, Hanski, R. y Scheinin, M. (2003), *Leading Cases of the Human Rights Committee* (Turku: Institute for Human Rights, Abo Akademi University), p. 157, refiriéndose al Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 29 (72)*, Doc. Núm. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 7.

derecho internacional humanitario. Esto, en principio, incluye tanto los usos y las costumbres de la guerra como el derecho convencional (SGNU, 1993, párr. 33). Sin embargo, el propio Secretario General (SGNU, 1993, párr. 34) añade a continuación que, para evitar cualquier problema derivado de la falta de adhesión de algunos Estados a ciertos tratados internacionales, el principio *nullum crimen sine iure* requiere que el TPIY aplique aquellas normas del derecho internacional humanitario sobre las que no cabe duda de su naturaleza consuetudinaria.

Ante la falta de definición estatutaria⁴, la Sala de Apelaciones del TPIY definió por primera vez el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en su decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadić* (TPIY, 2/10/1995). La cuestión abordada en aquella decisión consistía en determinar si, sobre la base del Artículo 3 del ETPIY, que se refiere en forma genérica a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, se podía considerar que el TPIY tenía jurisdicción sobre aquellas otras violaciones del derecho internacional humanitario que no constituían infracciones graves de los Convenios de Ginebra⁵.

La Sala de Apelaciones del TPIY respondió a esta cuestión, afirmando que tanto la costumbre internacional como el derecho convencional son fuentes de derecho internacional penal, de manera que ambas son relevantes a la hora de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine iure*⁶ (TPIY, Caso

⁴ Si bien en este contexto la determinación del contenido del principio *nullum crimen sine iure* adquiere una particular relevancia, lo cierto es que los Estatutos del TPIY, el TPIR y la CESL no contienen ninguna referencia expresa a dicho principio, por lo que su construcción es completamente jurisprudencial.

⁵ Las infracciones graves a los Convenios de Ginebra se recogen en el Artículo 2 del ETPIY.

⁶ Al justificar la relevancia del derecho convencional, la Sala de Apelaciones señaló que la única razón para que los redactores del ETPIY enfatizaran la aplicación del derecho consuetudinario era evitar la violación del principio *nullum crimen sine iure* en aquellos supuestos en que alguna de las partes en conflicto no fuera parte del tratado internacional de que se tratase. En consecuencia, la Sala de Apelaciones concluyó que el TPIY se encontraba también legitimado para aplicar el derecho convencional cuando concurren las siguientes dos condiciones: (i) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se tratase en el momento en que ocurriesen los hechos presuntamente constitutivos de delito; y (ii) la compatibilidad entre el contenido de las normas convenciona-

Tadić, 2/10/1995, párr. 143). Además, la propia Sala de Apelaciones estableció las cuatro condiciones siguientes, que debían cumplirse para que el TPIY tuviera jurisdicción sobre aquellas violaciones del derecho internacional humanitario que no constituían infracciones graves de los Convenios de Ginebra: (i) una norma de derecho internacional humanitario debía haber sido violada; (ii) dicha norma debía tener naturaleza consuetudinaria o, si tenía un carácter convencional, todas las partes en conflicto debían ser parte del tratado en que se recogiera; (iii) la violación debía ser grave, en el sentido de que afectase a una norma que protegiera bienes jurídicos importantes y ocasionara graves consecuencias para las víctimas y (iv) la violación debía dar lugar a responsabilidad internacional penal, de acuerdo con la costumbre internacional o con los tratados internacionales aplicables (TPIY, Caso *Tadić*, 2/10/1995, párr. 94).

Sin embargo, a partir de 2002, la Sala de Apelaciones del TPIY cambió su línea jurisprudencial, para adoptar una interpretación más restrictiva del principio *nullum crimen sine iure* que excluye la aplicación del derecho convencional. De esta manera, a partir de la decisión interlocutoria en el caso *Strugar et al.*, relativo a ataques dirigidos contra personas o bienes civiles (TPIY, Caso *Strugar et al.*, 22/11/2002), y siguiendo con las decisiones sobre jurisdicción en los casos *Milutinović et al.* (TPIY, 21/05/2003, párr. 9) y *Hadžihanović et al.* (TPIY, 6/07/2003, párr. 32), el TPIY ha afirmado que solo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de alguno de los crímenes enumerados en el ETPIY conforme a la costumbre internacional (TPIY, Caso *Milutinović et al.*, 21/05/2003, párr. 9).

Este es el caso del genocidio, cuya prohibición, conforme a la definición recogida en el artículo 2 de la Convención de 1948, no sólo tiene carácter consuetudinario, sino que, como ha manifestado la CIJ (CIJ, *República Democrática del Congo c. Ruanda*, 3/02/2006), tiene naturaleza de derecho imperativo o *ius cogens* (Bassiouni, 2014). En consecuencia, debido a las particulares características del TPIY (aplicables también al TPIR y a la CESL), la costumbre internacional es la

les de que se tratase y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encontraban la mayoría de los usos y costumbres de la guerra.

única fuente de derecho internacional penal que permite cumplir con las exigencias del principio *nullum crimen sine iure*.

Además, la Sala de Apelaciones del TPIY, al igual que el TPIR en el caso *Akayesu* y la CESL en el caso *Norman*, ha seguido la jurisprudencia del TEDH, que ha afirmado que el principio *nullum crimen sine iure* requiere, en todo caso, que concurran los elementos de accesibilidad y previsibilidad mencionados en la sección 1 (TPIY, Caso *Milutinović, Šainović y Ojdanić*, 21/05/2003, Caso *Hadžihasanović et al.*, 6/07/2003; TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998; CESL, Caso *Norman*, 31/05/2004).

2. EL LEGADO JURISPRUDENCIAL DEL TPIY SOBRE EL ELEMENTO CONTEXTUAL DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Si bien autores como Schabas (2008b) afirman que la Fiscalía del TPIY ha sido demasiado precavida al momento de imputar el crimen de genocidio en el marco de las atrocidades ocurridas en territorio yugoslavo durante el conflicto armado (esto se debe, según este autor, a la inexistencia de una posición uniforme sobre si los actos de “limpieza étnica” constituyen dicho crimen internacional)⁷, lo cierto es que desde sus primeras actuaciones la jurisprudencia del TPIY no ha dudado en abordar el debate sobre la exigencia de una política o plan como elemento contextual del crimen de genocidio.

Así, ya desde el caso contra *Goran Jelisić*, quien fuera procesado a finales de la década de 1990 por ser uno de los principales verdugos de los bosnio-croatas y bosnio musulmanes internados en el centro de detención de Luka en Brcko (actual Bosnia y Herzegovina), el TPIY determinó que el crimen de genocidio estaba compuesto únicamente por dos elementos. En primer lugar, el elemento objetivo o *actus reus*, según el cual el delito se constituye a partir de la comisión de las conductas específicas establecidas en el artículo 4 del ETPIY. En segundo lugar, el elemento subjetivo o *mens rea*, que exige la intención especial

⁷ Lo cierto es que desde sus primeras actuaciones la jurisprudencia del TPIY no ha dudado en abordar el debate sobre la exigencia de una política o plan como elemento contextual del crimen de genocidio.

o *dolus specialis* de destruir, total o parcialmente, a un grupo étnico, nacional, racial o religioso como tal (intención genocida). Es este segundo elemento el que distingue al genocidio de cualquier otro delito ordinario y de los crímenes de lesa humanidad (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 62-66).

Si bien la Sala de Primera Instancia en caso *Jelisić* consideró que el dolo especial se configura a partir de la determinación de la pertenencia de las víctimas a alguno de los grupos específicamente protegidos por el art. 4 del ETPIY y de la existencia de una política o plan que justifique la destrucción total o parcial de dicho grupo (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 66-101), la Sala de Apelaciones estimó que la existencia de un plan o política no constituye un elemento contextual del genocidio cuya concurrencia es necesaria para la configuración del tipo penal. Por el contrario, este criterio debe ser considerado exclusivamente como un elemento probatorio de la intención genocida (TPIY, Caso *Jelisić*, 5/07/2001, párr. 47-48).

En el 2001, el TPIY resolvió el caso contra Duško Sikirica, Damir Dosen y Dragan Kolundžija por los crímenes cometidos en contra de la población no serbia en el campo de detención de Keraterm, ubicado en la municipalidad de Prijedor (actual Bosnia y Herzegovina). En este caso, la Fiscalía alegó que la existencia de un plan es relevante para la investigación y enjuiciamiento del crimen de genocidio, ya que puede demostrar la configuración de aspectos esenciales como la intención genocida o la complicidad o instigación en la comisión de los delitos. Teniendo en cuenta esta posición, la Sala de Primera Instancia indicó que la intención genocida ha de ser probada a través de indicios, como lo es la existencia de una política o plan para cometer genocidio (TPIY, Caso *Sikirica, Dosen y Kolundžija*, 3/09/2001).

A diferencia del caso anterior, la Sala de Primera Instancia afirmó en el caso contra el general *Radislav Krstić* (comandante adjunto del Cuerpo Drina del Ejército de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia) por las atrocidades ocurridas en el enclave protegido de Srebrenica (actual Bosnia y Herzegovina) que, basándose en los EC, en el crimen de genocidio existe un requisito que impide que conductas aisladas o aleatorias se consideren incluidas en el mismo (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001).

Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó esta posición al no encontrar que dicho elemento contextual fuera parte del derecho internacional consuetudinario, lo que impedía su aplicación por el TPIY (Caso *Krstić*, 19/04/2004). En consecuencia, para la Sala de Apelaciones, la gravedad, la escala, los patrones de conducta y la planificación previa de los delitos, son circunstancias que tienen un alcance meramente probatorio del dolo especial de destruir en todo o en parte al grupo atacado (Caso *Krstić*, 19/04/2004). En este mismo sentido, se pronunció al año siguiente la Sala de Primera Instancia (2005) en el caso contra *Vidoje Blagojević y Dragan Jokic* (17/01/2005).

En la sentencia de primera instancia contra *Vujadin Popović, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero y Vinko Pandurevic*, por la masacre de bosnios musulmanes en Srebrenica, el TPIY volvió a abordar el debate sobre la exigencia de un plan o política como elemento contextual del genocidio. La defensa de Drago Nikolic alegó que la Fiscalía no había logrado demostrar la existencia de una política o plan de Estado para asesinar bosnio-musulmanes en Srebrenica, por lo tanto, el tipo penal del genocidio no se había configurado al no haberse podido probar la totalidad de los elementos contextuales que lo configuran (TPIY, Caso *Popović et al.*, 10/06/2010). Según la defensa, la jurisprudencia del TPIY existente hasta ese momento era contraria a los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio de 1948, puesto que los redactores de la Convención consideraban evidente la exigencia legal de dicho requisito como parte de la misma esencia del crimen. Asimismo, para la defensa, el hecho de que los EC recogieran el requisito de la política como elemento constitutivo del genocidio era una clara prueba de la existencia de una costumbre internacional en esta materia (TPIY, Caso *Popović et al.*, 10/06/2010).

Sin embargo, tanto la Sala de Primera Instancia (2010) como la de Apelaciones (2015) consideraron que los argumentos de la defensa de Nikolic eran erróneos. En primer lugar, los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio demuestran que en el Comité Ad Hoc se mantuvo un debate sobre la inclusión del elemento de la política estatal. No obstante, varios de los delegados expresaron sus reservas frente a la inclusión de este requisito en la definición del crimen. En segundo lugar, frente a los EC, la Sala de Apelaciones del TPIY subrayó que este instrumento no es vinculante para el TPIY, por lo tan-

to, su contenido no es aplicable. Finalmente, la Sala de Apelaciones señaló que la jurisprudencia del TPIY ha sido uniforme en declarar que la política no es un elemento sustancial para la configuración del crimen de genocidio. Por el contrario, según la Sala de Apelaciones, el legado jurisprudencial del TPIY hace hincapié en que cuando los actos de un acusado se fundamentan en un plan existente, este hecho se convierte en un elemento de prueba para inferir la existencia de la intención genocida (Caso *Popović*, 30/01/2015).

En el caso contra *Zdravko Tolimir* por los ataques contra la población musulmana de los enclaves protegidos de Srebrenica y Zepa (actual Bosnia y Herzegovina), la Sala de Apelaciones del TPIY (2015) nuevamente indicó que la intención genocida no puede ser probada a través de elementos de prueba directos, por lo que su prueba debe derivarse de distintos factores contextuales, incluyendo, entre otros, la escala de las atrocidades, la sistematicidad del ataque o la existencia de un plan, política o acuerdo previo. Asimismo, la Sala de Apelaciones afirmó que la realización de una operación siguiendo los principios de propios de una organización militar jerárquica puede demostrar la existencia de una política organizada, que permita inferir la intención genocida de destruir total o parcialmente al grupo atacado (TPIY, Caso *Tolimir*, 8/04/2015).

El caso más reciente ante el TPIY en el que se ha abordado el debate sobre la exigencia de una política o plan como elemento contextual del genocidio, es el relativo al comandante en jefe del ejército de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia, Ratko Mladić, por las graves atrocidades cometidas por sus fuerzas entre 1992 y 1995, incluyendo la masacre de 7000 bosnio-musulmanes en Srebrenica. En su sentencia, la Sala de Primera Instancia se limitó a reiterar la ya consolidada jurisprudencia del TPIY, afirmando que la existencia de un plan previamente acordado no tiene más valor jurídico que la de ser un hecho del que se permite inferir la existencia de la intención genocida (TPIY, Caso *Mladić*, 22/11/2017, párr. 3457)⁸.

⁸ El 22 de marzo de 2018, la defensa de Ratko Mladic apeló la decisión de primera instancia. Vid. MRITP (22 de marzo de 2018), Caso *Mladić*. La Sala de Apelaciones del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP) aún no ha proferido la respectiva sentencia de apelación. Vid. a este respecto, Hsu, 2018; Nilsson, 2018.

De esta manera, es posible observar que la jurisprudencia del TPIY ha respondido de manera constante en sentido negativo a la pregunta sobre la exigencia de una política o plan como elemento contextual del genocidio. En consecuencia, el legado jurisprudencial del TPIY se caracteriza por afirmar que la definición de la Convención de 1948, recogida en el derecho internacional consuetudinario y en el propio artículo 4(2) del ETPIY, no requiere de ningún elemento contextual para la configuración del tipo penal del genocidio (Koursami, 2018; Schabas, 2008a).

De este modo, a pesar de que existe una creciente preocupación por evitar la trivialización del genocidio cuando el elemento contextual arriba mencionado no es considerado parte del mismo, lo cierto es que el legado jurisprudencial del TPIY no ha cerrado formalmente la puerta al denominado genocidio solitario (Schabas, 2006), por improbable que el mismo pueda resultar (Kreß, 2006).

Sin embargo, esto no ha impedido que al mismo tiempo, el TPIY haya consolidado su posición frente al carácter de elemento probatorio de este criterio, reiterando que la existencia de una política o plan para cometer genocidio son hechos que permiten inferir la existencia de una intención especial de destruir total o parcialmente al grupo atacado. De hecho, el legado jurisprudencial del TPIY demuestra que, en la práctica, el análisis de la existencia de una política se convierte en un elemento esencial para poder afirmar la intención genocida que requiere el tipo penal.

3. LA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CPI EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE IURE* Y EL ELEMENTO CONTEXTUAL DEL GENOCIDIO

3.1. *La regulación del principio nullum crimen sine iure en el ECPI y su impacto sobre la jurisprudencia de la CPI*

A diferencia del ETPIY, el ECPI no se limita a atribuir a la CPI jurisdicción material sobre delitos preexistentes en el derecho internacional penal (Olasolo, 2003), sino que contiene también un número importante de disposiciones penales sustantivas (arts. 6 a 8 y 70 del ECPI) que tipifican las conductas punibles en el sistema de justicia

penal del ECPI, con lo que este último adquiere autonomía propia con respecto al sistema general de justicia internacional penal (Olasolo, 2006). Esto se refleja, en particular, en los siguientes elementos:

- El sistema de fuentes previsto en el art. 21 del ECPI solo atribuye en su apartado 1(b) un papel subsidiario a “los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional”;
- Los arts. 10 y 22 (3) del ECPI excluyen cualquier limitación o impacto negativo del ECPI en la normativa de derecho internacional penal existente o en desarrollo, incluyendo la tipificación de cualquier conducta como crimen internacional al margen del ECPI (Triffterer, 2008);
- A pesar de que las conductas criminalizadas en el ECPI ya eran punibles conforme al derecho internacional consuetudinario o convencional (así como en numerosos sistemas nacionales de justicia penal)⁹, no es menos cierto que el ECPI introduce algunas novedades que, en unos casos extienden, y en otros casos restringen, el ámbito de aplicación de ciertos delitos¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI interpretó en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* el alcance del principio *nullum crimen sine iure*, que los párrafos (1) y (2) del art. 22 del ECPI definen de la siguiente manera: (i) “nadie será penalmente responsable de conformidad con el

⁹ Esta situación no es casual, sino que es el resultado de la decisión adoptada por los negociadores de limitar las conductas tipificadas en el ECPI a aquellas que menoscaban con mayor severidad los valores superiores sobre los que se organiza la sociedad internacional. De esta manera, los negociadores buscaban promover una mayor aceptación del ECPI por parte de los Estados. Vid. Olasolo (2013b, p. 37).

¹⁰ Por ejemplo, el Artículo 30 (1) del ECPI prevé que, excepto en los supuestos de responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados, las conductas tipificadas en los arts. 6 a 8 y 70 del ECPI solo dan lugar a responsabilidad penal internacional si se producen con “intención y conocimiento” de sus elementos materiales. Este elemento subjetivo general es superior a la culpa consciente (*awareness of substantial likelihood*) exigida como regla general por el TPIY y el TPIR. El efecto inverso se puede encontrar en el art. 7 del ECPI que excluye la motivación discriminatoria de la definición de los crímenes de lesa humanidad que, hasta el momento de la aprobación del ECPI (17 de julio de 1998), había sido exigida, primero, por el TMI y, luego, por el TPIR. Vid. Olasolo (2013a, pp. 136-176).

presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”; y (ii) “la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena” (CPI, Caso *Lubanga Dyilo*, 29/01/2007). Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, la definición que del principio *nullum crimen sine iure* se recoge en el art. 22 (1) y (2) del ECPI incluye los requisitos de la *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta*¹¹.

Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia de la Corte IDH, que, a raíz de los casos relativos a la legislación antiterrorista peruana¹², ha optado por una interpretación similar a pesar de no ser necesariamente exigida por la redacción del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI es producto de lo dispuesto de manera expresa en el art. 22 (1) y (2) del ECPI (Olasolo, 2013b).

3.2. *La regulación del elemento contextual del genocidio en los EC y su impacto sobre la jurisprudencia de la CPI*

Stahn (2019) afirma que el crimen de genocidio es esencialmente un ataque en contra de la diversidad humana y que, en cuanto a su definición, existen constantes discrepancias entre su definición social y jurídica. Por su parte, para Bassiouni (1999), la definición de genocidio recogida en el artículo 6 del ECPI no fue inicialmente debatida en profundidad, ya que desde su proyecto inicial fue planteada casi de forma literal según la definición de la Convención de 1948. Schabas (2008b) considera también que el apego a la literalidad de la Convención hizo que la definición de genocidio recogida en el art. 6 del ECPI reflejase la ausencia del elemento contextual. En el mismo sentido,

¹¹ En el mismo sentido, véase Ambos, 2005, pp. 15-22; Olasolo, 2006, pp. 1 *et seq.*

¹² Véase Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi c. Perú*, 30/05/1999, párr. 119-121; Corte IDH, Caso *De la Cruz Flores c. Perú*, Sentencia, 18/11/2004, párr. 70-82; Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía c. Perú*, 25/11/2004, párr. 126; Corte IDH, Caso *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, 25/11/2005, párr. 187-191 y 206-207. Vid. también, CIDH, Caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, 30/06/2005, párr. 90-91.

para Kreß (2015), la definición contenida en el art. 6 del ECPI, ni contiene un elemento contextual, ni su elemento subjetivo hace alusión específica a una actividad genocida colectiva. Por lo tanto, dicha definición parece redactada desde la perspectiva de un sujeto activo individual.

Los EC, aprobados en junio de 2002 por la Comisión Preparatoria (antes de la entrada en vigor del ECPI), desarrollan, conforme a lo previsto en el art. 9 del ECPI, las definiciones de todos y cada uno de los tipos penales sobre los que la CPI puede ejercitar su jurisdicción, al tiempo que se incluyen en el art. 21 (1) del ECPI como fuente de Derecho aplicable por la CPI. En la Comisión Preparatoria de la CPI (1999-2002), los EC del genocidio se debatieron sobre la base de una propuesta de los Estados Unidos (1999), la cual contenía un elemento contextual que requería que la conducta fuese cometida ‘con consciencia del progreso de una política sistemática o generalizada, o práctica, con el objetivo de destruir tal grupo’ (Estados Unidos de América, PCNICC/1999/DP.4, 1999). Con respecto a esta propuesta, Koursami (2018) subraya que la delegación colombiana se opuso con particular persistencia a la misma porque consideraba que su contenido añadía un nuevo elemento a la definición del crimen de genocidio, limitando, en contra de lo expresamente previsto en el ECPI, la protección a los grupos protegidos. A esto había además que añadir que el objetivo de la Comisión Preparatoria era de índole operacional y no de enmienda a las definiciones de los crímenes o al alcance de la jurisdicción de la CPI (Koursami, 2018).

En cuanto a la jurisprudencia de la CPI, la primera (y única hasta la fecha) aproximación que la CPI ha tenido al crimen de genocidio, ha sido en el caso contra el actual Jefe de Estado de Sudán, *Omar Al Bashir*. Este caso surge de la investigación sobre la situación en Darfur (Sudán), que fue remitida a la Fiscalía de la CPI por la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base de los trabajos de investigación realizados por la Comisión Internacional creada por el propio Consejo de Seguridad (CSNU, S/RES/1593(2005), 2005). A raíz de estos trabajos, la Comisión había descartado la existencia de un plan o política estatal para cometer genocidio en Darfur, lo que le había llevado a su vez a no poder inferir la existencia de la necesaria intención genocida en las autoridades gu-

bernamentales¹³. De esta manera, como Schabas (2006) ha señalado, la Comisión *a contrario* consideró que la existencia de un plan o política estatal era un elemento esencial para probar la intención genocida de dichas autoridades. Sin embargo, al mismo tiempo, la propia Comisión no excluyó completamente en su informe la posibilidad de que en el futuro se pudieran iniciar procesos penales por genocidio, con base en la comisión de ciertos actos genocidas previstos en la Convención¹⁴.

La solicitud de la Fiscalía de la CPI para que la SCP I emitiese una orden de arresto contra *Al Bashir* afirmaba de manera reiterada la

¹³ La Comisión Internacional de Investigación en Darfur reconoce a este respecto en su informe final lo siguiente: 'La Comisión concluye que el Gobierno de Sudán no ha seguido una política de Genocidio. Aun así, podría decirse que dos elementos del genocidio podrían deducirse de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por las fuerzas gubernamentales y las milicias bajo su control. Estos dos elementos son, en primer lugar, el *actus reus* que consiste en matar o causar daños corporales o mentales graves, o infligir deliberadamente condiciones de vida que pueden provocar destrucción física; y, segundo, sobre la base de un estándar subjetivo, la existencia de un grupo protegido que está siendo atacado por los autores de conductas delictivas. Sin embargo, el elemento crucial de la intención genocida parece faltar, al menos en lo que concierne a las autoridades del gobierno central. En términos generales, la política de atacar, matar y desplazar por la fuerza a los miembros de algunas tribus no evidencia un intento específico de aniquilar, en su totalidad o en parte, a un grupo protegido por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Más bien, parece que aquellos que planearon y organizaron ataques en aldeas persiguieron la intención de expulsar a las víctimas de sus hogares, principalmente con el propósito de combatir la guerra de contrainsurgencia.' Vid. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 18/09/2004, p. 4.

¹⁴ La Comisión Internacional de Investigación en Darfur, reconoce también en su informe final que, en algunos casos, las personas, incluidos los funcionarios gubernamentales, pueden cometer actos con intención genocida. Sin embargo, para la Comisión, si este fue el caso en Darfur, es una determinación que solo una Corte competente puede determinar caso por caso. La conclusión de que ninguna política genocida ha sido perseguida e implementada en Darfur por las autoridades gubernamentales, directamente o a través de las milicias bajo su control, no debe, en opinión de la Comisión, considerarse en modo alguno como un detrimento de la gravedad de los crímenes perpetrados en esa región. En consecuencia, para la Comisión, los crímenes internacionales, como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que se han cometido en Darfur, pueden no ser menos graves y atroces que el genocidio. Vid. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 18/09/2004, p. 4.

necesidad de probar el elemento contextual del genocidio a pesar de que solo se recogiera expresamente en los EC (CPI, Caso *Al Bashir*, 14/07/2008), llegando incluso considerar dicho elemento como un paso necesario dentro de la elaboración de la teoría del caso¹⁵.

Para la Mayoría de la SCP I solo en caso de existir una “contradicción irreconciliable” entre el ECPI y los EC, debía prevalecer el ECPI por encima de los EC, lo que no era necesario en este caso al no producirse tal tipo de contradicción entre el art. 6 del ECPI y los EC del genocidio (CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009). La Mayoría sustentaba su posición en que la función principal del elemento contextual del genocidio previsto en los EC consistía en vincular la consumación del crimen a que se diera una “amenaza real y concreta” a la existencia de, al menos, una parte sustancial del grupo atacado. Sobre esta base, la Mayoría consideraba que dicho elemento contextual: (i) no era *per se* contrario al art. 6 del ECPI; (ii) cumplía con el principio *nullum crimen sine lege*, consagrado en el art. 22 del ECPI, específicamente en lo que respecta a la interpretación estricta, no extensiva por analogía y en aplicación del principio *in dubio pro reo* en caso de ambigüedad sobre la definición de un crimen; y (iii) era coherente con la concepción del genocidio como el “crimen de crímenes” (CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009, párr. 132-133).

Por su parte, la jueza Ušacka, en su voto particular, mostraba su desacuerdo con la Mayoría al considerar que el test de la “contradicción irreconciliable” no tenía en cuenta que los EC no son obligatorios, puesto que cumplen con la función de asistir a la CPI en la interpretación y aplicación de los crímenes consagrados en el ECPI de manera compatible con dicho instrumento (CPI, Caso *Al Bashir*, Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 4/03/2009). En consecuencia,

¹⁵ Los elementos de prueba presentados por la Fiscalía para apoyar la solicitud de la orden de arresto de *Al Bashir* consistieron en declaraciones de víctimas y testigos de lo acontecido en Darfur, entrevistas de funcionarios estatales, testimonios recaudados por la Fiscalía de otras personas que tenían conocimiento de los hechos, documentos proporcionados por el gobierno de Sudán, el informe de la Comisión Internacional de Investigación en Darfur, declaraciones públicas dadas por funcionarios del gobierno de Sudán, el informe de la Comisión Sudanesa de Crímenes de Guerra, los informes y las resoluciones de la Unión Africana, y otros documentos e informes de fuentes de acceso público. Vid. CPI, Caso *Al Bashir*, 14/07/2008, párr. 68.

para la jueza Ušacka, el test apropiado en estos casos era el de la “contradicción”, y no el de la “contradicción irreconciliable” (CPI, Caso *Al Bashir*, Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 4/03/2009). Así mismo, con respecto al requisito de la “amenaza real y concreta”, afirmaba la jueza Ušacka que este era un elemento introducido por la Mayoría de la SCP I a partir de una interpretación del elemento contextual recogido en los EC, y que con esta inclusión, lo que había hecho la Mayoría era convertirlo en un requisito adicional para la consumación del crimen de genocidio.

Si bien la decisión de la SCP I fue revocada por la Sala de Apelaciones de la CPI porque se había aplicado un estándar de prueba incorrecto (3/02/2010), la decisión de la Sala de Apelaciones no afectó al debate sustantivo de la SCP I sobre la existencia y contenido del elemento contextual del genocidio (Kreß, 2015).

En cuanto a la valoración realizada por la doctrina de las posiciones adoptadas por los distintos integrantes de la SCP I, Koursami (2018) concuerda con la Mayoría en que los EC del art. 6 requieren un resultado concreto, de manera que cualquier acto inicial sería descartado si no cristaliza en una campaña genocida completa. Sin embargo, inmediatamente después, este mismo autor se desmarca de la opinión sostenida por la Mayoría en lo que se refiere a la naturaleza del elemento contextual del genocidio. Para Koursami, la interrelación entre los arts. 9 y 21 del ECPI, exige que el mismo no sea considerado como un elemento objetivo constitutivo del crimen, sino como un elemento jurisdiccional en aras de evitar que la CPI ejerza su jurisdicción sobre casos aislados. Con ello se superarían, en su opinión, las preocupaciones mostradas por varios autores en relación con la posible trivialización del genocidio, exigiendo a la CPI que se enfoque únicamente en los casos que tengan un contexto de relevancia internacional (Koursami, 2018).

Por su parte, Kreß (2006) considera que los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio, el alcance dado a su definición en el juicio de *Eichman* (1961) (en el que se trató de establecer la existencia de una campaña genocida) y los intentos por probar ante el TPIR un genocidio de ámbito nacional en Ruanda y ante el TPIY una empresa criminal genocida para cometer la masacre de Srebrenica, demuestran la necesidad de categorizar adecuadamente la potencialidad

destruccion del genocidio y de no desconocer su calidad de crimen sistemático. En consecuencia, para evitar posibles contradicciones entre el artículo 6 del ECPI y los EC, propone que el elemento contextual sea entendido, no como un elemento objetivo del crimen, sino “como un punto de referencia objetivo para la determinación de una auténtica intención genocida” (Krefß, 2009, p. 299). En el mismo sentido, Van den Herik (2007) subraya la relevancia del elemento contextual para probar la intención genocida.

Finalmente, Schabas considera que la política estatal, en cuanto que elemento contextual del genocidio, se debe tomar como un punto de partida para establecer la responsabilidad individual, evitando así la ficción planteada por la CIJ y la Comisión Internacional de Investigación en Darfur, las cuales dan a entender que es el Estado quien puede tener una intención genocida propia (Schabas, 2008). Es por ello que este autor celebra que el ECPI y los EC sugieren una función más marcada de la política del Estado en comparación con la jurisprudencia del TPIY (Schabas, 2008).

Sin embargo, en opinión de los autores de este trabajo, el tratamiento del elemento contextual del genocidio por la jurisprudencia de la CPI parece terminar convirtiéndose, en última instancia, en un problema de cómo respetar el ECPI, y con ello no atentar contra el principio *nullum crimen sine iure*, ya que ningún tribunal internacional penal lo ha considerado hasta el momento como un elemento constitutivo del crimen. De hecho, tanto las diferencias de opinión entre los integrantes de la SCP I, como las diversas reacciones doctrinales a las mismas, denotan como la incipiente jurisprudencia de la CPI puede estar acentuando la inseguridad jurídica a la hora de aplicar el genocidio¹⁶.

¹⁶ La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la segunda solicitud de la Fiscalía para la emisión de una orden de arresto contra *Al Bashir* por el crimen de genocidio no aporta ningún elemento significativo para reducir esta inseguridad jurídica. Vid. CPI [Sala de Cuestiones Preliminares I], Situation in Darfur Sudan, in the case of *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09, 12 de julio de 2010.

4. CONCLUSIONES

El presente capítulo ha explorado el legado jurisprudencial del TPIY sobre el contenido del principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional consuetudinario y sobre el elemento contextual del crimen de genocidio, para luego compararlo con dispuesto en la primera jurisprudencia de la CPI.

Con respecto al principio *nullum crimen sine iure*, tanto la jurisprudencia del TPIY como la de la CPI entienden que su naturaleza ha dejado de ser la de un principio de justicia, para convertirse en un derecho subjetivo de naturaleza inderogable. Sin embargo, a la hora de analizar su contenido concreto, encontramos importantes divergencias. Así, mientras el legado jurisprudencial del TPIY afirma que dicho principio exige que, en el momento de producirse, las conductas de las que conoce el TPIY han de ser constitutivas de alguno de los crímenes enumerados en el ETPIY conforme a una norma consuetudinaria internacional que cumpla con los requisitos de accesibilidad de la norma y previsibilidad de la responsabilidad penal, la primera jurisprudencia de la CPI señala que la definición del principio *nullum crimen sine iure* recogida en el art. 22 (1) y (2) del ECPI incluye los requisitos de la *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta*.

Estas diferencias, se explican, en buena medida, a causa de los siguientes tres factores: (i) la relación entre el momento de creación del respectivo tribunal y el momento de comisión de los crímenes sobre los que ejerce su jurisdicción (mientras una parte importante de los delitos de los que ha conocido el TPIY se cometieron antes de su creación, la CPI sólo conoce de delitos cometidos tras la entrada en vigor del ECPI); (ii) la distinta naturaleza de las normas que definen los crímenes sobre los que ejercen su jurisdicción (mientras dichas normas tienen una naturaleza procesal en el ETPIY porque se limitan a atribuir jurisdicción al TPIY sobre delitos previamente existentes en el derecho internacional consuetudinario, no ocurre lo mismo en el ECPI, cuyas normas tienen naturaleza penal y regulan los aspectos sustantivos de los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI); y (iii) la diferente manera en que los estatutos del TPIY y de la CPI abordan el principio *nullum crimen sine iure* (mientras el ETPIY no ofrece una definición de dicho principio, el art. 22 del ECPI lo desarrolla en detalle).

Con respecto a la cuestión sobre si el elemento contextual del genocidio se encuentra implícitamente contenido en la definición prevista en la art. 2 de la Convención contra el Genocidio, el art. 4 del ETPIY y el art. 6 del ECPI, o si por el contrario constituye una adición a dicha definición cuyo principal efecto sería excluir de la definición de genocidio conductas de odio aisladas que, ni responden a un patrón de conducta, ni tienen la capacidad necesaria para generar la destrucción buscada, y que por tanto no merecen ser calificadas como constitutivas del “crimen de los crímenes”, encontramos también distintas respuestas en el legado jurisprudencial del TPIY y en la incipiente jurisprudencia de la CPI. Además, como en el caso anterior, estas diferencias se deben, en buena medida, a la diferente manera en que el ETPIY, por un lado, y el ECPI y los EC por otro, abordan el elemento contextual del genocidio, porque mientras el primero no lo menciona en ningún momento, los EC que desarrollan el art. 6 del ECPI lo tratan en detalle.

De esta manera, el legado jurisprudencial del TPIY se caracteriza por afirmar que la definición de la Convención, tal y como ha sido recogida por el derecho internacional consuetudinario y por el propio artículo 4(2) del ETIPY, no requiere de ningún elemento contextual para la configuración de la conducta punible. Con ello, y a pesar de la creciente preocupación por evitar la trivialización del genocidio cuando se trata de conductas aisladas, se ha dejado al menos formalmente la puerta abierta al genocida que actúa solo. Esto no impide, sin embargo, que, al mismo tiempo, el legado jurisprudencial del TPIY subraye también que el análisis de la existencia de un plan o política tiene una importancia fundamental para poder demostrar en la práctica la intención genocida que requiere la configuración del tipo penal.

Por su parte, tanto las diferencias de opinión entre los integrantes de la SCP I de la CPI en el caso Al Bashir con respecto a si el elemento contextual recogido en los EC se configura, o no, como un elemento objetivo constitutivo del crimen de genocidio, como las diversas reacciones doctrinales a las mismas, reflejan como la incipiente jurisprudencia de la CPI sobre dicho elemento contextual constituye una fuente de inseguridad jurídica a la hora de aplicar el tipo penal de genocidio.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2005). *Nulla Poena Sine Lege*. En Haveman, R. y Olusanya, O. (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*. Amsterdams: Intersentia.
- Ambos, K. (2009). What does 'intent to destroy' in genocide mean? *International Review of the Red Cross*, 91, pp. 833-858.
- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing* (1a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bassiouni, M.C. (1999). Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court. *Cornell International Law Journal*, 32.
- Bassiouni, M.C. (2014). *Introduction to International Criminal Law* (2a ed.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Clayton, R. y Tomlinson, H. (2000), *The Law of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., y Wilmschurst, E. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (3ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Donnedieu de Vabres, H. (1947). Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. *Recueil des Cours*, 70(1).
- Gallant, K. (2009). *The Principle of Legality in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hanski, R. y Scheinin, M. (2003). *Leading Cases of the Human Rights Committee*. Turku: Institute for Human Rights, Abo Akademi University.
- Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L. (2005). *Customary IHL* (Vol. I). Cambridge: Cambridge University Press.
- Hsu, C. (2018). *Ratko Mladić* appeals war crimes conviction. *Jurist Legal News & Research*, 26 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.jurist.org/news/2018/03/ratko-Mladić-appeals-war-crimes-conviction/>
- Koursami, N. (2018). *The 'Contextual Elements' of the Crime of Genocide*. The Hague: T.M.C. Asser Press.
- Kreß, C. (2006). The Crime of Genocide under International Law. *International Criminal Law Review*, 6.
- Kreß, C. (2009). The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice*, 7.
- Kreß, C. (2015). The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir. En Stahn, C. (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press.

- Lemkin, R. (2005). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, New Jersey: The Law-book Exchange.
- Nilsson, J. (2018). *The Mladić Trial-The Last Case Before the ICTY* (No. ICD Brief 23). International Crimes Database. Disponible en: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20180927T105952-ICD%20Brief%20on%20the%20Mladić%20case%2019%20September%202018.pdf>
- Olasolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2006). Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la Evolución del Principio Nullum Crimen Sine Lege en el Derecho Penal Internacional. *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, 5.
- Olasolo, H. (2013a). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2013b). El Principio Nullum Crimen Sine Iure en Derecho Internacional Contemporáneo. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 1.
- Robinson, N. (1960). *The Genocide Convention: A Commentary*. Nueva York: Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress.
- Schabas, W. (2006). Genocide, Crimes against Humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide. *Cardozo Law Review*, 27.
- Schabas, W. (2008a). Genocide Law in a Time of Transition: Recent Developments in the Law of Genocide. *Rutgers Law Review*, 61(1).
- Schabas, W. (2008b). State Policy as an Element of International Crimes. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98.
- Stahn, C. (2019). *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Triffterer, O. (2008), Article 10. En Triffterer, O. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2a ed.). Munich: C. H. Beck-Hart-Nomos.
- Van den Herik, L. (2012). The Schism between the Legal and the Social Concept of Genocide in Light of the Responsibility to Protect. En Henham, R. y Behrens, P. (Eds.). *The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspect*. Burlington: Ashgate, 2007.

Jurisprudencia internacional

Corte Especial para Sierra Leona

CESL. (31 de mayo de 2004). Caso *Sam Hinga Norman*. No. SCSL 04-14-AR72(E).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (30 de mayo de 1999). Caso *Castillo Petruzzi c. Perú*, Sentencia.

CIDH. (18 de noviembre de 2004). Caso *De la Cruz Flores c. Perú*, Sentencia.

CIDH. (20 de junio de 2005). Caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, Sentencia.

CIDH. (25 de noviembre de 2005). Caso *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, Sentencia.

CIDH. (25 de noviembre de 2004). Caso *Lori Berenson Mejía c. Perú*, Sentencia.

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (3 de febrero de 2006). *Armed Activities on the Territory of the Congo, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*. (República Democrática del Congo c. Ruanda).

Corte Penal Internacional

CPI. (14 de julio de 2008). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58). No. ICC-02/05

CPI. (4 de marzo de 2009). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*). No. ICC-02/05-01/09.

CPI. (4 de marzo de 2009). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*). No. ICC-02/05-01/09

CPI. (3 de febrero de 2010). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*"). No. ICC-02/05-01/09-OA

CPI. (12 de julio de 2010). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest). No. ICC-02/05-01/09

CPI. (29 de enero de 2007). Caso *Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Confirmation of the Charges) No. ICC-01/04-01/06-803-tEN.

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales

MRITP. (22 de marzo de 2018). Caso *Ratko Mladić* (Notice of Appeal of *Ratko Mladić*). No. MICT-13-56-A.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH. (17 de mayo de 2010). *Kononov c. Letonia* (Sentencia) Aplicación Núm. 36376/04.
- TEDH. (19 de septiembre de 2008). *Korbely c. Hungría* (Sentencia) Aplicación Núm. 9174/02.
- TEDH. (12 de julio de 2007). *Jorgić c. Alemania* (Sentencia) Aplicación Núm. 74613/01.
- TEDH. (22 de marzo de 2001). *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* (Sentencia) Aplicaciones Núm. 34044/96, 35532/97 y 44801/98

Tribunal Internacional Penal para Ruanda

- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia

- TPIY. (17 de enero de 2005). Caso *Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*. No. IT-02-60-T.
- TPIY. (6 de julio de 2003). Caso *Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic y Amir Kubura*. No. IT-01-47-AR 72.
- TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-T.
- TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.
- TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.
- TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.
- TPIY. (21 de mayo de 2003). Caso *Milan Milutinović, Nikola Šainović and Dragoljub Ojdanić*. No. IT-99-37-AR72.
- TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. No. IT-09-92-T.
- TPIY. (10 de junio de 2010). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-T.
- TPIY. (30 de enero de 2015). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-A.
- TPIY. (3 de septiembre de 2001). Caso *Duško Sikirica, Damir Dosen y Dragan Kolundžija, Duško Sikirica et al.* No. IT-95-8-T.
- TPIY. (22 de noviembre de 2002). Caso *Pavle Strugar et al.* No. IT-0142-AR72.
- TPIY. (2 de octubre de 1995). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1-T.
- TPIY. (12 de diciembre de 2012). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88/2-T.
- TPIY. (8 de abril de 2015). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT 05-88/2-A.

Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg)

- TMI de Nuremberg. (1 de octubre de 1946). Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals.

Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)

- TMILO. (12 de noviembre de 1948a). Judgment of the International Military Tribunal for the Far East (Dissenting Opinion of Justice Bernard).

TMILO. (12 de noviembre de 1948b). Judgment of the International Military Tribunal for the Far East (Dissenting Opinion of Justice Pal).

TMILO. (12 de noviembre de 1948c). Judgment of the International Military Tribunal for the Far East (Dissenting Opinion of Justice Roling).

TMILO. (12 de noviembre de 1948d). Judgment of the International Military Tribunal for the Far East.

Otras referencias

Comité de Derechos Humanos. (2001). *Comentario General No. 29 (72)*. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/444/72/pdf/G0144472.pdf?OpenElement>

Estados Unidos de América (2004). Propuesta de los Estados Unidos de América: Proyecto de elementos del crimen: I. Observaciones generales; II. Terminología; III. Artículo 6: Actos de genocidio, Primer Periodo de Sesiones de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (16-26 de febrero de 1999), UN Doc. PCNICC/1999/DP.4 (16 de febrero).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary – General, Pursuant to the Security Council Resolution 1564*.

Naciones Unidas, Secretario General (SGNU). (1993). Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704 (3 de mayo). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/292/90/img/N9329290.pdf?OpenElement>

Naciones Unidas, Secretario General (SGNU). (2005). Resolution 1593 “on referring the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court”, UN Doc. S/RES/1593(31 de marzo). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/544817>.

Capítulo 13

El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual

Alicia Gil

INTRODUCCIÓN

En 1999 publiqué mi tesis doctoral que incluía una defensa del castigo del genocidio cometido con un grado de voluntad en relación con el resultado de destrucción del grupo equivalente al dolo eventual¹ (Gil, 1999). Hasta entonces la doctrina había dedicado escasa atención a este delito. Se solía defender, sin mayor argumentación, que la intención genocida excluía el dolo eventual (Feijoo, 1997; Miaja de la Muela, 1951).

Argumentaba yo en contra entonces, y lo sigo manteniendo, que la explicación que venía dándose para excluir un grado de voluntad equivalente al dolo indirecto respecto de la intención de destruir al grupo era meramente gramatical y provenía además de una interpretación demasiado estrecha e innecesaria del término “intención”. No es infrecuente que las acepciones jurídicas de un término no concuerden con las definiciones más coloquiales del mismo. Es más, en nuestra dogmática el término intención (*Absicht* en la dogmática alemana de la que bebemos) es utilizado en muy distintos sentidos, que no equivalen necesariamente a un dolo directo, fin o propósito, sino que dependen de la estructura típica del delito en cuestión (Gehrig, 1986).

¹ Se entiende por dolo la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Por ello se distingue en este artículo el dolo del genocidio, expresión con la que denominamos la parte del tipo subjetivo que se refiere a los elementos objetivos del tipo, del elemento subjetivo trascendente “intención de destruir al grupo”. Ambos elementos (dolo e intención trascendente al tipo objetivo) forma parte del tipo subjetivo del genocidio, pero esta última no integra el dolo, por no referirse a un elemento objetivo del tipo, sino a un resultado que está más allá, que no es necesario que concurra objetivamente para considerar consumado el delito (Gil, 1999; Triffterer, 2001; Ambos, 2009; Ghebrai y Tesfaye, 2012).

Y también en el derecho anglosajón el término *intent* puede tener diferentes significados, no limitándose al propósito directo (Ambos, 2009). Por ello, y en contra de la opinión mayoritaria, señalaba yo hace ya veinte años que razones tanto dogmáticas como político-criminales recomendaban la inclusión en el precepto de este tipo de voluntad “eventual”, tanto en lo referido a los actos subyacentes, como en relación con la intención de destruir total o parcialmente al grupo protegido.

1. PROPUESTA INICIAL: EL GENOCIDIO COMO TENTATIVA EJECUTADA POR UN GRUPO

1.1. *La intención genocida: elemento subjetivo trascendente para el que basta un grado de voluntad equivalente el dolo eventual*

Desde el punto de vista dogmático recordaba en mi tesis doctoral que el elemento subjetivo del genocidio (que no hay que confundir con el irrelevante móvil del delito²) tenía la exclusiva función de configurar un tipo de consumación anticipada (de resultado cortado en algunas modalidades y mutilado de varios actos en otras), es decir, de convertir en delito consumado, en el plano formal, aquello que materialmente era todavía una tentativa en relación con la lesión del bien jurídico protegido: la destrucción del grupo (Gil, 1999; Nersesian, 2002)³. Y señalaba que, de la misma manera que se reconoce mayoritariamente el castigo de la tentativa con dolo eventual, debería reconocerse para todo otro delito de resultado cortado, como es el caso del genocidio.

Dado que el lenguaje de esta explicación es algo complejo, suelo ilustrársela a mis estudiantes con el siguiente ejemplo:

² ICTY, Caso *Jelisić*, 5/06/2001, párr. 49, 71; Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr 554.

³ Así también District Court of Jerusalem, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, Criminal Case No. 40/61, Judgment, 11/12/1961, párr 33: “... viewed in the light of the definition of “crime against the Jewish People,” as defined in the Law, constitutes in effect an attempt to exterminate the Jewish People, or a partial extermination of the Jewish People...” (énfasis añadido).

Imaginemos que los hermanos X, Y y Z desean asesinar a su anciana tía millonaria para heredar su enorme fortuna. Pero para no ser descubiertos idean un plan mediante el que parecerá que la salud de la anciana simplemente se va deteriorando a causa de su avanzada edad. Así, acuerdan suministrarle una pequeña dosis de veneno en el café del desayuno, de manera que cuando entre los tres le hayan suministrado a lo largo de un mes 30 dosis de veneno, la cantidad ingerida será suficiente para causar la muerte. Cada taza de café con la correspondiente dosis de veneno supone una pequeña lesión en el organismo de la víctima y un paso más en el camino hacia la destrucción de su vida, que se conseguirá cuando entre los tres coautores le hayan suministrado las 30 tazas.

Ahora supongamos que el legislador quisiera adelantar el castigo del asesinato y convertir en delito consumado el suministro de la primera taza de veneno realizado con la intención de proseguir con el plan hasta la causación de la muerte. Entonces debería crear un tipo penal que dijese: “los que con la intención de destruir la vida de otro le suministraran una pequeña dosis de veneno serán castigados con la pena...”. Para cumplir con este tipo penal mutilado de varios actos X deberá suministrar la primera dosis habiendo acordado con Y y Z que entre los tres seguirán suministrando el resto de dosis hasta conseguir el resultado final de muerte de la anciana. De esta manera podremos afirmar que cuando X le pone a su tía la primera dosis de veneno lo hace con la intención de matarla, lo que incluye necesariamente la intención de proseguir, él y sus coautores, suministrando las dosis restantes capaces según su plan de producir tal resultado.

Lo mismo sucede con el delito de genocidio, pues se considera formalmente consumado sin necesidad de conseguir la destrucción del grupo, resultado valorativo al que, sin embargo, apunta el elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo. Cada muerte de un miembro del grupo es materialmente solo un acto ejecutivo en el camino a la lesión del bien jurídico: la existencia del grupo (Gil, 1999; Triffterer, 2001; Vest, 2007)⁴. Así, quien causa dolosamente la muerte de un

⁴ District Court of Jerusalem, *Eichmann*, párr. 190: “... the act which was committed by the offender against those persons was a kind of ‘part performance’ of his malicious intent against the whole group...” (énfasis añadido).

miembro del grupo deberá, para poder afirmarse que esa conducta constituye un delito de genocidio, actuar con la intención de destruir al grupo, lo que exige a su vez la intención de proseguir, él y sus coautores, matando al resto de miembros del grupo (o de la parte sustancial⁵ del grupo elegida).

Volvamos al ejemplo de la anciana envenenada y variemos el supuesto: ahora X, Y y Z no actúan con el fin directo de matar a su tía, sino que por el contrario han acordado suministrarle una cantidad ínfima de veneno diaria que le cause una enfermedad que merme sus facultades impidiéndole llevar una vida normal y obligándola a permanecer en cama. De esta manera se aseguran poder disponer tranquilamente de los numerosos bienes de la tía a cuya mansión se han trasladado con el pretexto de cuidarla. X, Y y Z no persiguen la muerte de su tía, pues mientras permanezca enferma ellos administran su fortuna, mientras que, si muere, la misma se vería repartida entre los numerosos herederos, pero conocen la peligrosidad de su plan y conocen y asumen la no absoluta improbabilidad de que, dada la avanzada edad de la mujer, cualquier complicación pueda dar lugar a que la realización de su plan produzca un desenlace fatal. Parece evidente que, en caso de muerte de la anciana causada por el sucesivo suministro de veneno, X, Y y Z responderán del asesinato con dolo eventual. Si detenemos la acción en un momento anterior, por ejemplo, un pariente sospecha y hace que un médico visite a su tía descubriéndose las intenciones de los tres hermanos sin que se haya producido todavía la muerte de la anciana, X, Y y Z responderán, sin duda, de tentativa de asesinato con dolo eventual. O por el tipo de consumación anticipada, de existir nuestro imaginario delito que castigara a “los que con la intención de destruir la vida de otro le suministraran una pequeña dosis de veneno...”. Si estamos de acuerdo en que la tentativa de asesinato se castigaría con dolo eventual, no parece lógico argumentar que la misma finalidad eventual de causar la muerte no bastaría, en cambio, para cumplir con el tipo subjetivo de nuestro imaginario precepto, solo por el hecho de que el legislador ha tenido que utilizar la expresión “con la intención de” para poder recortar el tipo objetivo convirtiendo la tentativa inacabada en delito consumado autónomo.

⁵ TPIR, Caso *Bagilishema*, 7/06/2001; Caso *Semanza*, 15/05/2003.

Trasladando este argumento al genocidio, concluiremos que debe admitirse igualmente un grado de voluntad paralela al dolo eventual en relación con el resultado de destrucción del grupo. El argumento dogmático es, como ya se ha visto, que materialmente este delito se corresponde con una tentativa castigada como delito consumado, y la utilización por parte del legislador de términos como “con la intención de” o “para”, en la creación de estos delitos de resultado cortado o mutilados de varios actos viene exigida por necesidades lingüísticas y no puede interpretarse como un deseo de limitar la protección del bien jurídico, sino, por el contrario, de ampliarla adelantando la consumación (Gil, 2000, pp. 130 ss.).

Imaginando el precepto a la inversa: si tuviéramos un delito que, exigiendo la efectiva producción del resultado de destrucción, castigara a “los que destruyeran un grupo nacional, racial, étnico o religioso” no habría problema alguno⁶ en castigar el genocidio cometido con dolo eventual. De la misma manera, no habría obstáculo para castigar la tentativa del genocidio así regulado cometida con intención exterminadora eventual, cuando se hubiera comenzado la ejecución del mismo matando a algún miembro de grupo⁷. No debería haberlo tampoco, por tanto, cuando esa tentativa se ha convertido en delito autónomo con el objeto de aumentar la protección del bien jurídico adelantando la intervención penal al convertir en delito consumado lo que todavía es una tentativa inacabada de destrucción.

Por lo tanto, en relación con el resultado valorativo (fuera del tipo objetivo, al ser este de resultado cortado o mutilado de varios actos), debe bastar, al igual que en cualquier tentativa, un grado de voluntad equivalente al del dolo eventual.

Desde el punto de vista político criminal basta imaginar algunos ejemplos no demasiado inverosímiles para poner de manifiesto la necesidad del castigo con dolo eventual:

⁶ Al menos fuera del ámbito del Estatuto de Roma (ER), sobre cuya regulación de la *mens rea* hablaremos más adelante.

⁷ Existe, sin embargo, una postura minoritaria en contra de equiparar el tipo subjetivo de la tentativa y el delito consumado (por todos Struensee, 1989, pp. 405 y ss., contra los argumentos de estos autores Gil, 2000, pp. 117 y ss.).

- Un gobierno decide construir un pantano en la zona forestal habitada por un pequeño grupo étnico al que avisa de que debe abandonar el territorio. Tras varios intentos de trasladar al grupo, fallidos por la insistente negativa de sus miembros, el gobierno lanza un ultimátum y les advierte que tal día inundará la zona, por lo que deben abandonarla antes. El día señalado se procede a la inundación sin comprobar si los miembros del grupo han podido ponerse a salvo por sus propios medios, y por tanto asumiendo la posibilidad de su destrucción. El propósito del gobierno no es destruir al grupo, es más, preferiría no hacerlo, pero es un resultado que los gobernantes han asumido como no absolutamente improbable y que conocen, una vez que inician la inundación, que ya no podrán evitar mediante su dominio del curso causal;
- Un gobierno de un país multiétnico, controlado por un grupo étnico dominante, mantiene a otra minoría étnica deliberadamente (con dolo directo) en determinadas condiciones de vida caracterizadas por la insalubridad, falta de alimentos y de atención sanitaria, etc. El objetivo directo del gobierno al crear estas condiciones de vida no es causar la muerte de esos individuos, ni exterminar a la minoría étnica, sino mantener un régimen de apartheid que les permita perpetuar la superioridad y el control sobre la etnia sometida. Sin embargo, el gobierno ha previsto como no absolutamente improbable que el sometimiento a dichas condiciones de vida produzca la destrucción de la minoría étnica al causar la muerte masiva de sus miembros y cuenta con dicha posibilidad (grado de voluntad equivalente a un dolo eventual en relación con la destrucción del grupo);
- Los directivos de una compañía, con la aquiescencia del gobierno, utilizan a los miembros de un pequeño grupo étnico minoritario para trabajos forzados y les imponen condiciones de existencia capaces de acarrear la destrucción física total o parcial del grupo en cuestión, pero su objetivo principal no es la destrucción del grupo, sino maximizar los beneficios a través de este abuso de una mano de obra barata. Sin embargo, han

previsto como no absolutamente improbable el resultado de destrucción del grupo y cuentan con tal posibilidad⁸.

1.2. *El resto del tipo subjetivo: el dolo del genocidio*

Ahora bien, con aclarar este elemento no hemos terminado el análisis del tipo subjetivo del genocidio. Muchos de los equívocos y discusiones que se producen sobre el mismo provienen precisamente de no haber identificado correctamente sus distintos elementos.

Ya distinguimos más arriba entre el dolo y el elemento subjetivo transcendente. Ahora refiriéndonos al dolo hemos de recordar que la *mens rea* o elemento subjetivo del crimen se compone a su vez de elementos diferentes según el elemento objetivo al que se refieran.

Esto es muy claro para la doctrina anglosajona⁹, y ha sido recogido, aunque sin mucho acierto, en el art. 30 del ECPI.

Así, es preciso recordar que todas las clases de dolo (también el eventual) contienen un elemento volitivo referido a la realización de la conducta: la voluntad de actuar (Jescheck y Weigend, 1996), que queda especialmente destacado en la tentativa inacabada y en los delitos mutilados de varios actos. Este elemento es diferente al elemento subjetivo referido al resultado que hemos visto. En relación con la voluntad de actuar hay que señalar que la misma debe comprender la voluntad de incurrir en la conducta, no bastando que el sujeto se plantee la realización del resto de actos como una mera posibilidad sin haberse todavía decidido a ello¹⁰. En cambio, respecto del resulta-

⁸ Este último ejemplo es de Ambos (2014, p. 36), pero con él pretende ilustrar la conveniencia de rebajar el estándar al mero conocimiento en casos de complicidad, cuando en realidad el ejemplo no es de complicidad, sino de realización de actos ejecutivos del genocidio y por tanto de autoría.

⁹ Dicho desde la terminología del common law: *different elements of an offense may require a different mental state for conviction* (Model Penal Code and Commentaries, American Law Institute, Washington, 1985, Part I, párr. 2.02, pp. 229 et seq., Badar, 2013, p. 101).

¹⁰ No se excluyen la voluntad de actuar, sin embargo, en los supuestos de “resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos”, ni de “decisión con reserva de desistimiento”, pues se entiende que en ambos supuestos sí existe realmente una voluntad de actuar, es decir, el sujeto se encuentra en estos casos resuelto a cometer la acción típica. Así, quien decide la comisión del hecho pero

do de la conducta subyacente querida (por ejemplo, la muerte de un miembro del grupo), bastará, como hemos señalado, con que el sujeto lo prevea como una posibilidad con la que cuenta.

Trasladando todo lo dicho al tipo del delito de genocidio, debemos distinguir dos clases diferentes de estructura. El primer grupo, integrado por las modalidades de muertes de miembros del grupo (incluidas las lesiones con dolo de muerte), el impedimento de nacimientos y el traslado de niños, tendría la estructura de delito mutilado de varios actos (aunque formalmente se trata de un delito consumado, materialmente estamos ante una tentativa inacabada). El segundo, en el que se incluyen las conductas del tipo “sometimiento del grupo a condiciones de vida [...]” tiene la estructura de delito de resultado cortado: el sujeto ha realizado toda la conducta que debería dar lugar a la destrucción del grupo o de la parte elegida y solo falta ya la producción del resultado (formalmente estamos de nuevo ante un genocidio consumado, pero materialmente se trata de una tentativa acabada).

1.3. Particularidades del tipo subjetivo en los supuestos de co-delincuencia

Junto con lo anterior, es imprescindible para identificar la *mens rea* necesaria para cada uno de los intervinientes tener en cuenta que el genocidio es por lo general cometido mediante la intervención de un amplio número de personas¹¹. Solo teniendo en mente esto podremos

hace depender su realización de condiciones que no están en su mano, actúa con dolo y también quien decide realizar la conducta típica pero piensa que podrá desistir en el supuesto de que el hecho típico resulte finalmente innecesario (Jescheck, H. H. y Weigend, T., 1996, pp. 303-304).

¹¹ Véase TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 549. Como señala la doctrina (Kreß, 2009, 300, Shabas, 2005, 877, Cryer et al., 2007, 207 y s.) la hipótesis de un genocidio cometido de manera individual no deja de ser una mera hipótesis teórica prácticamente imposible en la práctica. Sin embargo la jurisprudencia no ha sido pacífica entorno a la exigencia de un elemento contextual, la existencia de un plan o política o ataque amplio o sistemático en el delito de genocidio. Así, afirmó este elemento la TPIY, *Krstić*, 2/08/2001, párr. 682, pero luego lo rechazó la Sala de Apelaciones: TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 223 ss., con escasa y poco convincente argumentación (Kreß, 2009; Shabas, 2009; Cryer et al., 2007, p. 246 ss.). La CPI parece haberlo recuperado, afirmando además que ello no supone una modificación de los elementos del crimen, sino que se trata de un

luego, dando un paso más en el análisis anteriormente efectuado, establecer qué elemento debe cumplir cada interviniente y cuáles otros, en cambio, se pueden sustituir por el conocimiento de su presencia en otros codelincuentes, como consecuencia de la construcción conjunta del tipo subjetivo a través del *pactum scalaris* o acuerdo de voluntades.

El plan común, elemento esencial de la coautoría (y de toda forma de codelinquencia) se entendió siempre en la doctrina continental como el acuerdo de voluntades entre los distintos codelincuentes para realizar conjuntamente el delito, repartiéndose las tareas para ello. Este acuerdo, que no es otra cosa que el dolo común, permite la atribución del crimen en su conjunto a todos ellos, aun cuando su aportación al mismo haya sido parcial. Ahora bien, ese acuerdo puede ser anterior o simultáneo, expreso o tácito. Por ejemplo, obedecer una orden conociendo el significado y trascendencia de la misma en relación con el crimen, implica adherirse al acuerdo.

Por ello, es preciso distinguir también en los supuestos de codelinquencia entre los diferentes elementos que componen el tipo subjetivo. Así, para afirmar la existencia de la voluntad de actuar conjunta, igual que el autor individual debe querer y no solo prever la realización de los siguientes actos que conformarán la conducta delictiva, el codelincuente (ya sea coautor o partícipe) debe conocer, en el momento de su contribución al crimen, la voluntad de los demás coautores de realizar los actos siguientes y no solo preverla como una mera posibilidad no acordada.

De esta manera, quien por ejemplo se adhiere con su conducta a la ejecución de un plan, que conoce, de exterminio de un grupo, está acordando su intervención en el plan simultánea y tácitamente con quienes lo han iniciado.

Respecto de la consecución del resultado de destrucción del grupo, en cambio, cada interviniente podrá actuar, como se explicó más arriba, con cualquier clase de dolo. Es decir, quien contribuye objetivamente al plan, conociendo tanto el plan como el hecho de su contribución, no tiene por qué perseguir con propósito directo el resultado del mismo, sino que bastará con que lo prevea como una consecuencia no improbable con la que al menos cuenta.

elemento implícito en la definición del genocidio y de ahí su mención expresa en los Elementos de los Crímenes: CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009, párr. 125.

Así, el sujeto que realiza un acto concreto, por ej. mata a un miembro del grupo, consumando así formalmente su delito de genocidio debe actuar con dolo de cualquier clase, incluido el dolo eventual (Gil, 1999, p. 259; Triffterer, 2001, p. 403) respecto de ese acto (la muerte de esa víctima) y a la vez con la intención (voluntad de actuar, por tanto no condicionada) de seguir repitiendo los actos sobre todo el sustrato material del grupo o subgrupo elegido (por ejemplo, tiene que querer matar al resto de miembros del grupo o parte elegida) o, en el más posible caso de codeincuencia, con la conciencia y voluntad (equivalentes a cualquier clase de dolo), de que el resto de coautores, es decir, las demás personas implicadas en el plan total, van a seguir realizando (tienen la voluntad de actuar no condicionada) los actos necesarios sobre el resto del sustrato material del grupo (matar el resto de los miembros del grupo o la parte elegida), lo que producirá su destrucción (resultado que de nuevo puede prever y querer con cualquier clase de dolo) (ampliamente Gil, 1999).

En cambio, el sujeto que en una guerra mata por ejemplo a civiles a los que considera enemigos desconociendo que la orden de asesinarlos forma parte de un plan de exterminio de un grupo, y sin haberse representado, por tanto, la destrucción del grupo, no podrá ser considerado coautor del delito de genocidio, sino tan solo, en su caso, instrumento en una autoría mediata de quienes dan las órdenes en el aparato de poder y sí conocen y dirigen la ejecución del plan de exterminio.

Hasta aquí queda expuesta la postura que vengo defendiendo desde 1999. En estas dos décadas la discusión doctrinal y jurisprudencial se ha enriquecido notablemente al verse confrontada la teoría con la realidad, dando lugar a una variedad de posturas que lejos de poner luz en el asunto ha venido a complicar enormemente el tema. A continuación, comentaremos algunas de las posiciones de los tribunales y los académicos.

2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

2.1. *Algunos precedentes nacionales*

Merece la pena referirse en primer lugar al caso *Eichmann* (District Court of Jerusalem, 11/12/1961), juzgado por los tribunales israelíes, a pesar de que se trata de una aplicación de un precepto que

es solo en parte coincidente con el delito de genocidio¹². En este caso el tribunal consideró que el acusado tenía la intención requerida por el tipo. Pero a lo largo de la argumentación el tribunal realizó una serie de afirmaciones que en ocasiones se han querido usar como precedentes para defender determinadas posturas, a pesar de que, en mi opinión, son poco claras.

Por un lado, encontramos que el tribunal realiza una afirmación categórica de que todo el que intervino en el exterminio de judíos conociendo el plan llamado “Solución Final” es coautor del crimen (párr. 194)¹³. Pero al mismo tiempo, en relación con el acusado, el tribunal declaró probado que Eichman actuó no solo conociendo el plan genocida (lo que según la afirmación anterior parece bastar), sino que compartía personalmente la intención de destruir al grupo (párr. 183)¹⁴.

Algún autor, sin embargo, ha puesto en duda esta afirmación si se quiere ver en ella la constatación de un fin o propósito directo, señalando que más bien el tribunal dedujo la intención de la mera prueba del conocimiento. Es decir, estaríamos ante un ejemplo de la tenencia, que explicaremos infra, a aplicar, en la determinación de la intención genocida, un *knowledge-based approach* por la puerta falsa de la prueba (Kreß, 2005, p. 573).

Pero resulta interesante volver a la afirmación general: En realidad el tribunal dijo que todo el que intervino era cómplice en el delito

¹² El tribunal israelí aplicó el llamado “crimen contra el pueblo judío” de definición similar a la del genocidio, con algún supuesto añadido, pero limitada a la protección del grupo judío. Véase el artículo 1.b, de la *Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, de 1 de agosto de 1950, accesible en <https://mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1950-1959/pages/nazis%20and%20nazi%20collaborators%20-punishment-%20law-%20571.aspx> (último acceso 15 de febrero de 2019).

¹³ “Everyone who acted in the extermination of Jews, knowing about the plan for the Final Solution and its advancement, is to be regarded as an accomplice in the annihilation of the millions who were exterminated during the years 1941-1945, irrespective of the fact of whether his actions spread over the entire front of the extermination, or over only one or more sectors of that front. His responsibility is that of a ‘principal offender’ who perpetrated the entire crime in co-operation with the others”.

¹⁴ “The facts which have been demonstrated, showed not only that the Accused knew of the intent to destroy the Jewish People, which lay within the plan for the Final Solution, but he personally was also permeated with this intent”.

global y debía responder como autor (*principal perpetrator*), con lo que parece que no utilizaba la palabra cómplice en un sentido técnico, sino como sinónimo de interviniente. Sin embargo, el TPIR tomó esta frase para afirmar que los cómplices no necesitaban compartir el propósito de destruir el grupo, sino que bastaba con conocer que se contribuía al plan dirigido a tal fin (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998)¹⁵.

No está claro si aquella frase está sacada de contexto porque en ella el tribunal israelí más bien quería destacar que se respondía como autor en el plan completo, es decir, del delito de genocidio como delito global, y probablemente no se estaba planteando en ese momento qué *mens rea* había que tener para responder. Lo cierto es que si se toma literalmente como precedente, como hace el TPIR, hay que tener en cuenta que aquí expresa e insistentemente el tribunal israelí se está refiriendo al castigo como coautor, como principal (quien realiza solo una parte de los actos genocidas con el conocimiento del plan total responde como autor del delito completo) por lo que, si realmente quiso pronunciarse sobre la *mens rea* necesaria, estaría admitiendo que basta ese tipo subjetivo para cualquier interviniente, no solo para los partícipes.

También es cierto, por otro lado, que el tribunal parece seguir un concepto unitario de autor (District Court of Jerusalem, Caso *Eichmann*, 11/12/1961, párr. 197), pero también la empresa criminal conjunta (ECC) tal y como la aplican los tribunales *ad hoc*, y a pesar de que estos la consideran una forma de autoría, parece más bien, tanto por los precedentes históricos en los que quiere fundamentarse, como por la tradición anglosajona con la que se conecta, un modelo en el que no es relevante la distinción entre autor y partícipe (van Sliedregt, 2007; Gil; 2013a).

En realidad, desde la perspectiva continental germánica, como *Eichmann* no ejecutó directamente la muerte de judíos, su conducta podría calificarse como contribución esencial, que bajo la doctrina del dominio funcional del hecho le convertiría en coautor¹⁶. O en

¹⁵ Con posterioridad esta excepción se ha fundamentado de diferente manera, como explicaremos *infra*.

¹⁶ Véase Roxin, C. (2014). *Täterschaft und Tatherschaft*. 6th Edition, Berlin, New York, p. 278. Esta doctrina fue asumida por la CPI a partir de su decisión en el caso *Lubanga*, 29/01/2007, párr. 332.

cambio, si no se comparte dicha doctrina, se le podría considerar un cooperador necesario (es decir, un partícipe que ha realizado una contribución esencial y merece un reproche penal tan elevado como el de los autores).

Interesantes son también las consideraciones que hace el tribunal sobre hechos anteriores a la decisión de la Solución Final, respecto de los cuales se plantea, en relación con su posible calificación como genocidio, “dado el total desprecio por la salud y la vida de los judíos deportados con que se realizaron, y la crueldad, que bordeaba la malicia premeditada, que los mismos evidencian, si el acusado previó o no las consecuencias asesinas de estas deportaciones, y esto fue lo que él deseó” (District Court of Jerusalem, Caso *Eichmann*, 11/12/1961, párr. 186). Sin embargo, ante la duda de si efectivamente concurrió la intención de exterminio decidió calificar dichas conductas como crímenes contra la humanidad. Llama la atención de nuevo que lo que el tribunal se pregunta para verificar la intención genocida pero no consigue probar es si el acusado previó y deseó que las condiciones de los traslados condujeran la muerte de los judíos (lo que no llega a considerarse probado), y no, como hubiera sido correcto de exigirse un dolo directo de destrucción, si se eligieron dichas condiciones con el fin de producir la muerte y la destrucción del grupo.

El siguiente precedente interesante lo encontramos en Alemania. En contra de la creencia generalizada, no fue un tribunal internacional el que condenó por primera vez por delito de genocidio. Este hito corresponde a un tribunal de Düsseldorf en el año 1997 (Oberlandesgericht Düsseldorf, Caso 26/96, 26/09/1997), sentencia que sería revisada después por el Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof, Caso 3 StR 215/98 OLG Düsseldorf, 30/04/1999). Los tribunales alemanes no discutieron en aquella ocasión el grado de voluntad con el que el acusado, el serbio Nikola Jorgić, debía querer la destrucción del grupo de los bosnios musulmanes, ya que el tribunal, siguiendo la posición de una parte de la doctrina alemana, había ampliado el concepto de lesión del grupo, y con ello también ya de entrada el ámbito de la intención que consideraba suficiente, al establecer que no era necesario para cometer genocidio la intención de destrucción física, sino que bastaba la voluntad de eliminar la existencia social y el sentimiento de pertenencia del grupo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos corrigió posteriormente esta postura afirmando que el concepto internacional de genoci-

dio era más restrictivo (limitado al genocidio físico y biológico) que el aplicado por los tribunales alemanes (TEDH, Caso *Jorgić*, 12/07/2007). A pesar de ello el TEDH no condenó a Alemania por infracción del principio de legalidad, ya que estimó que su interpretación se había realizado antes de que la jurisprudencia internacional desarrollara el concepto restrictivo hoy vigente, y además podía entenderse cubierta por la letra de la ley, por lo que no podía considerarse imprevisible y por tanto violatoria del art. 7.

Cabe señalar que con posterioridad se han celebrado ante tribunales nacionales algunos juicios por genocidio en los que se ha seguido a veces la jurisprudencia de los tribunales ad hoc que analizaremos a continuación. Así en el caso *van Anraat* (District Court of The Hague, Caso *van Anraat*, 23/12/2005, párr. 6.5.1), un tribunal holandés afirmó que el cómplice en genocidio no necesita tener la intención directa de destruir al grupo, bastando con que conozca que esta es la intención del autor. Sin embargo, la Sala de Apelación (Court of Appeal of The Hague, 9/05/2007) señaló que bastaba según la legislación holandesa con que el cómplice, con conciencia y voluntad, aceptara la posibilidad razonable de que se llegara a producir el resultado, es decir, abrió la posibilidad al dolo eventual¹⁷, pero finalmente dejó sin analizar si este estándar era aplicable al genocidio, ya que se estimó que no concurría en el acusado ni siquiera este grado más bajo de dolo (párr. 7).

2.2. *La jurisprudencia de los tribunales internacionales*

La primera decisión en la que un tribunal penal internacional se enfrenta al problema de la interpretación de la intención genocida la toma el TPIR en el caso *Akayesu* (TPIR, 2/09/1998). En esta sentencia el TPIR identificó la intención de destruir al grupo con una intención directa o propósito, opinión que ha mantenido reiteradamente¹⁸ y que

¹⁷ Van der Wilt, 2006, p. 255 y ss., había criticado ya de la decisión de la District Court por no aplicar los estándares holandeses, aceptando por tanto para el cómplice la actuación con dolo eventual.

¹⁸ Véase TPIR, Caso *Rutaganda*, 6/12/1999, párr. 59 y ss.; Caso *Musema*, 27/01/2000, párr. 164.

ha sido seguida también por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)¹⁹.

Ya desde el principio el TPIY advirtió de la existencia en la doctrina de voces autorizadas que reclamaban el castigo del genocidio con intención equivalente a un dolo eventual (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 571 y nota al pie 1276)²⁰. Sin embargo, se rechazó seguir esta línea con el argumento de que no estaba claro que dicha interpretación formara parte del derecho internacional consuetudinario. La explicación no deja de ser llamativa cuando, como hemos visto, poco después el TEDH señalaba que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se había separado de la única sentencia nacional sobre genocidio existente con anterioridad. Es decir, por una parte, es difícil hablar de práctica de los Estados (elemento material de la costumbre internacional) cuando el delito no se había aplicada más que una vez, decisión a la que, por cierto, el TPIY negó virtualidad para reflejar la “costumbre internacional”. En realidad, el Tribunal sustituye el análisis de la casi inexistente práctica de los Estados por la enumeración de una serie de declaraciones y opiniones de organismos internacionales, ninguna de las cuales, sin embargo, excluye la consideración de genocidio para el supuesto en que el autor prevé la destrucción del grupo como una consecuencia posible de su conducta con la cual cuenta (Kreß, 2005). Aún con todo, el tribunal fue cauto y no negó categóricamente la posibilidad de genocidio con dolo eventual sino solo a los efectos del caso en cuestión (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 571 y ss., 580)²¹. Podemos concluir que la exclusión de una intención de destrucción equivalente a un dolo eventual no queda argumentada en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

¹⁹ Véase TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 571, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 108; Caso *Jelisić*, 5/07/2001, párr. 45 y s.

²⁰ El fiscal reclamaba que se comprendiera en la expresión “intención de destruir al grupo” tanto los casos en que el acusado deseaba conscientemente que sus actos dieran como resultado la destrucción del grupo como tal; en todo o en parte, como aquellos en que sabía que sus actos estaban destruyendo, total o parcialmente, al grupo, y los que simplemente sabía que la consecuencia probable de sus actos sería destruir, en todo o en parte, al grupo como tal, párr. 569.

²¹ “*For the purpose of this case*, the Chamber will therefore adhere to the characterisation of genocide which encompass only acts committed with the goal of destroying all or part of a group” (énfasis añadido).

Además, este requisito tan estricto de propósito directo de destrucción va a colocar a los tribunales en situaciones muy complejas dando lugar a notables inconsistencias en su jurisprudencia.

Así, a pesar de que la exigencia de fin o propósito directo se suele repetir en todas las sentencias, algunos autores han puesto de manifiesto que en numerosas ocasiones los tribunales afirman la existencia del mismo infringiéndolo de la exclusiva prueba del conocimiento, con lo que en realidad estarían enmascarando la utilización de un concepto de intención genocida diferente, que como veremos se ha venido a denominar *knowledge-based approach* (Krefß, 2005, p. 571; Sterio, 2017, p. 291)²², e incluso hay quien quiere ver en ello una evolución en la interpretación judicial de la convención contra el genocidio (Sterio, 2017, pp. 282, 289).

Pero además de esa posible trampa de la vía probatoria, lo cierto es que esta interpretación tan estricta habría dado lugar a importantes lagunas de punibilidad, por lo que, ya en la propia sentencia *Akayesu* y en prácticamente toda la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, se admiten excepciones a la exigencia de intención directa. Sorprendentemente estas excepciones se vinculan con la forma de intervención delictiva, sin que quede explicado dogmáticamente por qué unos intervinientes tienen una exigencia subjetiva y otros otra diferente y en qué costumbre internacional se basa tal diferenciación.

Así en *Akayesu*, apelando al derecho inglés y a la sentencia israelí en el caso *Eichmann*²³, el TPIR admitió que determinados partícipes, los cómplices, responderían por genocidio sin necesidad de actuar con el dolo especial —el fin directo de destruir el grupo—, bastando con que conocieran que su conducta contribuía a un plan genocida, es decir, si sabían que el autor con quien colaboraban actuaba con ese fin, y aunque no lo compartieran (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 485, 541, 726). En cambio, si un sujeto colaboraba en la muerte de un miembro del grupo sin saber que el autor de ese homicidio lo hacía con intención genocida, podía ser acusado de complicidad en homi-

²² Así, por ejemplo, en relación con la condena de Karadžić se señala que el tribunal imputó a Karadžić la intención genocida a partir de su conocimiento de los asesinatos de Srebrenica (Ambos, 2016; Sterio, 2017).

²³ En un claro ejemplo de presunta fertilización cruzada del tipo que Cassese (2004) denominaba *approche sauvage*.

cidio, pero no de genocidio (párr. 541). En definitiva, para responder por complicidad en genocidio bastaba el conocimiento (elemento subjetivo) de estar realizando una aportación material (elemento objetivo) al plan genocida (párr. 544 y s. 726)²⁴.

En el mismo sentido ha admitido en jurisprudencia constante el TPIY que para responder por la figura de *aiding and abetting*, una peculiar forma de complicidad²⁵, según el tribunal, derivada del derecho anglosajón, no era necesario²⁶ actuar con una intención directa de destruir al grupo, sino que bastaba con conocer que el autor principal actuaba con tal intención²⁷.

²⁴ “The findings of the Israeli courts in this case support the principle that the *mens rea*, or special intent, required for complicity in genocide is *knowledge* of the genocidal plan, coupled with the *actus reus* of participation in the execution of such plan. Crucially, then, it does not appear that the specific intent to commit the crime of genocide, as reflected in the phrase “with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such,” is required for complicity or accomplice liability. An accused is an accomplice to genocide if he or she knowingly and wilfully aided or abetted or instigated another to commit a crime of genocide, while being aware of his genocidal plan, even where the accused had no specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. En esta sentencia el tribunal, en contra de lo que será jurisprudencia constante, afirma que mientras la figura de *aiding and abetting* exige la intención de destruir el grupo, la complicidad no la exige: “*aiding and abetting* which, though akin to the factual elements of complicity, nevertheless entails, in and of itself, the individual responsibility of the accused for the crime of genocide, in particular, where the accused had the specific intent to commit genocide, that is, the intent to destroy a particular group; this latter requirement is not needed where an accomplice to genocide is concerned”.

²⁵ No queda claro, en opinión de van Sliedregt (2007, pp. 194-195), si otro tipo de cómplices también responden sin una finalidad directa de exterminio.

²⁶ Lo que tampoco impide que un mero *aider and abettor* pueda actuar con fin directo de exterminio TPIR, Caso *Kalimanzira Callixte*, 20/10/2010, párr. 220.

²⁷ Así por ejemplo la Sala de Apelaciones, tras afirmar el requisito de la intención específica de destruir al grupo, en el sentido de un fin directo, rechazando explícitamente que baste con el conocimiento, anuló la condena de Krstić como autor de genocidio, al no haberse probado en él dicha intención directa, sino solo su conocimiento de la intención genocida de los otros perpetradores. En consecuencia, le condenó solo por *aiding and abetting* al genocidio: TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 140. En el mismo sentido el Caso *Blagojević y Jokić*, 09/05/2007, párr. 127; Caso *Blaškić*, 29/07/2004, párr. 45; Caso *Vasiljević*, 25/02/2004, párr. 102; Caso *Tadić*, 15/07/1999; Caso *Ntakirutimana And Ntakirutimana*, 13/12/2004, párr. 364.

El TPIY también admitió que los miembros de una empresa criminal conjunta tipo I²⁸ podían utilizar para cometer un genocidio a personas externas a la ECC, siendo irrelevante que los ejecutores materiales actuaran sin la intención genocida, siempre que los crímenes pudieran ser imputados al menos a uno de los miembros de la ECC I, que, al utilizar a dicho ejecutor, actuó siguiendo el objetivo común de la ECC. Lo relevante es, por tanto, que los miembros de la ECC actuaran con dicha intención genocida cuando utilizaron al ejecutor para realizar el *actus reus* del delito que formaba parte del plan común (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr 79; Caso *Mladić*, 22/11/2017, párr. 3435).

En otras decisiones el TPIY ha ido todavía más lejos, al admitir la relajación del elemento subjetivo no solo para los cómplices (o su ausencia para los meros ejecutores), sino para cualquier interviniente que no sea el autor directo del crimen (TPIY, Caso *Brđanin*, 19/03/2004, párr. 5)²⁹.

Y por último, llegó a afirmar que, en la variante ECC III³⁰, un miembro de la ECC podría responder por genocidio aunque no hubiera acordado con el resto de miembros la comisión de dicho delito, si la comisión del genocidio era una consecuencia natural y previsible de la implementación del acuerdo, con el único requisito subjetivo

²⁸ Variante básica en la que los miembros de la ECC comparten la misma intención criminal: Aquél en quien se pruebe acuerdo de voluntades (expreso o tácito, anterior o coetáneo), una contribución —de cualquier clase, pero significativa— a la consecución del plan común y dolo directo respecto de la ejecución del hecho, forma parte de la empresa criminal común y responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como coautor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común. TPIY, Caso *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Caso *Karadžić*, 11/07/2013.

²⁹ “participants other than the direct perpetrator of the criminal act may also incur liability for a crime, and in many cases different mens rea standards may apply to direct perpetrators and other persons”.

³⁰ Según la ECC III o variante amplia, todo miembro del acuerdo también será responsable a título de autor de cualquier otro delito cometido por cualquier otro miembro de la empresa, aunque ese otro delito no formara parte del plan (supuestos de exceso respecto del plan común), siempre que su comisión fuera una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común (TPIY, Caso *Tadić*, 15/07/1999, párr. 204; TPIY, Caso *Karadžić*, 11/07/2013, párr. 6; Boas, Bishoff y Reid, 2007, pp. 68 y ss.).

de que tal comisión y la actuación del autor directo con intención genocida fueran previsibles para el acusado (TPIY, Caso *Brđanin*, 19/03/2004, párr. 6)³¹.

Teniendo en cuenta que la ECC es entendida por el TPIY como una forma de autoría (TPIY, Caso *Milutinović, Šainović, and Ojdanić*, 21/05/2003, párr. 20), tenemos que en esta variante amplia, la más rechazada en la doctrina (Badar, 2006; Haan, 2005; Ohlin, 2007), que imputa a todos los miembros de la ECC los excesos cometidos por otro miembro, esta afirmación del tribunal realizada a modo de *obiter dicta*, pero que sigue la concepción bien establecida de la ECC III, abriría la puerta a condenar como autor de genocidio a quien simplemente prevé la intención genocida de otro coautor (otro miembro de la ECC), sin necesidad de que él mismo la posea al realizar su contribución a la empresa conjunta.

La figura de la ECC se ha convertido en la preferida del TPIY para condenar a los líderes políticos y militares, que con frecuencia actúan como ideólogos del crimen, ya que permite el castigo como autor y evita tanto las superiores exigencias probatorias que comporta la responsabilidad del superior jerárquico como los adicionales requisitos (en especial en relación con el *actus reus*) que conlleva el castigo por complicidad (van Sliedregt, 2007).

También para la figura de la responsabilidad del superior jerárquico es suficiente con que el superior conozca la intención genocida de los subordinados, sin necesidad de que la comparta (TPIR, Caso *Karemera y Ngirumpatse*, 29/09/2014, párr. 307)³².

³¹ Corregía así la Sala de Apelaciones la posición adoptada por las Salas de Primera Instancia en otros casos: Caso *Stakić*, 31/07/2003, párr. 530; Caso *Brđjanin*, 28/11/2003, párr. 29. Crítica con esta postura de la Sala de Apelaciones, Haan (2005, p. 200). En opinión de van Sliedregt (2007, 191) y de Mettraux (2005, p. 265), la decisión de la Sala de Apelaciones en *Brđjanin*, carece de validez como precedente porque la cuestión merece mayor debate. Sin embargo, lo cierto es que la Sala de Primera Instancia ya la ha asumido en *Caso Milosevic*, 16/06/2004, párr. 29, rechazando expresamente la opinión del Amicus Curiae.

³² “In the case of specific intent crimes such as genocide, the Appeals Chamber has found that this requires proof that the superior was aware of the criminal intent of the subordinate. In most cases, the superior’s knowledge or reason to know of his subordinate’s genocidal intent will be inferred from the circumstances of the case”.

El TPIY también ha aplicado esta doctrina de que los cómplices y los intervinientes en una ECC III no necesitan compartir el elemento subjetivo especial que se exige para el autor en el delito de persecución (TPIY, Caso *Stanišić and Župljanin*, 30/06/2016, párr. 597 y ss.; Caso *Popović et al.*, 10/06/2010, párr. 1082; Caso *Krnojelac*, 17/09/2003, párr. 52; Caso *Vasiljević*, 25/02/2004, párr. 142; Caso *Tadić*, 15/07/1999, párr. 229).

Pero hay que tener en cuenta que en él la “intención discriminatoria” otorga al delito una estructura diferente. No se trata de un elemento subjetivo trascendente cuyo propósito es adelantar la consumación, sino, por el contrario, uno que contribuye a la definición de la conducta típica, a la concreción del significado de la conducta “persecución”³³. En este supuesto el legislador no ha sabido definir de manera objetiva la conducta típica y ha recurrido para ello a un elemento subjetivo que viene a definirnos el delito como la privación intencional y grave de derechos fundamentales realizada a la vez como negación del principio de igualdad. Una vez que la conducta del autor se subsume en la definición de persecución, es decir, que tenemos identificado un acto discriminatorio grave, si bien se ha elaborado dicha definición mediante una referencia a los motivos del autor del autor, estos dejan de tener toda relevancia ulterior, de manera que todo el que dolosamente contribuya a la conducta discriminatoria cometerá el delito, sea cual sea su móvil, irrelevante desde el punto de vista de lo injusto.

En definitiva, los tribunales se encuentran con que la realidad les demanda rebajar las exigencias de tipo subjetivo. Ahora la pregunta es si

³³ Los elementos subjetivos de lo injusto diferentes del dolo pueden cumplir dos funciones diferentes: o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación, o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar. En el primer caso nos encontramos con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico —o bien hacia la realización de una segunda acción cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión del bien jurídico—. La lesión del bien jurídico —o la realización de esa segunda conducta cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico— quedan fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realicen, y por ello hablamos de tipos de consumación anticipada. En el segundo grupo de elementos subjetivos mencionado nos encontramos, en cambio, con elementos subjetivos que únicamente concretan la conducta prohibida cuando el legislador no ha encontrado una mejor manera de describirla mediante sus aspectos objetivos (Gil, 2000, 104 y ss.).

está justificado tanto dogmática como político-criminalmente, limitar esa ampliación del tipo subjetivo a determinadas clases de intervinientes.

Al respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que toda esta jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en relación con la *mes rea* del genocidio se ve determinada por su particular identificación de las formas de intervención delictiva (Gil, 2013a, pp. 109 y ss.). No sería lógico admitir, por tanto, que los errores de los tribunales *ad hoc* sobre la autoría y otras formas de intervención delictiva, rechazados ya en parte por la CPI³⁴, pasen ahora a contaminar para siempre el tipo subjetivo de los crímenes, en particular el del genocidio. Sobre todo, teniendo en cuenta que muchas de las figuras que maneja son totalmente ajenas al sistema continental germánico, por lo que es difícil extraer alguna consecuencia aprovechable de lo que se predique en relación con su *mens rea*³⁵. Y especialmente su figura de autoría predilecta, la ECC, en realidad proviene de antecedentes que no distinguían

³⁴ La CPI ha rechazado la figura de la ECC en todas sus formas: CPI, Caso *Lubanga*, 29/01/2007, párr. 328 y ss. Por su parte las Salas Especiales en las Cortes de Camboya han rechazado la ECC tipo III, afirmando que esta figura no forma parte de la costumbre internacional: SECC, Decision on the Appeals against the Co-Investigating Judges Order on Joint Criminal Enterprise, 20/05/2010; SECC, Caso *Nuon Chea and Khieu Samphan*, 23/11/2016, párr. 791; SECC, Caso *Ieng Sary et al.*, 20/05/2010; SECC, Caso *Nuon Chea and Khieu Samphan*, 23/11/2016, párrs. 776, 792 ss. Además, para responder por un crimen bajo la figura de la ECC el acusado debe actuar, según la Sala de la Corte Suprema, con la *mens rea* exigida por el crimen en cuestión más la exigida por esta forma de intervención delictiva.

³⁵ La figura del *aider and abettor* tal y como lo define el TPIY no es reconducible a una forma de participación en los sistemas continentales. De hecho, la definición del *aider and abettor*, especialmente en sus aspectos subjetivos, ha sido modificada notablemente en el ER en relación con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Por tanto, lo que se haya dicho de esta figura en poco puede ayudar a construir una teoría general de la participación o de su tipo subjetivo. Tampoco la ECC III halla equivalente en nuestro sistema o en otros muchos del *civil law*, y solo se podría reconducir la exigencia de responsabilidad, en los casos que comprende, a un delito de organización criminal (van Sliedregt, 2007, p. 199). Pero como tal delito no es para nuestros sistemas una forma de intervención en cualquier delito cometido por el grupo, sino un delito autónomo, hay que concluir que como forma de imputar el delito cometido por otro esta figura sí es totalmente ajena a nuestros sistemas (en contra de lo que afirma van Sliedregt, [2007, p. 199]), motivo por el que tampoco se puede reconducir, como ella pretende, a una forma de complicidad.

autor de partícipe, como ya hemos señalado, con lo que la calificación como autor es más bien caprichosa y no responde a ningún criterio. Se puede ser calificado como autor bajo una ECC III con menores requisitos que los que exigiría ser cómplice o *aider and abettor*.

La excepción realizada respecto del ejecutor externo a la ECC, por su parte, es consecuencia de su negativa a admitir la autoría mediata³⁶ y su opción, en cambio, por la denostada figura de ECC (contra esta figura Gutiérrez, 2008; Ambos, 2007; Ohlin, 2007; Werle, 2007; Badar, 2006).

Si el ejecutor que desconoce el plan no puede llevarnos como mero instrumento a través de una autoría mediata a la responsabilidad de los superiores en la organización, entonces el tribunal se ve obligado a admitir que la ECC, figura que ha elegido en su lugar, puede utilizar ejecutores ajenos a ella que no comparten la finalidad típica.

Sin embargo está diciendo lo mismo con peor (o sin) fundamentación: que si unos sujetos utilizan a otros que desconocen realmente el sentido final de lo que hacen (exterminar a un grupo o parte del mismo) para cometer su crimen de genocidio, los utilizados, lógicamente, no tiene intención genocida, por lo que tampoco son coautores³⁷, y quienes sí lo son deben tener la intención requerida (luego no estaremos de acuerdo en que tipo de voluntad exige dicha intención) (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 78 y 79). No deja de tratarse, por tanto, de una forma de autoría indirecta a través de la utilización de

³⁶ La *indirect coperpetration* trató de ser implantada también por algunos jueces y fiscales del TPIY en detrimento de la ECC, sin éxito, ya que el Tribunal la rechazó de plano en su sentencia Caso *Milutinovic*, 22/03/2006. En todo caso, además, hay que recordar que cuando hablamos de la autoría y la coautoría indirecta en la jurisprudencia del TPIY no podemos identificar este término con el de autoría mediata de la doctrina continental de origen germánico, ni tampoco con la fusión de la coautoría funcional y la autoría mediata que prosperará en la jurisprudencia de la CPI, ya que no se llega a fundamentar en los elementos de estas construcciones la acusación como coautor. Se trata por lo general simplemente de casos en que se considera que la conducta merece el calificativo de autoría, pero sin que el acusado haya realizado los actos ejecutivos (Gil, 2013a, pp. 119 y ss. nota 42).

³⁷ Despista, por ello, que el tribunal los denomine incorrectamente *principal perpetrators*, TPIY, Caso *Karadžić*, 24/02/2016, párr. 79, cuando en realidad estos meros ejecutores materiales no podrán, por falta de tipo subjetivo, responder como autores (perpetrators) del delito de genocidio.

un instrumento, aunque el tribunal no se detiene a fundamentar, más allá de insistir en la “utilización” del ejecutor, qué convierte al hombre de atrás en autor del delito ejecutado por un no miembro de la ECC, mientras que, como sabemos, en la doctrina de la autoría mediata lo que le identifica como autor es el dominio del hecho.

La diferenciación hecha para otros tipos de intervinientes (cómplices: *accomplices*, *aiders* y *abettors*), resulta, en cambio, más peligrosa, pues no se puede explicar traduciendo la solución simplemente a una categoría mejor fundada y, además, presenta el riesgo de contaminar no solo el tipo subjetivo del genocidio sino también la distinción entre autores (principales) y partícipes (accesorios). En efecto, lo vemos claramente en el caso *Krstić*, en el que como ya comentamos, la forma de intervención bajo la cual se castiga al acusado se decidió a partir de su *mens rea* y no de su aportación objetiva al hecho. Este peligro lo vemos también en determinadas propuestas doctrinales que comentaremos infra y en alguna expresión de la CPI.

Así, aunque la CPI no ha condenado todavía por el delito de genocidio, encontramos una breve referencia al elemento subjetivo en una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I). En la Orden de arresto contra Al Bashir (CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009), la Sala cita el avance de las concepciones que denominamos *knowledge-based approach*, por las que claramente se inclina, afirmando además su compatibilidad con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Pero a continuación añade (y de ahí que considere compatible su postura con la jurisprudencia anterior, a pesar de que se separa de los autores que invoca) que la interpretación literal de la definición del delito de genocidio en el artículo 6 del Estatuto y en los Elementos de los Crímenes deja claro que solo aquellos que actúan con la intención genocida (se refiere a la intención directa de destruir al grupo) pueden ser condenados como autores de este delito en virtud del art. 25(3)(a) ECPI. En cambio, quienes solo son conscientes de la naturaleza genocida de la campaña, pero no comparten la intención genocida, solo pueden ser considerados responsables como partícipes accesorios de conformidad con los arts. 25(3)(b) y (d) ECPI. Es decir, vuelve con ello a una diferenciación según la forma de intervención delictiva, que vendría entonces definida no por el tipo de aportación que se presta sino por la *mens rea* con la que se actúa, lo que resulta difícil de asumir y, sobre todo, de compatibilizar

con el propio art. 25 ECPI y con el principio de accesoriadad en la participación (Kreß, 2005; Gil et. al. 2019)³⁸.

Hay que recordar, además, que al contrario que el TPIY, la CPI, en mi opinión equivocadamente, interpreta que el art. 30 del ECPI no abarca el dolo indirecto o dolo eventual.

La Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I, en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (29/01/2007, párrs. 359 ss.), admitió el *dolus eventualis*, como también había sido admitido por los Tribunales *ad hoc*. Esta interpretación fue sin embargo abandonada a partir de una decisión posterior de la SCP II en el caso *Bemba* (15/06/2009, párr. 357)³⁹, con argumentos discutibles, partiendo de una errónea equiparación entre dolo eventual y *advertent recklessness* (en la que el sujeto es consciente del riesgo) que tanto la doctrina continental como la anglosajona han rechazado (Melendo, 2008, p. 86; Fletcher, 1997, p. 175). La doctrina se encuentra dividida en este punto⁴⁰. En mi opinión, que parte —igual que el art. 30 ER— de un concepto de dolo integrado por un elemento intelectual y otro volitivo, el precepto debería interpretarse en el sentido de excluir simplemente la representación de la causación del resultado como producto de un curso causal altamente improbable, pero sin que deba exigirse tampoco una alta probabilidad del mismo o que sea prácticamente seguro. Así, imaginemos que el sujeto pone en marcha una acción de la que resulta previsible la producción del resultado como una consecuencia accesoria (no perseguida como fin) pero probable (imaginemos que hay un 60 por ciento de probabilidad de que acaezca frente a un 40 por ciento de que no). Aunque en tal caso la causación no sea prácticamente segura, si el sujeto sabe que, si concurren los factores probables, él no tendrá ya capacidad de evitar tal resultado, puede afirmarse, según el concepto de dolo eventual aquí seguido, que ese resultado es querido (aceptado, asumido) por el sujeto con tal clase de dolo. Y también puede afirmarse, de producirse finalmente, que el mismo ha

³⁸ Como veremos más abajo, cuando analicemos las diferentes opiniones doctrinales, con ello parece distanciarse de la opinión de Kreß, a quien cita, para acercarse a la de Ambos.

³⁹ Ver también: CPI, Caso *Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, 23/01/2012, párr. 411; CPI, Caso *Katanga*, 07/03/2014, párr. 775.

⁴⁰ Sobre la discusión Gil et al. (2019, 220 y ss.).

acaecido en el curso normal de los acontecimientos. Así, el art. 30 vendría a excluir únicamente algunos supuestos de dolo eventual, que serán, precisamente, los mismos que quedarían excluidos si se hubiese introducido en el ECPI un criterio de imputación objetiva que exigiera determinada peligrosidad de la conducta. Piragoff y Robinson (2008) ponen de manifiesto cómo la exclusión de la mención expresa del dolo eventual del Estatuto se produjo por una falta de acuerdo sobre el contenido del mismo, y no porque se equipare sin más a la *recklessness* anglosajona. Entienden estos autores, además, en una opinión cercana a la aquí mantenida, que algunas modalidades de dolo eventual sí estarían comprendidas en el art. 30: aquellos casos de conciencia de una sustancial o alta probabilidad, sin llegar a exigir la certeza o práctica certeza. En mi opinión exigir una alta probabilidad también podría resultar exagerado. Por ello aquí se propone interpretar que el Estatuto de la CPI excluye la punición de los casos en que un resultado es previsto por el autor como posible pero improbable. Así resultarían típicos y abarcados con dolo eventual los resultados previstos como probables (aunque la probabilidad no fuera muy alta) que no constituyeran el fin perseguido por el sujeto al actuar (dolo directo de primer grado) ni una consecuencia necesariamente unida a la consecución de su fin (dolo directo de segundo grado), con cuya probable producción el sujeto cuenta (Gil, 2013b).

3. PROPUESTAS DOCTRINALES

3.1. *La apertura paulatina a otras clases de dolo*

Una parte de la doctrina sigue exigiendo que la destrucción del grupo sea el propósito directo del sujeto, excluyendo que baste al respecto una intención equivalente al dolo eventual (Werle y Jessberger, 2005; Cassese, 2008). Sin embargo, no se acompaña esta afirmación de ningún argumento que la sustente, más allá de la meramente gramatical, o la apelación a una costumbre internacional no probada.

Frente a esta opinión, conocida como *purpose-based approach* se ha ido abriendo camino otra, que, a grandes rasgos, se denomina *knowledge-based approach*, en la que agrupamos a numerosos autores para los que basta para el ejecutor con conocer que con su conducta contribuye a un plan dirigido al exterminio del grupo, o,

en otras variantes, que implicará dicho resultado de destrucción, en distinto grado de probabilidad (Bassiouni y Manikas, 1996; Greenawalt, 1999; Vest, 2002; Krefß, 2005; Schabas, 2009; Ghebrai y Tesfaye, 2012). Esta postura parte de la afirmación, que estimo correcta, pero que, como vimos, ha sido discutida en la jurisprudencia⁴¹, de que el genocidio se comete mediante un plan llevado a cabo por numerosas personas, y construye la *mens rea* desde ese dato⁴². Es importante tener en cuenta esto para distinguir estas construcciones de la argumentación de otros autores que, aunque reconocemos la existencia y relevancia de encontrarnos ante un delito que se comete mediante la división de tareas entre un amplio grupo de personas, no llegamos a la conclusión sobre la *mens rea* directa o exclusivamente desde ese dato, sino que partimos de la estructura típica del crimen.

Dentro de esta posición hay variantes. Algunos autores exigen una alta probabilidad del resultado, ampliando el concepto de intención genocida a todo, pero solo al ámbito del dolo directo, exigiendo que el resultado de destrucción sea bien perseguido, bien previsto con una muy alta probabilidad⁴³. Otros, en cambio, abren la puerta a una

⁴¹ Véase la nota 12.

⁴² Particular es la posición de Kim (2016, 172 y ss.), que rechaza las teorías basadas en el *knowledge-based approach*, pero parte igualmente de la comisión del genocidio en el contexto de un plan dirigido (como resultado principal) a la destrucción del grupo, lo que él denomina “intención genocida colectiva”, que sin embargo pretende objetivizar, para conectarlo después con la figura de la ECC, y a continuación proponer que se presuma la intención genocida de quien participa en esa ECC cuyo propósito conjunto es la destrucción del grupo. A ello acompaña la advertencia, en su opinión acorde con la doctrina de la ECC, de que solo los líderes serán castigados como autores del genocidio, mientras que los subordinados serán condenados por *aiding and abetting*. Resulta rechazable de esta propuesta tanto su recurso a la ECC como el prescindir finalmente de la prueba del elemento subjetivo.

⁴³ Por ejemplo, Greenawalt (1999) afirma que basta con que el coautor actúe con el conocimiento de que contribuye a una campaña cuyo fin o resultado manifiesto será la destrucción del grupo en todo o en parte. Vest (2007, 789 y ss.) entiende que la intención de destruir al grupo comprende los supuestos en que el exterminio es un fin y aquellos en que es un resultado necesariamente unido a la consecución de dicho fin, pero niega, sin argumentos, que cubra el dolo eventual y exige, también sin un buen fundamento, que la destrucción (total o parcial) del grupo sea prevista como prácticamente segura. Exigir la práctica seguridad del éxito del plan introduce un elemento ajeno a la definición del genocidio y que

intención equivalente al dolo eventual y se conforman, como parece más correcto, con que el plan sea “realista”, lo que exigiría meramente la idoneidad de la conducta global para producir el resultado.

Merece la pena destacar entre estos últimos la posición de Kreß (2009). Para él, en el caso prototípico, el autor de genocidio debe actuar con (a) conocimiento de un ataque colectivo dirigido a la destrucción de al menos parte de un grupo protegido, y (b) *dolus eventualis* con respecto a la ocurrencia de tal destrucción. Hay por tanto dos datos en esta propuesta que la acercan a la que aquí se defiende y uno que la separa. Coincidimos en que también el que realiza actos ejecutivos, el autor (y no solo el cómplice), puede actuar con cualquier clase de dolo y de intención respecto de la destrucción del grupo, y coincidimos en que esa *mens rea* incluye, por tanto, una intención equivalente al dolo eventual. Discrepamos, en cambio, en la exigencia como contexto de un plan dirigido con intención directa a la destrucción del grupo.

3.2. *La distinción de la mens rea según la forma de intervención*

Por otro lado, nos encontramos con autores que, en consonancia con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, diferencian el tipo de intención requerida según la modalidad de intervención delictiva. Dentro de este grupo, no son pocos los que han defendido a la vez la exigencia de intención directa de exterminio en el autor, pero han afirmado que para el castigo del cómplice basta con dolo eventual (van der Vyver, 1999; van Sliedregt, 2007; van der Wilt⁴⁴, 2006).

Se argumenta que la participación tiene su propia *mens rea* y el partícipe no tiene por qué actuar con todos o elementos subjetivos del tipo, sino solo conocer o prever que el autor con el que colabora los tiene (van Sliedregt, 2007)⁴⁵.

complica la prueba. Bassiouni y Manikas (1996, 527) exigen que el sujeto busque producir el resultado de destrucción o conozca que su conducta forma parte de un plan o práctica diseñada para destruir total o parcialmente al grupo.

⁴⁴ Este autor parece inclinarse por aceptar para el cómplice el dolo eventual. Cita en favor de esta postura determinadas decisiones judiciales que en su opinión lo permitirían (van der Wilt, 2006, p. 247 y s.).

⁴⁵ Van Sliedregt (2007, p. 194 y ss.), extiende esta afirmación tanto a *aiders and abettors* como a la ECC III, porque esta última es también para ella una forma de participación y no de autoría. En cambio, se niega a relajar el elemento subjetivo

Particular es la posición de Ambos (2009; 2014), que ha defendido una diferenciación de la *mens rea* con la que deben actuar los distintos intervinientes atendiendo tanto a la posición del sujeto como a la forma de intervención: los autores directos o ejecutores materiales de bajo nivel pueden responder por el delito de genocidio aun si actúan sin la intención directa de destruir en todo o en parte el grupo, bastando con que sean conscientes de que participan en la campaña dirigida por los líderes y mandos intermedios, que, en cambio, sí deben poseer esa intención genocida equivalente a un dolo directo de primer grado o propósito para responder como autores, coautores, autores mediatos o inductores. En cambio, los cómplices serán castigados siempre que actúen al menos con el conocimiento, sin que se exija que compartan el propósito de destruir al grupo.

Sin embargo, esta interpretación, cuando pretende castigar en la comisión de un mismo genocidio a unos como coautores con una determinada *mens rea* y a otros coautores con otra diferente, supone construir dos delitos de genocidio con elementos distintos, en contra de lo que establece la ley, que no reconoce más que una figura de genocidio. Además, ¿qué ocurriría si uno de los líderes no comparte el propósito exigido, pero interviene con una aportación y dominio del hecho que lo convertiría en coautor mediato, siendo además consciente del propósito global? ¿Quedaría eximido de responsabilidad por genocidio? ¿Parece justo castigar al subordinado y no al dirigente teniendo ambos la misma *mens rea*: conocimiento de la contribución al plan genocida? Es evidente que los resultados de esta propuesta son los contrarios a lo que se pretende: se exige menos requisitos subjetivos para castigar como autor de genocidio a los inferiores, y más (con lo que se generará un amplio ámbito de impunidad) a los superiores.

En mi opinión el fallo de esta argumentación reside en que es cierto que cada interviniente puede contribuir al delito con una *mens rea* diferente, pero siempre dentro de las que admite el tipo en cuestión. Cuando el tipo admite todas las clases de dolo, obviamente el autor puede actuar con un dolo más estricto y el partícipe con otro más

para los autores o para los intervinientes en una ECC tipos I y II (p. 205). Aun con todo reconoce que no es satisfactoria la solución para condenar a los autores intelectuales.

débil. Pero cuando el tipo penal solo admite una clase de dolo más estricta no se puede hacer responder al partícipe con una *mens rea* que el tipo no considera delictiva siquiera para la forma más grave de ataque al bien jurídico: los actos ejecutivos.

En definitiva, exigir dolo directo a los autores y no a los partícipes carece de sentido. Porque lo cierto es que en nuestros sistemas todas las clases de dolo se castigan del mismo modo, se consideran por lo general equivalentes a la hora de integrar la finalidad típica. Y en aquellos escasos supuestos en que el legislador decide no castigar alguna de las formas de dolo, ello responde a que considera la conducta menos grave y deja su sanción al derecho administrativo. Por ejemplo, la prevaricación suele exigir un dolo directo, dejándose los casos de duda sobre la ilicitud de la resolución a la infracción administrativa, no cabría al respecto actuar con dolo eventual (Tribunal Supremo, Caso 1468/2018, 25/04/2018; Caso 2668/2018, 1/07/2018). No parece lógico eximir al funcionario que solo tiene por posible la ilicitud de su resolución y castigar en cambio al cómplice que actúa con la misma *mens rea*. Si es menos grave la conducta del autor de prevaricación con dolo eventual, todavía menos lo será la del partícipe con dolo eventual. Por ello, en el caso que nos ocupa, no castigar una conducta ejecutiva de genocidio cometida con dolo distinto al directo de primer grado, cuando sí se castiga con dicha *mens rea* la menos grave de mera participación, carece de toda explicación en relación con la protección el bien jurídico y con la gravedad de las conductas calificadas de genocidio. Provoca una laguna de impunidad inexplicable.

En realidad, cuando admitimos que un partícipe puede actuar con cualquier clase de dolo, deberíamos concluir que, en contra de las apariencias, el tipo permite la ejecución (también por tanto en el autor) con cualquier clase de dolo, y que solo una malinterpretación gramatical ha llevado a exigir un dolo directo de primer grado. Lo contrario supone una quiebra del principio de accesoriedad y una inversión de la valoración que merecen las conductas de uno y otro.

Pero además estos criterios que distinguen la *mens rea* necesaria en función del tipo de intervención conducen, como ya vimos al analizar la jurisprudencia en el mismo sentido, a pervertir la calificación de la

intervención delictiva⁴⁶. Y ello porque nos encontramos con que, para uno de los crímenes más significativos del DPI, la tendencia de los tribunales a expandir la figura de la autoría para dar con ello un mensaje de máxima responsabilidad⁴⁷ choca con la necesidad, por otro lado, de rebajar la calificación del sujeto a partícipe, para no absolver del delito de genocidio a quienes solo actúan con conciencia de estar contribuyendo al exterminio, pero sin intención directa.

Lo vimos en el caso *Krstić* y lo vemos en el ejemplo propuesto por Ambos al que nos referíamos al inicio de este capítulo⁴⁸. Ambos quiere ilustrar con este ejemplo la colaboración que pueden prestar algunas empresas al plan genocida del gobierno, y negando la intención de destrucción entendida como propósito de los responsables de la empresa que explotan a los miembros del grupo, pero afirmando su aceptación de que su colaboración puede llevar a este resultado secundario, les califica de cómplices. Pero lo cierto es que la conducta de quien causa la muerte de miembros de grupo directamente o mediante la imposición de condiciones de vida que hayan de acarrear su muerte, no es una conducta de mera participación. Se trata sin duda de actos ejecutivos que nos llevan a la calificación de autor⁴⁹. No parece correcto, por tanto, que una aportación ejecutiva se convierta en una calificación como mero cómplice por la clase de dolo con la que se realiza.

Esta tendencia nos lleva a un denostado concepto subjetivo de autor, que no se compadece con las definiciones legales (en especial del ER) y que ha sido absolutamente abandonado en la doctrina continental.

Baste recordar que el concepto subjetivo de autor se abandonó hace muchos años en la dogmática continental de origen germánico a raíz del conocido como “caso de la bañera” (Cerezo, 2006, p. 1079):

Una mujer soltera da a luz a un hijo y quiere acabar con su vida para “ocultar su deshonra”, pero es su hermana la que lo ahoga en la bañera.

⁴⁶ Señala Cryer et al. (2007, p 22) que es probable que los fiscales que no estén seguros de poder probar la intención especial acusen por otros modos de responsabilidad menores en lugar por autoría en genocidio.

⁴⁷ Sobre esta tendencia véase Gil (2013b), pp. 511 ss.

⁴⁸ Véase la nota 8.

⁴⁹ No hay dudas en que es autor quien comete el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable (art. 25.a) ER).

El TS alemán, en aplicación de un concepto subjetivo de autor, castigo a la madre como autora, a pesar de no haber ejecutado el hecho, y a la hermana como cómplice, ya que a pesar de ejecutar el hecho actuaba con *animus socii*. Obviamente la decisión es muy insatisfactoria porque parte de un concepto que no concede relevancia a la realización de la acción típica, que es precisamente lo mismo que sucede para el genocidio en los ejemplos que hemos visto.

Un concepto subjetivo de autor como es el que califica la forma de intervención en función de la clase de dolo con la que se actúa, no refleja la importancia de la contribución al hecho. El problema se revelará como especialmente grave cuando se traslade a la jurisprudencia de la CPI, pues en ella la autoría se ha ampliado notablemente dejando escaso espacio a la participación, ya que se califica como autor —que requerirá por tanto propósito directo— toda contribución esencial al crimen, aunque no sea ejecutiva, a través de la doctrina del dominio funcional. La Corte no se ha reservado, por ejemplo, un espacio para la cooperación necesaria, que siendo una intervención accesoria (partícipe) merecería la misma pena que el autor. Por tanto, de seguir esta argumentación que venimos comentando, la calificación que se deberá dar a toda intervención —incluso ejecutiva— en un plan genocida por parte de un sujeto que conozca el plan, pero no comparta dicho propósito se limitará a las formas consideradas menos relevantes de complicidad. Con ello se puede llegar a dar el mensaje de que personas de alto nivel y con contribuciones materiales muy importantes en realidad no contribuyeron de manera esencial al delito.

Ante este panorama la pregunta surge inmediatamente: si para castigar por genocidio nos tenemos que inventar formas de participación inexistentes, o tenemos que castigar como partícipes a quienes realmente son autores, ¿no será hora de cuestionarnos el empeño infundado en mantener la intención directa de exterminio?

3.3. La indagación desde la función del elemento subjetivo en la estructura típica

En último lugar estamos los autores que defendemos que la intención de destrucción puede equivaler a cualquier clase de dolo, incluido el eventual, pero llegamos a ella desde una interpretación de

la estructura del tipo del genocidio y del papel que en ella tiene el elemento subjetivo trascendente. Así, con una argumentación muy similar a la mía, defendió Triffterer la suficiencia tanto del dolo eventual como de la intención de destrucción eventual. Argumentaba este autor que las jurisprudencias nacionales admitían con frecuencia el dolo eventual en otros delitos con elementos subjetivos de lo injusto especiales. Defendía, además, con razón, que esta interpretación no desborda el tenor literal, puesto que el término intención es utilizado con frecuencia para englobar toda clase de dolo. Sin ir más lejos, el art. 30 del ER comprende en la intención, en relación con una consecuencia, el ser consciente de que la misma se producirá en el curso normal de los acontecimientos, sin adjudicar por tano a tal expresión el significado de propósito o dolo directo de primer grado. Desde una perspectiva político criminal resulta también evidente la necesidad y el merecimiento de castigar como genocidio aquellas conductas en las que la destrucción del grupo, si bien no es directamente perseguida, sí es aceptada como una consecuencia posible de la propia conducta (Triffterer, 2001, pp. 403 y ss.).

Esta posición nos permite ir todavía más allá que la de Krefß⁵⁰, pues en realidad no es necesario que exista un plan dirigido (por alguno de los intervinientes) al fin de destrucción, y respecto del que bastaría para responder como coautor con adherirse con conocimiento del plan y voluntad eventual respecto del éxito del mismo. Por el contrario, incluiríamos también los supuestos en que nadie dirige directamente el plan hacia la destrucción, pero se pone en marcha un plan que es idóneo para ello y basta con adherirse a él sabiendo que se contribuye al mismo y queriendo al menos con voluntad equivalente al dolo eventual el resultado de destrucción.

En contra de la extensión del genocidio a supuestos equivalentes al dolo eventual alega Ambos (2014, p. 31) dos argumentos: el primero que la estructura de tentativa del delito de genocidio no supone necesariamente que deban tener los mismos elementos subjetivos que esta. Es más, añade, eso no sucede porque la tentativa no posee un elemento subjetivo trascendente como el genocidio. El argumento es completamente erróneo. En primer lugar, toda tentativa posee

⁵⁰ Krefß exige una intención colectiva de destrucción en el plan (2015, 578).

un elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo y referido a la producción del resultado, exactamente como el genocidio, como he demostrado en los ejemplos al inicio de este artículo⁵¹. Por tanto, si se admite la tentativa con dolo eventual respecto del resultado más allá de su (por definición recortado) tipo objetivo, no aplicar la misma regla al genocidio es lo que exige una argumentación, que nadie hasta ahora ha dado⁵².

El segundo argumento es que con esta interpretación se rompería el paralelismo que tanto él como Kreß defienden con los crímenes contra la humanidad. Pero lo cierto es que ese paralelismo existe únicamente en relación a que en ambos casos el crimen no se comete de manera aislada, sino como parte de una acción más amplia o colectiva, en un “contexto”. Ahí acaba el paralelismo. A partir de ahí el elemento contextual de los crímenes contra la humanidad es un ataque generalizado o sistemático, nada más, mientras que el del genocidio es un plan sistemático que además incluye la referencia a la producción de un determinado resultado. Es este elemento que no está en los crímenes contra la humanidad el que diferencia uno de otro contexto y hace la estructura de ambos crímenes no sea idéntica.

Tampoco es cierto que la expansión del elemento subjetivo que aquí se defiende pueda constituir “una pendiente resbaladiza que destruya el foco particular de la prohibición contra el genocidio mediante la conversión de casi todos los actos de destrucción a gran escala en una forma de genocidio”⁵³. Una destrucción a gran escala se diferen-

⁵¹ Sobre el tipo subjetivo de la tentativa como mucho mayor detalle Gil (2000, p. 116 y ss.).

⁵² Ya Gehrig (1986, p. 4428), para argumentar la exclusión del dolo eventual en los delitos de resultado cortado en los que el elemento subjetivo se refiere al bien jurídico protegido, aduce que a pesar del paralelismo de estos delitos con la tentativa, ello no obliga a una transposición de todas las consecuencias aplicables a esta, pues, en su opinión, los conceptos finalistas utilizados para la descripción de la situación similar a la tentativa presuponen ya de forma conceptualmente necesaria el actuar dirigido a una meta en relación a la causación del resultado, de manera que el dolo eventual no es nunca suficiente. Es decir, este autor, a pesar de ver clara la estructura rechazaba el dolo eventual pero solo sabía dar para ello un argumento meramente gramatical que tanto Ambos como Kreß acertadamente rechazan.

⁵³ Este argumento de los defensores de un propósito directo de destrucción es citado por Greenawalt (1999, p. 2287).

ciará siempre del genocidio, también en los casos en que los autores solo hayan previsto y contado con que su conducta puede conducir a la destrucción del grupo y acepten que, tal y como la llevan a cabo, ya no podrán evitar tal resultado. En cambio, quien solo prevea y quiera una matanza colectiva, no previendo que con ello destruirá un grupo o, pese a preverlo, confiando en que su forma de cometer la matanza y su dominio del curso causal en esa conducta le permitirá evitar el resultado de exterminio, no cometerá un genocidio. La crítica es, por tanto, tan falsa como afirmar que admitir la tentativa de homicidio con dolo eventual llevaría a castigar como tentativa de homicidio cualquier lesión grave.

4. CONCLUSIONES

Como ya han señalado voces muy autorizadas (Triffterer, 2001, pp. 403 y ss., Kreß, 2005, p. 567 y ss., Ambos, 2005, p. 844), el término “intención” gramaticalmente no obliga a una interpretación como propósito o fin directo, tampoco las legislaciones nacionales obligan a tal interpretación, ni la misma se puede deducir ni del Derecho internacional consuetudinario, ni de la historia de la codificación del genocidio.

La realidad ha demostrado, además, que ese empeño infundado en exigir un propósito directo de destrucción no puede mantenerse sin dar lugar a incomprensibles lagunas de punibilidad.

Pero las opciones manejadas hasta ahora son igual de insatisfactorias. Si se opta por rebajar la exigencia subjetiva solo para los partícipes, se acaban pervirtiendo las categorías de intervención delictiva, degradando a mero cómplice a quien debiera responder como autor por su contribución al hecho, o bien se tiene que declarar incomprensiblemente absuelto de genocidio a quien realiza una contribución más importante, mientras que se castiga a otro que ha contribuido solo como cómplice, habiendo actuados ambos con la misma *mens rea*. Todo ello porque se malinterpreta la afirmación de que el cómplice y el autor pueden actuar con diferente *mens rea*. Ello es así, obviamente, siempre que el tipo penal lo permita, pero si se ha decidido no castigar una contribución de mayor peso si se comete con un dolo inferior, no

tiene ningún sentido castigar con dicho dolo una contribución menos relevante.

En mi opinión debe admitirse que basta un elemento volitivo “débil” para integrar la intención de destruir al grupo en relación con todos intervinientes (ya sean estos considerados autores o partícipes) y ocupen el lugar que ocupen en la jerarquía de la organización que lleve a cabo el delito.

De estos problemas se libran las posiciones que, como la de Krefß, admiten actuar con una intención equivalente a la de dolo eventual para cualquier interviniente, también para los autores. Sin embargo, al exigir que se actúe en el marco de un plan dirigido con propósito directo a la destrucción, la postura de profesor alemán presenta aun ciertos inconvenientes: el primero, no ha fundamentado esa exigencia para el plan y no es coherente con su afirmación de que esa interpretación no se deriva de la literalidad del precepto. En segundo lugar, excluye algunos supuestos que en mi opinión deben ser considerados genocidio, tal y como ilustran los ejemplos que planteo al comienzo de este artículo.

Y es que si se afirma, con razón, que el tipo del genocidio no exige literalmente actuar con un propósito directo de destrucción, se entienda este (erróneamente) como un deseo o (mejor) como una dirección del curso casual precisamente hacia la producción del resultado, no se derivaría tampoco de su dicción literal, como por el contrario reclaman Ambos y Krefß, la existencia de un plan dirigido con dolo directo a la destrucción del grupo, a modo de elemento contextual en el que se comete la conducta genocida individual.

Ese elemento contextual, o, más bien, esa acción colectiva de la que forma parte la conducta individual típica (de ahí su complejo tipo subjetivo) no se calificaría como genocida porque otro (alguno, o un ente colectivo) la dirija al exterminio del grupo, sino porque objetivamente posee la idoneidad para producir tal resultado, que todos los intervinientes pueden querer con cualquier grado de voluntad.

Así, tal y como señaló la TC del TPIY en el caso *Krstić*, la intención de destruir el grupo debe ser identificable en el acto criminal en sí mismo, con independencia de la intención particular de cada uno de los intervinientes (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 549).

Pero lo cierto es que son los sujetos, no los actos en sí mismos, los que actúan con intenciones⁵⁴. O explicado de mejor modo, la conducta tiene una parte objetiva y otra subjetiva, y de la parte objetiva, que es a lo que se refiere el tribunal cuando habla del “acto en sí mismo”, solo es identificable, en su caso, una idoneidad para producir el resultado, mientras que la parte subjetiva, que deberá ser inferida de los datos objetivos, es precisamente aquello por lo que ahora nos preguntamos.

Por tanto, aun reconociendo que el genocidio es una actividad colectiva, de su aspecto objetivo solo podemos exigir una cierta idoneidad para producir el resultado. En cambio, en cuanto al elemento subjetivo con el que cada uno contribuya a la realización de esa acción conjunta idónea, no se debe exigir nada más que la aceptación, el contar con que se está contribuyendo a esa conducta colectiva idónea.

Además, los casos analizados nos muestran que merece la misma calificación de plan genocida aquel que es específicamente dirigido a la destrucción y el que no lo es pero presenta una idoneidad de producirla (el resultado de destrucción se producirá en el curso normal de los acontecimientos), bastando con que los intervinientes cuenten con esta posibilidad que han previsto, es decir, que sepan que una vez puesto en marcha el plan, su manejo del curso causal, tal como se ha diseñado aquel, no les permitirá ya evitar la destrucción que se prevé como probable⁵⁵.

Sin duda no parece merecer la absolución como coautor de un delito de genocidio quien conscientemente contribuye a la realización de un plan contando con la probabilidad de que destruya un grupo,

⁵⁴ No existe, por tanto, como pretende Kim (2016, 172 y ss.) una intención genocida colectiva, pues no existe un ente colectivo independiente de las personas físicas que actúe con intelecto propio, capaz de conocer y querer. Cuando hablamos del plan dirigido a la destrucción no estamos hablando, por tanto, de otra cosa que de la unión de la voluntad de diferentes coautores que dirigen las distintas contribuciones hacia ese fin. O, dicho de otra manera, la intención genocida colectiva no es otra cosa que la suma de las intenciones particulares a través del acuerdo de voluntades. Y lo único que podemos añadir a esto que lo objetivice y sea predicable del plan mismo es su idoneidad objetiva para producir el resultado.

⁵⁵ Sobre la compatibilidad de la expresión “se producirá en el curso normal de los acontecimientos” con el dolo eventual véase supra.

con el argumento de que todos los implicados actúan con esa misma *mens rea* y por lo tanto el plan no está dirigido (con intención directa) a la destrucción, y castigar, en cambio, como coautores de genocidio a quienes actúan de esa misma manera si hay algún responsable del plan que precisamente (y quizás con las mismas o menores probabilidades de éxito) ha diseñado con esa finalidad directa el plan.

Así, volviendo a un ejemplo de los expuestos al comienzo del artículo: A es el ministro del interior responsable de impedir mediante el uso de la fuerza armada, la salida del grupo (una determinada minoría étnica) de la zona restringida en la que el gobierno, controlado por un grupo étnico dominante, le mantiene en determinadas condiciones de vida caracterizadas por la insalubridad, falta de alimentos y de atención sanitaria, etc.

A conoce que las circunstancias en las que se obliga a vivir a los miembros del grupo están causando la muerte de miembros del grupo y que es probable que lleven a su destrucción. Sin embargo, A no actúa con ese propósito, sino únicamente con el de mantener un régimen de apartheid que les permita perpetuar la superioridad y el control sobre la etnia sometida. Si exigimos que el plan esté dirigido (por alguien) a la destrucción del grupo, la responsabilidad de A como coautor solo se dará si el objetivo directo del gobierno al crear estas condiciones de vida es exterminar a la minoría étnica y A lo sabe. En cambio, con la misma conducta, A quedará absuelto de genocidio si el fin del gobierno no es el exterminio, sino mantener un régimen de apartheid que les permita perpetuar la superioridad y el control sobre la etnia sometida. En mi opinión, ambos casos deben tratarse igual. Si el plan es idóneo para producir la destrucción y el gobierno ha previsto como no absolutamente improbable la misma y cuanta con esa probabilidad (grado de voluntad equivalente a un dolo eventual en relación con la destrucción del grupo), ya podemos afirmar la existencia de un plan objetiva y subjetivamente genocida.

Por todo lo dicho, resulta ineludible rechazar aquella errónea interpretación gramatical y se impone una interpretación dogmática y teleológica del precepto.

Lo que aquí se propone es interpretar el término “con la intención de destruir el grupo” no en un sentido semántico, sino dogmático⁵⁶. Y dogmáticamente ya hemos visto que la estructura de resultado cortado del crimen, es decir, de consumación anticipada de lo que materialmente es una tentativa, permite la comprensión de la intención trascendente dirigida al resultado valorativo (destrucción del grupo) como equivalente a cualquier clase de dolo, incluido el eventual. Y, por otra parte, este adelantamiento de la protección indica que la voluntad del legislador es aumentar la protección del bien jurídico, no recortarla con exigencias ulteriores.

La solución que se propone no pretende prescindir del elemento volitivo del dolo⁵⁷ conformándose con un conocimiento, sino que exige un elemento volitivo débil: basta el contar con la posibilidad del genocidio, en el grado de probabilidad que se decida normativamente, como por ejemplo el contar con que tal y como se idea el plan la destrucción se producirá en el curso normal de los acontecimientos, expresión que, como ya he señalado, no implica en mi opinión una certeza⁵⁸ o práctica certeza, sino que habrá de interpretarse que excluye solo cursos casuales improbables.

⁵⁶ Así lo advertí ya en 1999, se adhiere a esta visión Vest.

⁵⁷ El elemento volitivo del dolo no tiene nada que ver con lo emocional como erróneamente cree Vest (2007, 796), sino con la dirección del curso causal. Cuando el curso causal se dirige hacia el resultado estamos ante el fin que caracteriza el dolo directo de primer grado. Cuando el sujeto no dirige el curso causal hacia el resultado, pero prevé que este se puede producir como una consecuencia accesorio que él ya no podrá evitar mediante, precisamente, su dominio de ese curso causal, entonces estamos ante el elemento volitivo “contar con” que caracteriza al dolo eventual. En cambio quien cree que a pesar de ser posible que el resultado se derive de su acción, todavía considera que su dominio del curso causal le permitirá evitarlo (confía en que no se producirá) actúa sin dolo (Gil et al. 2015, 244). Tampoco es cierto que un elemento volitivo así entendido sea más difícil de probar que uno intelectual, ni siquiera si se pretende sustituir el elemento intelectual por fórmulas que lo objetivizan y que por lo general carecen de precisión y nunca son realmente probadas, sino meramente afirmadas en el juicio, además de presentar muchos otros problemas (Gil, 2005, pp. 110 ss.) y de no ser compatibles con la definición de la *mens rea* del art. 30 ER (Gil, 2014, 17).

⁵⁸ Esa interpretación proviene de un innecesario apego a la dicción literal del art. 30 ER que ni resulta imprescindible ni es sistemáticamente conveniente.

Debemos concluir que el contar con, aceptar, la probabilidad del resultado, implica haber intervenido en el curso causal que llevará a la destrucción del grupo sabiendo que tal y como se hizo la contribución, esta no se podrá dirigir a la evitación de tal resultado⁵⁹. Se trata, por tanto, es una forma de voluntad, más débil que el fin directo, pero suficiente para integrar la intención o finalidad característica del dolo, y por tanto también la intención genocida.

Recapitulando entonces, en las modalidades con estructura de delito mutilado de varios actos (o tentativa inacabada) los actos ejecutivos están definidos por la ley: son cada una de las muertes individuales —u otros resultados— que han de cometerse hasta conseguir el exterminio del grupo. Para el autor de la muerte de un miembro del grupo, lo que materialmente es solo un acto ejecutivo del genocidio (pero formalmente supone su consumación) bastaría con la comisión del hecho incluso con dolo eventual y con cualquier tipo de intención (incluido el mero contar con) respecto de la consecución del fin de destrucción del grupo, pero sabiendo que sus coautores van a seguir realizando el resto de actos ejecutivos. O si preferimos decirlo así, con el conocimiento de que su acción se incardina en un plan que comprende el resto de los actos ejecutivos y que tendrá como resultado no absolutamente improbable, con el que al menos se cuenta, la destrucción del grupo.

Por su parte, en la modalidad de “sometimiento a condiciones de vida (...)” el autor debe actuar con conciencia y voluntad directa (voluntad de actuar) de someter (él junto con sus coautores) a las condiciones que son abstractamente capaces de producir el resultado de exterminio, lo que incluye la conciencia de tal peligrosidad *ex ante*. Bastará también la intención eventual (el contar con, en el sentido explicado más arriba) respecto del resultado de destrucción del grupo.

⁵⁹ Sobre el dolo eventual con mayor detalle Gil et al. (2015, 244-245).

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2007). Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), pp. 159-183.
- Ambos, K. (2009). What does “intent to destroy” in genocide mean? *International Review of the Red Cross*, 91(876), pp. 833-858.
- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law* (vol. II). Oxford: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2016). Karadžić’s Genocidal Intent as the “Only Reasonable Inference”?, *EJIL: Talk!* Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/Karadzic-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/>
- Badar, M. E. (2006). “Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From *Tadić* to Stakić and Back Again. *International Criminal Law Review*, 6(2).
- Badar, M. E. (2013). *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Bassiouni, M. C., y Manikas, P. (1996). *The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. New York: Transnational Publishers.
- Boas, J.L. Bischoff, N.L. Reid, B.D. (2007). *International Criminal Law Practitioner Library. vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cassese, A. (2004). La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales. En Cassese, A. y Delmas-Marty, M. (Eds.) *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press
- Cerezo, J. (2006). *Obras Completas, V.I, Derecho penal Parte general*. Lima: ARA Editores.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., y Wilmshurst, E. (2007). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Feijóo, B. J. (1997). *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*.
- Fletcher, M. L. (1997). Listen. *Michigan Journal of Race and Law*, 3, pp. 523 y ss.
- Gehrig, K. (1986). *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Ghebrai, R. y Tesfaye, B. (2012). *Genocide: The complexity of genocidal intent*. Örebro: Örebro Universitet.

- Gil, A. (1999). *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Centro Francisco Tomás y Valiente. Alzira-Valencia: UNED.
- Gil, A. (2000). El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2a Época) 6, pp. 103-138
- Gil, A. (2005). Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, pp. 110 y ss.
- Gil, A. (2013a). Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata, *Cuadernos de Política Criminal*, 109, pp. 109-146.
- Gil, A. (2013b). Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución. En Gil Gil y Maculan (coords.) *Intervención Delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, pp. 511-587.
- Gil, A. (2014). Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute, *International Criminal Law Review*, 14(1), pp. 82-114.
- Gil, A. y Maculan, E. (dir). (2019). *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson.
- Greenawalt, A. K. (1999). Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation, *Columbia Law Review*, 99.
- Gutiérrez, M. (2008). La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, en Muñoz Conde (coord.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, pp. 1089-1110.
- Haan, V. (2005). The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *International Criminal Law Review*, 5, p. 200.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humblot, pp. 303-304.
- Kim, S. (2016). *A collective Theory of Genocidal Intent*. Berlín: Springer.
- Kreß C. (2005). The Darfur Report and genocidal intent. *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 562-578.
- Kreß C. (2009). The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber’s Decision in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice*, 7, pp. 297-306.
- Melendo, M. (2008). *Imputación objetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: desafíos para la dogmática penal continental*. Atelier.

- Mettraux, G. (2005). *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Miaja de la Muela, A. (1951). El genocidio, delito internacional. *REDI*, 4, p. 363.
- Nersessian, D. L. (2002). The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals. *Texas International Law Journal*, 37.
- Ohlin, O. (2007). Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. *Journal of International Criminal Justice*, 5.
- Piragoff, D. y Robinson, D. (2008) Article 30, en O. Triffterer (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Munich: Beck.
- Robinson, D. (2008). The Identity Crisis of International Criminal Law. *Leiden Journal of International Law*, 21. op.o. 925-963. Disponible en: <http://www.dea.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid844299.pdf>
- Schabas, W.A. (2005). Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide. *Leiden Journal of International Law*, 18(4), pp. 871-885.
- Schabas, W.A. (2009). *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sterio, M. (2017). The *Karadžić* genocide conviction: inferences, intent, and the necessity to redefine genocide. *Emory International Law Review*, 31.
- Struensee, E. (1989). Tentativa y dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, 38, pp. 405 y ss.
- Triffterer, O. (2001). Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such. *Leiden Journal of International Law*, 14, pp. 399-408-
- Triffterer O. y Ambos K. (Eds.) (2016). *The Rome Statute of the international criminal court. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Van der Vyver, J. D. (1999). Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide. *Fordham International Law Journal*, 23(2), p. 28.
- Van der Wilt, H. G. (2006). Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case. *Journal of International Criminal Justice*, 4(2), pp. 239-257.
- Van Sliedregt, E. (2007). Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide. *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), pp. 184-207.
- Vest, H. (2007). A structure-based concept of genocidal intent. *Journal of international criminal justice*, 5:4, pp. 781-797.
- Werle, G. y Jessberger F. (2005) 'Unless Otherwise Provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, 3(1), pp. 35-55.

Werle, G. (2007) *Völkerstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Jurisprudencia nacional

Alemania

Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG – Higher Regional Court). (26 de septiembre de 1997). Sentencia IV-26/96.

Bundesgerichtshof (BGH – Federal Court of Justice). (30 de abril de 1999). Sentencia 3 StR 215/98.

España

Tribunal Supremo, Penal, sección 1. (10 de julio de 2018). Sentencia 2668/2018.

Tribunal Supremo, Penal, sección 1. (25 de abril de 2018). Sentencia 1468/2018.

Holanda

District Court of The Hague. (23 de diciembre de 2005). Prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat, Sentencia 09/751003-04).

Court of Appeal of The Hague. (9 de mayo de 2007). Prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat. Sentencia 2200050906-2.

Israel

District Court of Jerusalem. (11 de diciembre de 1961). Attorney General v. Adolf Eichmann, Case No. 40/61.

Jurisprudencia Internacional

Corte Penal Internacional

CPI. (4 de marzo de 2009). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. No. ICC-02/05-01/09.

CPI. (7 de marzo de 2014). Caso *Germain Katanga*. No. ICC-01/04-02/12-172-tENG.

CPI. (23 de enero de 2012). Caso *Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Mui-gai Kenyatta*. No. ICC-01/09-02/11-382-Red.

CPI. (29 de enero de 2007). Caso *Thomas Lubanga Dyilo*. No. ICC-01/04-01/06-803-Ten.

CPI. (15 de junio de 2009). Caso *Jean-Pierre Bemba Gombo*. No. ICC-01/05-01/08-424.

Salas Especiales en las Cortes de Camboya

SECC. (23 de noviembre de 2016). Caso *Nuon Chea y Khieu Samphân*. Dossier No 002/19-09-2007-ECCC/SC.

SECC. (20 de mayo de 2010). Caso *Ieng Thirith, Ieng Sary, Khieu Samphân*. Dossier No 002/19-09-2007-ECCC (OCIJ (PTC38)).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. (12 de julio de 2007). *Jorgić* c. Alemania. Caso 74613/01.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

TPIR. (20 de octubre de 2010). Caso *Callixte Kalimanzira*. No. ICTR-05-88-A.

TPIR. (29 de septiembre de 2014). Caso *Karempera and Ngirumpatse*. No. ICTR-98-44-A.

TPIR. (27 de enero de 2000). Caso *Alfred Musema*. No. ICTR-96-13-T.

TPIR. (13 de diciembre de 2004). Caso *Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana*. No. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A.

TPIR. (6 de diciembre de 1999). Caso *Georges Rutaganda*. No. ICTR-96-3-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY. (9 de mayo de 2007). Caso *Vidoje Blagojević & Dragan Jokić*. No. IT-02-60-A.

TPIY. (29 de julio de 2004). Caso *Tihomir Blaškić*. No. IT-95-14-A.

TPIY. (11 de diciembre de 2002). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36-AR73.9.

TPIY. (11 de julio de 2013). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-9S-SI18-AR98bis.1

TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.

TPIY. (19 de marzo de 2004). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36-A.

TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-T.

TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.

TPIY. (17 de septiembre de 2003). Caso *Milorad Krnojelac*. No. IT-97-25-A.

TPIY. (2 de agosto de 2001). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.

TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. No. IT-09-92-T.

TPIY. (21 de mayo de 2003). Caso *Milutinović, Šainović, and Ojdanić*. No. IT-99-37-AR72.

TPIY. (10 de junio de 2010). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-T.

TPIY. (30 de junio de 2016). Caso *Stanišić & Župljanin*. No. IT-08-91-A.

TPIY. (31 de julio de 2003). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-T.

TPIY. (15 de julio de 1999). Caso *Duško Tadić*. No. IT-94-1-A.

TPIY. (25 de febrero de 2004). Caso *Vasiljević*. No. IT-98-32-A.

Capítulo 14

La definición del grupo protegido en el delito de genocidio

Cristina Fernández-Pacheco*

INTRODUCCIÓN

La protección de los grupos constituye la razón de ser del delito de genocidio. Ya en 1945, Rafael Lemkin, jurista polaco a quien se atribuye el término, apuntaba en una de sus publicaciones: “El genocidio está dirigido contra un grupo nacional como entidad y el ataque sobre los individuos tiene carácter secundario respecto a la aniquilación del grupo nacional al que pertenecen” (Lemkin, 1945, p. 39).

Es decir, desde sus inicios se evidenció la importancia del grupo, que constituye el núcleo del delito de genocidio y permite distinguirlo de otras figuras limítrofes. Así lo constató, en 2001, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY, en adelante):

La Convención busca proteger el derecho a la vida de los grupos humanos como tales. Esta característica convierte al genocidio en un delito excepcionalmente grave y lo distingue de otros delitos graves, en particular de la persecución, donde el autor selecciona a sus víctimas por su pertenencia a una determinada comunidad, pero no necesariamente busca destruir la comunidad como tal (TPIY, Caso *Krstić*, 2001, párr. 553).

* Las secciones de este artículo que no están específicamente dedicadas al TPIY y al conflicto en los Balcanes, constituyen una versión actualizada del siguiente trabajo: Fernández-Pacheco, C. (2011). *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia.

Esta centralidad del grupo quedó claramente reflejada en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (Convención contra el Genocidio, en adelante). Su definición ha permanecido inalterada a lo largo de los años, siendo adoptada en los Estatutos de los Tribunales ad hoc, así como en el de la Corte Penal Internacional, y se considera *ius cogens*, que genera obligaciones *erga omnes* (entre otras, CIJ Advisory Opinion, 1951, p. 23; CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia Montenegro*, 27/02/2007, párr. 161; TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 60).

Aunque la redacción del delito data de 1948, hasta la puesta en marcha de los tribunales *ad hoc* realmente no se había comenzado a aplicar, siendo entonces —¡50 años después!— cuando verdaderamente comenzaron a desarrollarse aspectos concretos¹. Por tanto, fueron los Tribunales para Ruanda y la antigua Yugoslavia los encargados de dotar de contenido a los elementos del delito y, en particular, definir los contornos del grupo. En el contexto de los Balcanes, los problemas suscitados en torno al genocidio se centraron, principalmente, en la interpretación y prueba de la intención de destruir; no obstante, el TPIY también ha sido responsable de grandes avances en la interpretación del concepto de grupo. Las condenas dictadas por este delito atañen al grupo bosnio musulmán (en concreto, a la parte del grupo de la región de Srebrenica), si bien se examinó igualmente el estatus de grupo protegido de los bosnios croatas, aunque de ello no se hayan derivado condenas, al entender que no existía intención de destruir al grupo como tal.

Del estudio de la jurisprudencia del TPIY se extraen varios criterios que caracterizan al grupo: el criterio de estabilidad, el criterio subjetivo y los criterios de delimitación del grupo. Además, ha cobrado un especial valor en las sentencias del TPIY el rechazo de la caracterización de los grupos a partir de rasgos de los que carecen (el denominado enfoque negativo).

¹ Uno de los precedentes fue la sentencia en el caso *Eichmann* quien, sin embargo, fue condenado por crímenes contra el pueblo judío recogido por la ley israelí, por lo que poco puede extraerse a propósito de la definición del grupo (*Israel c. Eichmann*, District Court of Jerusalem, 1961, párr. 25).

1. CRITERIOS DE DEFINICIÓN DEL GRUPO

1.1. *Criterio de estabilidad*

El desarrollo de este criterio surgió, en realidad, vinculado al conflicto ruandés, que enfrentó a hutus y tutsis con un saldo final de entre 800.000 y un millón de tutsis muertos. Desde las primeras sentencias, la existencia de un plan destinado a destruir a los tutsis de Ruanda se consideró probada, facilitando enormemente la tarea de demostrar la intención de destruir al grupo. Las iniciales dificultades para la calificación de genocidio de los actos perpetrados contra los tutsis se concretaron, más bien, en la determinación de la naturaleza de los grupos involucrados en el conflicto. En una primera aproximación, se podría considerar que hutus y tutsis son grupos étnicos. Sin embargo, el TPIR definió esta categoría como el conjunto de personas con una lengua y cultura común (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 513). Dado que hutus y tutsis compartían ambos elementos, de acuerdo con la definición adoptada por el propio tribunal, no podían constituir grupos étnicos diferentes en sentido estricto. Con todo, resultaba evidente la plena operatividad de tal distinción en la cultura ruandesa.

A fin de solventar este problema, el tribunal recurrió a la estabilidad de la diferenciación entre hutus y tutsis, partiendo del presupuesto de que la Convención contra el Genocidio tuvo por objeto proteger a los grupos de naturaleza estable (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 702). El empleo de este criterio permitía efectivamente solventar los problemas de interpretación surgidos en el caso ruandés, recurriendo a indicadores como la existencia de carnets de identidad que incluían una referencia al “obwoko” en kinyaruanda o “ethnie” en francés, referida a la condición de hutu o tutsi de su titular. Pero el dato determinante fue que:

[...] la identificación de los individuos como miembros del grupo hutu, tutsi o twa se ha integrado en la cultura ruandesa y, teniendo en cuenta los trabajos previos de la Convención, puede ser calificada como estable y permanente, a los ojos de la sociedad ruandesa y de la comunidad internacional. (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 374).

En consecuencia, el tribunal determinó que el grupo tutsi se caracterizaba por su estabilidad y era generalmente aceptado como un grupo distinto en Ruanda y se le atribuyó el estatus de grupo protegido,

llegando a tomar constancia judicial de ello (TPIR, Caso *Karemera*, 16/06/2006).

En el contexto de la antigua Yugoslavia, por las características de su conflicto, no se ha atribuido a este criterio un papel excesivamente relevante. Únicamente la sentencia *Jelisić* entraba expresamente a valorar esta cuestión, vinculándolo al hecho de que los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio demostraban el deseo de las partes de “limitar el campo de aplicación de la Convención a grupos ‘estables’ definidos objetivamente y a los que los individuos pertenecen independientemente de sus deseos” (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 69).

A la vista del desarrollo jurisprudencial en la materia, se puede afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha confirmado que la estabilidad es uno de los atributos propios de un grupo, a la que se atribuyen los siguientes rasgos: permanencia (TPIR, Caso *Rutaganda*, 6/12/1999, párr. 57); adscripción de miembros por nacimiento (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998); ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999); condición de miembro no modificable (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998); gran dificultad en el abandono del grupo (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998).

Inicialmente, las primeras sentencias que hacían referencia a este principio parecían defender que cualquier grupo estable quedaría protegido, independientemente de su naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa, de acuerdo a la voluntad de los redactores de la Convención (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 701; TPIR, Caso *Rutaganda*, 6/12/1999, párr. 57; TPIR, Caso *Musema*, 27/01/2000, párr. 162). Dada la redacción del precepto, una interpretación en este sentido constituiría una clara infracción del principio de legalidad (Werle y Jessberger, 2014) y claramente iría más allá de la voluntad de los redactores del texto (Krefß, 2006). Así lo ha reconocido la jurisprudencia mayoritaria².

² Destaca en este sentido el Informe sobre la situación en Darfur, que determinó al respecto que el propósito de la Convención fue “proteger de la aniquilación deliberada a grupos estables y permanentes que puedan ser diferenciados en función de uno de los criterios previstos por la Convención y la correspondiente costumbre internacional” (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 501).

1.2. *Criterio subjetivo*

El segundo de los criterios auxiliares empleados por la jurisprudencia para la definición del grupo es el llamado criterio subjetivo. Su esencia fue magistralmente expuesta por Sartre en su obra *Reflexiones sobre la cuestión judía*:

El judío es un hombre a quien otros hombres tienen por judío: esta es la pura y sencilla verdad de la que hay que partir. En este aspecto, el demócrata lleva razón frente al antisemita: es el antisemita el que *crea* al judío (Sartre, 1954, p. 77).

Suele apuntarse como primera referencia a este tipo de consideraciones subjetivas en la selección de la víctima a una resolución en el marco del procedimiento contra *Nikolić* que, no obstante, se refería al delito de persecución (TPIY, Caso *Nikolić*, 20/10/1995, párr. 27). En lo que respecta al genocidio, el criterio subjetivo fue descrito por primera vez en la sentencia del TPIR *Akayesu* en 1998 y su función era solventar los problemas ya descritos en la calificación de hutus y tutsis como grupo protegido.

En este sentido, la jurisprudencia llegó a la conclusión de que hutus, tutsis y twas no podían considerarse objetivamente como grupos étnicos, por compartir lengua y cultura; no obstante, venían siendo diferenciados como tales y, en este sentido, habían desarrollado fuertes sentimientos de pertenencia a etnias diferentes, lo que, a su vez, trajo consigo una percepción social de grupos distintos. En el marco de estas adscripciones más o menos artificiales y al odio cultivado durante generaciones tuvieron lugar las matanzas de 1994 (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 172). Como apuntaba Allison Desforges, que actuó como testigo-perito en el proceso contra *Jean Paul Akayesu*, “los grupos étnicos están en la mente de los partícipes en aquel tiempo” (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 172).

En esta misma línea, determinaba el TPIR que:

[l]os testigos que declararon ante el tribunal se identificaron a sí mismos por su grupo étnico, y, generalmente, sabían el grupo étnico de sus amigos y vecinos. Además, los tutsis eran concebidos como grupo étnico por quienes los declararon objetivos de las matanzas” (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 172).

Con ello, se abría la puerta a consideraciones de tipo subjetivo para definir al grupo víctima del delito de genocidio. Posteriormente, el TPIY, en la que fue su primera sentencia sobre genocidio determinó, aunque considerando a los grupos religiosos como una excepción, que “tratar de definir estos grupos usando criterios objetivos y científicamente irreprochables sería un ejercicio peligroso cuyo resultado no necesariamente correspondería a la percepción de las personas afectadas por esta categorización” (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 70). Por ello, el Tribunal optó por “evaluar el estatus de un grupo nacional, étnico o racial desde el punto de vista de las personas que quieren diferenciar al grupo del resto de la comunidad” (párr. 70). En estos términos, el criterio subjetivo se identificaba con la estigmatización del grupo por parte de los agresores (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 70). Esta fue la interpretación seguida también en la sentencia *Krstić* en primera instancia (párr. 557).

No hay duda de que la identificación por los sujetos activos del delito juega un papel fundamental en la definición del grupo (Werle y Jessberger, 2014, párr. 797). Para Ambos (2014) resulta cuestionable que el criterio subjetivo contribuya a aportar certeza legal, si bien es una consecuencia ineludible de la singular estructura del delito de genocidio que requiere, más allá del elemento subjetivo propio de cualquier delito, una especial intención de destruir al grupo. Efectivamente, si quien comete los actos delictivos no concibe al grupo como un ente diferenciado del resto de la sociedad, difícilmente podrá albergar la intención de destruirlo como tal.

En 2004, la sentencia de primera instancia contra *Brđanin* volvía a examinar esta cuestión y, siguiendo jurisprudencia del TPIR, identificaba el criterio subjetivo con la percepción de los agresores, pero también, en algunos casos, con la propia percepción de las víctimas como miembros del grupo (TPIR, 1/09/2004). Por tanto, pueden distinguirse dos facetas del criterio subjetivo: la identificación por parte de terceros —entre quienes pueden encontrarse los autores de los ataques— y la auto-identificación, llevada a cabo por los propios miembros del grupo. En este contexto, el criterio subjetivo estaría llamado a colmar las lagunas que dejan los parámetros de naturaleza objetiva —excesivamente rígidos como para captar la realidad de los procesos de identidad— y tendría por efecto otorgar la protección a grupos que en realidad son percibidos como tales.

Ahora bien, la jurisprudencia —desde *Semanza* hasta la actualidad— ha determinado que el criterio subjetivo debe estar necesariamente acompañado de ciertos indicios objetivos (TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004, párr. 683)³. En *Stakić*, la Sala de Apelación incidía en la necesidad de combinar criterios objetivos y subjetivos, no pudiendo depender la definición del grupo exclusivamente en estos últimos (TPIY, Caso *Stakić*, 22/03/2006, párr. 25). Por ejemplo, más allá de la creencia de pertenecer a grupos étnicos diferentes, hutus y tutsis poseían carnets de identidad que incluían una categoría denominada “etnia”. Por lo tanto, independientemente de los sentimientos de pertenencia a grupos étnicos por parte de víctimas y verdugos, existían ciertos datos objetivos que confirmaban esta hipótesis. Es lo que denomina la sentencia *Semanza* la “concepción híbrida de grupo”, resultado de combinar factores subjetivos y objetivos (TPIR, Caso *Semanza*, 15/05/2003), que ha sido respaldada de forma prácticamente unánime por la doctrina (entre otros, Werle y Jessberger, 2014, párr. 797; Mettraux, 2005, p. 223-224).

Además, en *Brđanin*, como hiciera previamente la sentencia del TPIR *Rutaganda*, se estableció que “la correcta determinación del grupo protegido relevante debe ser llevada a cabo tras un estudio individualizado de cada caso (*case-by-case basis*), recurriendo a criterios objetivos y subjetivos” (TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004, párr. 684). Esta ha sido la doctrina adoptada también en sentencias clave como *Blagojević* (TPIY, 17/01/2005, párr. 667) y MRTPI (TPIY, Caso *Tolimir*, 12/12/2012, párr. 735).

Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ, en adelante) corroboró la plena instauración de esta concepción mixta en la jurisprudencia internacional, afirmando expresamente que la “jurisprudencia internacional acepta una combinación de enfoque subjetivo-objetivo” (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 27/02/2007, párr. 191). También la doctrina valora positivamente esta interpretación, entendiendo que representa un avance en una

³ Con todo, en el Informe sobre la situación en Darfur se adujo la imposibilidad de diferenciar de forma nítida criterios objetivos y subjetivos en el proceso de formación de la percepción y auto-percepción de un grupo, especialmente en la medida en que criterios inicialmente subjetivos pueden convertirse en objetivos (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 499 y 500).

aplicación del delito de genocidio acorde con su naturaleza (Werle y Jessberger, 2014, párr. 797). La Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur ha llegado a afirmar que este enfoque subjetivo-objetivo constituye costumbre internacional (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 501).

De nuevo es necesario recordar que los efectos del criterio subjetivo no son ilimitados. Así, la jurisprudencia mayoritaria considera que sólo concierne a las categorías expresamente reconocidas en la regulación del delito; es decir, que la percepción subjetiva sólo opera cuando afecta a posibles grupos étnicos, raciales, nacionales y religiosos, pero no a otros grupos (CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 27/02/2007, párr. 191; TPIR, Caso *Muvunyi*, 12/06/2006, párr. 484; TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004, párr. 683; TPIR, Caso *Gacumbitsi*, 17/06/2004, párr. 254; TPIR, Caso *Kajelijeli*, 1/12/2003, párr. 811; TPIR, Caso *Semanza*, 15/05/2003, párr. 317). Como resultado, no es necesario que los grupos sean objetivamente raciales, étnicos, religiosos o nacionales, pero sí que sean *asimilables* a una de estas categorías. A pesar de la conciencia de grupo o la posible percepción externa de, por ejemplo, un grupo social, la aplicación del criterio subjetivo no permitiría dotar de protección a estos grupos humanos.

2. CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DEL GRUPO

Otro aspecto problemático en la definición del grupo es el establecimiento de sus dimensiones. Por ejemplo, podría decirse que el grupo atacado durante el régimen nacional-socialista alemán fue el judío; pero también se podría afirmar que lo fue sencillamente el grupo judío europeo; otra interpretación permitiría sostener que los judíos europeos de Polonia fueron el grupo protegido en algunos casos, mientras los judíos europeos de Alemania lo fueron en otros. La elección de una u otra opción es relevante, ya que servirá de referencia para la constatación de los restantes elementos del delito, en particular, de la intención de destruir al grupo.

En el contexto de la antigua Yugoslavia, este problema se evidenció en el caso de los bosnios musulmanes del Este de Bosnia, respecto a los que la Fiscalía propuso que pudieran constituir un grupo como tal y no sólo una parte del grupo de los bosnios musulmanes del territorio

de Bosnia-Herzegovina. La jurisprudencia determinó al respecto que los bosnios musulmanes del Este de Bosnia no presentaban un carácter independiente respecto a los bosnios musulmanes, más allá de la precisa localización geográfica, lo cual no era un rasgo suficiente para constituir un grupo autónomo (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001; decisión ratificada en Sala de Apelaciones TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004).

La jurisprudencia ha ofrecido algunas pautas para la determinación de los límites del grupo. En la sentencia de apelación contra *Krstić* se requería que el grupo fuera distinto e independiente (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001; Sala de Apelaciones TPIY, 2004). Estos dos rasgos se ponían de manifiesto de diferentes modos. Así, el grupo debe formar una unidad de cierta entidad, suficientemente distinta y cohesionada, aunque no necesariamente autónoma, claramente diferenciable de otros grupos con los que es asociada (Mettraux, 2006). Esta cohesión parece estar estrechamente vinculada al criterio subjetivo en su vertiente de auto-identificación. El grupo se percibe a sí mismo como tal y actúa en consecuencia. Confirmar la existencia de estos sentimientos es una tarea de gran dificultad puesto que se trata de procesos cambiantes, modificados con frecuencia por factores externos como, por ejemplo, el ataque producido contra el grupo (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001).

Para Mettraux (2006), lo que el tribunal deberá hacer en estos casos es plantearse si el grupo atacado pertenece a una unidad mayor caracterizada por uno de los cuatro atributos admitidos por la Convención (nacional, étnico, racial, religioso) y, de ser así, si la unidad menor es susceptible de ser distinguida del grupo más amplio sólo por localización geográfica o si existen también otros motivos. Dicho de otro modo, sería necesario determinar que el grupo menor es suficientemente distinto e independiente (ya sea por razón de tradición, cultura, mentalidad o distancia geográfica) para que pueda ser considerado como una unidad independiente frente al grupo mayor y, así, poder constituir un grupo conforme a la Convención.

Por lo tanto, existen dos posibilidades de definición del grupo completo. La primera consiste en que el grupo sea independiente y no pertenezca a una unidad más amplia. Pero, aún en caso de que pudiera adscribirse a un ente mayor, todavía sería posible, como segunda posibilidad, corroborar la existencia de cierto grado de cohesión e

independencia respecto a la unidad mayor, pudiendo, en consecuencia, considerarlo grupo independiente y no como una parte de aquel. Retomando los ejemplos anteriores, los judíos europeos no se caracterizaban exclusivamente por su localización geográfica, sino que estaban culturalmente diferenciados y gozaban de cohesión sustancial respecto a los judíos del resto del mundo. Por lo tanto, es posible sostener que formaban un grupo diferenciado y no eran simplemente una parte de un grupo mayor (Mettraux, 2006).

3. LA NATURALEZA NACIONAL, ÉTNICA, RACIAL O RELIGIOSA DEL GRUPO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

3.1. *Consideraciones generales*

De acuerdo con lo establecido en el Estatuto del TPIY, mero reflejo de la Convención contra el Genocidio, no todos los grupos son susceptibles de ser víctima de un genocidio; sólo cuatro categorías están previstas: los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Si los criterios desarrollados en la primera parte de este trabajo parecen extraerse de forma natural de la propia noción de grupo, no ocurre lo mismo con la naturaleza, que constituye un requisito artificial, cuyo objetivo es restringir su ámbito de aplicación de la Convención. Así, los grupos finalmente incluidos son el resultado de intensas discusiones durante su redacción, marcadas por estrategias políticas e intereses espurios (con detalle sobre el proceso de redacción, Schabas, 2009, p. 117). No cabe duda de que la formulación finalmente elegida responde a la voluntad de alcanzar el mayor número de ratificaciones posible. La jurisprudencia ha sido tajante al reconocer el carácter exhaustivo del listado de grupos protegidos (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001).

Existen algunas dificultades de inicio a la hora de abordar la definición de cada uno de los términos recogidos, que el informe de Naciones Unidas sobre la situación en Darfur calificaba de “vagos y amplios” (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 494). Efectivamente, la raza, la etnia, la religión y la nacionalidad son

conceptos de difícil concreción, dada su propia complejidad y la constante evolución a la que están sujetos, al depender, en gran medida, del contexto social en el que se usan. Por ejemplo, para muchos de los delegados que asistieron a la Asamblea General de Naciones Unidas de 1948, los judíos, los gitanos y los armenios podían ser calificados como grupos raciales; no obstante, tal calificación resulta impensable —y quizás incluso ofensiva— medio siglo después (Schabas, 2009). En la actualidad, el concepto de “raza” está en revisión; pero lo cierto es que sigue siendo usado con frecuencia en sentido acientífico (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 494). Además, las categorías reconocidas se superponen, siendo posible —e, incluso, habitual— que un sujeto o un conjunto de sujetos reúnan características de distintos grupos (Werle y Jessberger, 2014). A ello se une la naturaleza de los propios procesos de percepción social, de carácter eminentemente subjetivo (Fronza, 1999, p. 61).

Es manifiesta la disparidad de significados atribuidos a los mismos términos en los diferentes documentos oficiales del ámbito de la protección de los derechos humanos (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001). Por ejemplo, la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial determina, en su artículo 1, que se entenderá por discriminación *racial* “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico (...)” (Convención internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1969, art. 1). Esta definición, útil en el marco de la lucha contra la discriminación, poco aporta para definir un término en el ámbito penal, ya que engloba a la vez grupos raciales, étnicos e incluso nacionales. De hecho, los tribunales han apuntado reiteradamente que no existen definiciones consensuadas de las categorías incluidas (TPIR, Caso *Rutaganda*, 6/12/1999; TPIR, Caso *Kajelijeli*, 1/12/2003; TPIR, Caso *Bagilishema*, 7/06/2001; TPIR, Caso *Musema*, 27/01/2000).

El TPIY reconoció este problema al determinar en *Krstić* que “[t]ratar de diferenciar entre cada uno de los grupos enumerados con base en criterios científicos objetivos sería contradictorio con el objeto y fin de la Convención” (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001; también TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004) y que el Estatuto refleja la “descripción de un único fenómeno más que distintos prototipos de grupos humanos” (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001). Para Schabas (2009), lo que trataron

de hacer los redactores del texto, más que establecer categorías propiamente dichas, fue lanzar un mensaje no necesariamente limitado a los grupos expresamente enunciados. Así, para este autor, las categorías elegidas operan como cuatro postes que delimitan un área en la que toda una serie de grupos están protegidos. Los términos resultantes no se definen en solitario, sino que se concretan entre sí; por ejemplo, los grupos étnicos fueron introducidos a fin de asegurar que los grupos nacionales no se confundirían con los políticos; los grupos lingüísticos se eliminaron porque se consideró que ya se aseguraba su protección por las restantes categorías. De este modo, los cuatro grupos fueron concebidos de una forma dinámica y sinérgica de forma que cada uno contribuyera a la construcción del otro. Una concepción como esta explicaría el solapamiento existente entre las diferentes categorías (Mettraux, 2006), que a veces parecen intercambiables entre sí (Nsereko, 2000).

A pesar de los obstáculos expuestos, algunas cuestiones facilitan en cierto modo la interpretación de la norma. Como afirma Verhoeven (1991), no existe certeza sobre los grupos incluidos, pero sí la hay sobre los excluidos, entre los que destacan los grupos políticos, sociales o los económicos. Por otra, como recuerda Werle, no existen diferencias respecto a la protección atribuida a los cuatro grupos, por lo que la adscripción exhaustiva a un grupo en concreto sería menos relevante (étnico, racial, religioso o nacional), bastando con asegurar que se encuentra incluido (Werle, 2005). Además, el desarrollo de definiciones excesivamente concretas también presentaría graves riesgos. Schabas (2000) advierte en este sentido que la búsqueda de un sentido autónomo de cada término debilita el sentido de la enumeración como un todo. Para Shaw (1989), definiciones demasiado específicas abrirían lagunas de grupos que ya no podrían ajustarse a las definiciones. Con todo, es preciso recordar que nos encontramos ante un precepto penal, al que resulta plenamente aplicable el principio de taxatividad.

3.2. *La naturaleza de los grupos en el conflicto de los Balcanes*

3.2.1. Caracterización del grupo a través de la ausencia de un rasgo: el enfoque negativo

Uno de los aspectos más conflictivos en la identificación de los grupos víctima de los ataques en los Balcanes ha sido su posible caracterización a través de un rasgo del que carecen, es decir, a partir de lo que se denomina el ‘enfoque negativo’. Fue planteado por primera vez en el Informe Final de la Comisión de Expertos para la antigua Yugoslavia. En Bosnia Herzegovina, en el marco del conflicto de los Balcanes, los ataques se produjeron contra bosnios musulmanes y bosnios croatas. Dado que la intención subyacente tras estos ataques era la de eliminar a los grupos no-serbios con el fin de establecer zonas “étnicamente limpias” —es decir, exclusivamente serbias— el informe estableció que era posible identificar a un único grupo víctima de los ataques: el grupo no-serbio (Final Report of the Commission of Experts, 1992, p. 2). Este enfoque aparentemente inofensivo surgía como alternativa a la apreciación de bosnios-croatas y bosnios musulmanes como grupos independientes a los que se trataba de destruir.

El Informe comenzaba afirmando que “los diferentes grupos relevantes en el conflicto en la antigua Yugoslavia —los serbios, los croatas, los musulmanes, los gitanos y otros— tienen el estatus de grupos y pueden, al menos parcialmente, ser caracterizados por su religión, etnia y nacionalidad” (Final Report of the Commission of Experts, 1992, p. 18). Es decir, todos ellos constituían un grupo protegido de forma independiente. Y añadía:

Si existen varios grupos víctimas del ataque, y cada grupo está protegido, puede ser conforme al espíritu y el propósito de la Convención considerar a todos los grupos víctima del ataque como una entidad más amplia. En caso, por ejemplo, de que existan pruebas de que el grupo A quiere destruir total o parcialmente a los grupos B, C y D, o más bien, a todo el que no pertenezca al grupo nacional, étnico, racial o religioso del grupo A. En cierto modo, el grupo A ha definido un grupo plural no-A empleando un criterio nacional, étnico, racial o religioso para su definición. Parece relevante analizar el destino del grupo no-A como si el grupo no-A fuera homogéneo (Final Report of the Commission of Experts, 1992, p. 18).

Así entendido, el enfoque negativo presentaba ciertos requisitos. En primer lugar, los grupos que conforman el macro-grupo debían

ser grupos protegidos en los términos de la Convención; es decir, cada uno de estos grupos debía ser de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa. Consecuentemente, en ningún momento podrán incluirse bajo el paraguas del enfoque negativo grupos que no pertenecieran a las categorías protegidas⁴. Este requisito responde a la propia letra del tipo delictivo (TPIY, Caso *Stakić*, 22/03/2006). En segundo lugar, la especial intención de destruir al grupo debía ir dirigida contra los grupos como un todo. Para ello, habría de probarse que todos los actos responden a un mismo ánimo de destrucción, ya que es este hecho el que justificaría la existencia del grupo plural.

La validez del enfoque negativo ha sido reiteradamente abordada —y rechazada— por la jurisprudencia del TPIY. Una de las que trata el asunto con más detalle es la sentencia en apelación contra *Stakić*, que determinó a propósito de lo sostenido por la Comisión de Expertos que, en la medida en que cada uno de los grupos que lo compone debe estar definido positivamente, “sería inapropiado sugerir que el grupo mayor [aquel formado por varios grupos protegidos] sólo está definido por un enfoque negativo” (TPIY, Caso *Stakić*, 22/03/2006, párr. 27). Es decir, la Sala negó la naturaleza negativa de la operación de selección de grupos propuesta en el Informe de la Comisión de Expertos.

A esta corriente se sumaron las restantes sentencias del Tribunal, incluyendo las más recientes, como la sentencia en primera instancia contra *Karadžić*, que señaló al respecto que “cuando más de un [grupo] es atacado, los elementos del delito deben ser considerados separadamente en relación a cada grupo” (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016); y contra *Mladić*, que apuntó al hecho de que sólo son relevantes los grupos definidos positivamente y que tienen características distintivas únicas (TPIY, Caso *Mladić*, 22/11/2017, citando *Stakić* en Sala de Apelaciones). La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI también ha adoptado esta doctrina jurisprudencial expresamente, recordando la necesidad de que los grupos se caractericen por “rasgos positivos” y no por su ausencia (CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009, párr. 135)⁵.

⁴ Así lo establece el propio Informe, al exigir que “cada grupo como tal esté protegido” (Final Report of the Commission of Experts, 1992 p. 18).

⁵ En su voto particular, la juez Usacka defendió que no hay tres grupos víctima de los ataques sino uno caracterizado por su carácter africano, lo que, para Cryer constituiría una aplicación del controvertido criterio negativo (2009, p. 293).

Además de esta noción del enfoque negativo que toma como punto de partida a los grupos definidos positivamente, parece existir otra concepción en virtud de la cual se consideraría como criterio que se limita a agrupar a toda una serie de individuos que no poseen cierta naturaleza, independientemente de que se integraran o no en un grupo definido positivamente. Esta versión del criterio fue desarrollada en la sentencia *Jelisić*, donde el tribunal confirmó la existencia de dos posibilidades para la definición del grupo: adoptar un enfoque positivo o uno negativo. A la hora de definir el negativo, el TPIY lo hizo en términos diversos a los empleados por la Comisión de Expertos, estableciendo que:

Un grupo puede ser estigmatizado mediante un criterio positivo o negativo. Un “enfoque positivo” se basaría en que los autores distinguieran al grupo por sus características que consideraran específicas en un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Un “enfoque negativo” consistiría en identificar a los individuos por no ser parte del grupo a que los autores creen pertenecer y que para ellos contiene un carácter específico nacional, étnico, racial o religioso. Así, todos los individuos rechazados formarían, por exclusión, un grupo distinto (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 71).

Con ello, parece modificarse la definición y requisitos aportados por la Comisión de Expertos. Aquí ya no se trata de un macro-grupo conformado por varios grupos, sino de individuos considerados aisladamente. Es decir, el grupo no-A ya no está compuesto por grupos que no poseen la condición A, sino por una serie de individuos que no cuentan con dicho rasgo y que no necesariamente se encuentran integrados en grupos en los términos aquí expuestos.

A pesar de que, para el supuesto de hecho en cuestión, el tribunal optó por un enfoque positivo, reconoció expresamente la conformidad con la Convención de esta peculiar versión del negativo y, en consecuencia, su validez como parámetro de definición del grupo (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999). No obstante, el respaldo a esta interpretación constituye un caso aislado, puesto que, por lo general, la jurisprudencia lo ha venido rechazando en todas sus acepciones (TPIY, Caso *Stakić*, 22/03/2006; TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004; TPIY, Caso *Popović*, 10/06/2010; también CIJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Judgement*, 27/02/2007) y no existe sentencia alguna que lo haya aplicado hasta el momento.

3.2.2. Grupos víctima de los ataques en el conflicto de los Balcanes

En el contexto del conflicto de los Balcanes, en los casos donde se ha planteado la calificación de los hechos como genocidio, los grupos víctima de los ataques eran bosnios croatas y, sobre todo, bosnios musulmanes. Existe cierta confusión sobre su naturaleza. Básicamente parece entenderse que podrían ser grupos nacionales, étnicos o religiosos.

Las definiciones de estas categorías provienen de la sentencia del TPIR en primera instancia contra *Akayesu*. En primer lugar, basándose en la sentencia de la CIJ Nottebohm, el grupo nacional fue definido como “grupo de personas que comparten un vínculo jurídico basado en la ciudadanía común, aparejada a una reciprocidad de derechos y deberes” (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 512).

En segundo lugar, en cuanto a los grupos religiosos, la sentencia *Jelisić* afirmaba que su determinación objetiva es posible, en oposición a la de los restantes grupos que, según el criterio del tribunal, no lo es (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999). Sin embargo, durante la redacción de la Convención contra el Genocidio se produjo cierta controversia. Quienes se oponían a su inclusión defendían que estos grupos carecían de la estabilidad necesaria, puesto que es posible abandonar un grupo religioso; además, generalmente estos se planteaban conjuntamente con otras categorías, como la nacional (al respecto, Abtahi y Webb, 2009; Robinson, 1960). Con todo, resulta indudable que los grupos religiosos corresponden al denominado “prototipo europeo” y que han sido objeto de protección del Derecho Internacional desde los tratados de protección de minorías posteriores a la Primera Guerra Mundial, hasta nuestros días (Maizlish, 2002).

En la sentencia *Akayesu*, se adoptó la siguiente definición: “El grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o forma de rendir culto” (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 515). Por su parte, la sentencia *Popović* optaba por definir al grupo religioso como “cualquier comunidad religiosa unida por un mismo ideal religioso” (TPIY, Caso *Popović*, 10/06/2010, párr. 809).

Finalmente, la categoría más difícil de definir corresponde a los grupos étnicos, debido a su naturaleza mixta, sus contornos extrema-

damente borrosos no sólo respecto a los grupos raciales, sino también respecto a los nacionales⁶ y su vocación de cubrir aquellas lagunas de protección dejadas por los conceptos más estrictos de los grupos nacional, racial o religioso (Planzer, 1956).

La Resolución 96(I) —que dio origen a la Convención contra el Genocidio— no mencionaba a los grupos étnicos⁷; tampoco lo hacían los borradores elaborados por el Secretariado⁸ o por el Comité *ad hoc*⁹. Fue posteriormente cuando se introdujo el término a fin de incluir a aquellos grupos de bagaje cultural e histórico común que no pudieran ser considerados grupos nacionales, raciales ni religiosos, aunque también con la intención de evitar que los grupos nacionales fueran interpretados como sinónimo de los grupos políticos. Esta propuesta fue aceptada, si bien por un margen muy limitado (al respecto, Abtahi y Webb, 2009; Robinson, 1960).

La inicial ausencia de los grupos étnicos no se debía tanto a su exclusión intencionada, sino más bien a la creencia de que ya se hallaban incluidos en alguna de las restantes categorías. Así, durante el proceso de redacción, los delegados plantearon múltiples objeciones por la dudosa autonomía de esta noción. En este sentido, el representante de la URSS manifestó que, en realidad, los grupos étnicos no dejan de ser subgrupos de los nacionales, como una colectividad menor que la nación (Abtahi y Webb, 2009). Otros Estados pusieron de relieve la inexistencia de una distinción clara entre los grupos étnicos y los raciales (Schabas, 2009).

De hecho, la etnia no es uno de los motivos de discriminación prohibida en el artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derecho

⁶ Apunta Werle que en ocasiones es una noción tratada como una subespecie del grupo nacional, mientras otras veces se trata como un equivalente a la raza (Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., párr. 587). Kreß, por ejemplo, estudia conjuntamente los grupos nacionales y étnicos (2006, p. 476).

⁷ Aunque sí lo estuvo en el primer borrador de la Resolución (UN Doc. A/BUR/50, 2 November 1946, Draft Resolution relating to the crime of genocide proposed by the delegation of Cuba, India and Panama, disponible en Abtahi y Webb, 2009, pp. 3-ss.).

⁸ La lista aprobada por el Secretariado incluía, sin embargo, a grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos.

⁹ La enumeración comprendía a grupos nacionales, raciales, religiosos o políticos.

Humanos, porque se consideraba incluida en las demás categorías¹⁰. Sí existe una mención expresa tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.1) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 1.1). Se puede, en consecuencia, concluir que, con todo, la etnia constituye un concepto suficientemente asentado como base de los derechos de un grupo en Derecho Internacional (Maizlish, 2002).

La sentencia *Akayesu* estableció al respecto que “[e]l grupo étnico generalmente se define como aquel cuyos miembros comparten una lengua o cultura común” (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 513). En general, puede decirse que esta definición ha sido adoptada por la jurisprudencia posterior¹¹.

Volviendo al caso de la antigua Yugoslavia, algunas sentencias se limitan a calificar a bosnios croatas y bosnios musulmanes como grupos protegidos, sin especificar si es nacional, étnico, racial o religioso (TPIY, Caso, *Jelisić*, 14/12/1999; TPIY, Caso *Brđanin*, 1/09/2004; TPIY, Caso *Krnjelac*, 15/03/2002; TPIY, Caso *Stakić*, 22/03/2006). En la sentencia de primera instancia en *Krstić* la cuestión se exponía en los siguientes términos:

Inicialmente concebidos como grupo religioso, los bosnios musulmanes fueron reconocidos como una “nación” por la Constitución Yugoslava de 1963. Las pruebas presentadas en juicio muestran de forma muy clara que las máximas autoridades políticas serbo-bosnias y las fuerzas serbo-bosnias que operaban en Srebrenica en julio de 1995 concebían a los bosnios musulmanes como un grupo específico nacional (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 559; también reproducido en BiH War Chamber, *Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina v. Stupar and others*, First Instance Verdict, 2009, p. 60).

¹⁰ “Raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, art. 2.1 DUDH.

¹¹ TPIY, Caso *Kayishema and Ruzindana*, 21/05/1999, párr. 98; TPIY, Caso *Karemera*, 16/06/2016. En el Informe para Darfur de nuevo se hacía mención a individuos “que comparten idioma común, así como tradiciones o herencia cultural común” (International Commission of Inquiry on Darfur, 2005, párr. 494).

Más tarde, la Sala de Primera Instancia competente en el caso *Krajišnik* manifestó que su concreta adscripción a una de las categorías era problemática, pero que, en todo caso, no cabía duda de que los grupos víctima de los ataques (bosnios musulmanes y bosnios croatas) eran grupos nacionales o étnicos (TPIY, Caso *Krajišnik*, 17/09/2006). Es decir, el tribunal parecía apuntar que, aunque no fuera posible adscribir los grupos a una categoría en concreto, resultaba evidente que correspondían a uno de los grupos protegidos¹².

El Informe Final de la Comisión de Expertos ofrecía una visión muy completa del problema, afirmando que:

Los diferentes grupos relevantes en el conflicto de la antigua Yugoslavia —los serbios, croatas, musulmanes, gitanos y otros— tienen todos estatus de grupo étnico, y pueden ser caracterizados, al menos en parte, por su religión, etnia o nacionalidad (Final Report of the Commission of Experts, 1992, p. 18).

Como señalé, todo ello conecta con la concepción de que todas las categorías corresponden a un único fenómeno, tal y como fue expuesto por primera vez por Lemkin, quien en todo momento se refería a las “minorías nacionales” como únicas víctimas del genocidio (1944). Con ello, este autor no quería decir que sólo los grupos nacionales pudieran ser objeto de genocidio, ya que resulta evidente que este autor estaba pensando en los judíos, entre otros; lo que tal denominación muestra es que con estos términos pretendía abarcar a todos los grupos, entendiendo que correspondían a un único prototipo de grupo humano.

4. CONCLUSIONES

En una de las primeras publicaciones sobre la Convención contra el Genocidio, Robinson defendía que los grupos consisten, simplemente, en individuos (1960). Ello parece representar una atribución

¹² A pesar de esto, esta misma sentencia pareció decantarse por calificarlos como grupos étnicos (TPIY, Caso *Krajišnik*, 17/09/2006, párr. 866-869). En relación con otros delitos, como torturas y persecución, el TPIY mencionaba la posibilidad de diferenciar a los grupos bosnios musulmanes y serbo-bosnios en función de criterios religiosos o étnicos. Al respecto, Mettraux, 2005, nota 102.

a este concepto de un estatus de elemento descriptivo del tipo. La jurisprudencia del TPIY pone de manifiesto precisamente lo contrario: que el grupo es un concepto normativo que requiere de valoración jurídica.

En primer lugar, incidiendo en la estabilidad del grupo, caracterizada por una especial dificultad de abandonar el grupo y generalmente produciéndose la adscripción al grupo por nacimiento. Algunos autores consideran que esto se encuentra en línea con las pretensiones de los redactores de la Convención contra el Genocidio, que presuntamente persiguieron proteger sólo a los grupos estables. Más allá de la veracidad de este argumento, lo que sí es cierto es que el fundamento último de los delitos discriminatorios (entre los que se encuentra el genocidio) se sustenta en la mayor vulnerabilidad de las víctimas, que concurre, en parte, debido a esta dificultad de desvincularse del grupo.

En segundo lugar, la introducción de criterios subjetivos en la definición del grupo deriva de la propia estructura del tipo penal, caracterizado por la presencia de la especial intención de destruir al grupo como tal. Pero también es una consecuencia lógica de la naturaleza de los grupos humanos, de la identidad y de la propia naturaleza humana. La definición realizada tras el estudio individualizado de cada caso y a través de una combinación de factores objetivos y subjetivos constituye ya doctrina consolidada.

En tercer lugar, la jurisprudencia ha requerido, al delimitar al grupo, un carácter cohesionado del mismo. Esta cohesión está estrechamente vinculada con el criterio subjetivo y contribuye a diferenciar al genocidio de otros delitos cometidos por discriminación. En cuanto a los ataques contra una parte del grupo, se ha articulado un sistema basado en tres criterios que permiten evaluar todo tipo de variables y que ya han sido adoptados en otras sedes como la CIJ y la CPI.

También ha tenido gran repercusión el rechazo por parte del TPIY de la definición de los grupos a partir de un enfoque negativo, exigiendo que ello se lleve a cabo con criterios positivos, es decir, rasgos que poseen los miembros del grupo.

En lo que respecta a las categorías protegidas, el caso de los Balcanes evidencia la dificultad de reconducir los complejos procesos identitarios a las nociones de nacionalidad, raza, etnia o religión. Así, aunque diversas sentencias expresan dudas a propósito del carácter

étnico, nacional o religioso de los bosnios musulmanes, la jurisprudencia ha puesto el énfasis en su caracterización como grupo protegido. Ello evidencia las dificultades a la hora de definir e identificar la naturaleza del grupo, que, en última instancia, trajo consigo la concepción de las categorías como cuatro postes que delimitan los grupos relevantes. Sin embargo, esta concepción podría colisionar con la taxatividad propia de un precepto penal.

Ante la inminencia de las últimas sentencias de apelación del TPIY (ahora asumidas por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales), parece que no se pueden esperar nuevos giros o aportaciones cruciales en la definición de los grupos en el delito de genocidio. Existe en esta materia una jurisprudencia asentada desde hace ya unos años y, tal y como determinara la sentencia *Krajišnik*, “la ley aplicable a estas alturas ya está fijada” (TPIY, Caso *Krajišnik*, 17/09/2006, párr. 851). Es por ello que resulta especialmente relevante la revisión de los citados criterios de definición del grupo desarrollados por el TPIY en los últimos años.

Aunque el número de condenas por genocidio ha sido reducido y se ha limitado a lo sucedido en Srebrenica, generando no poca decepción en algunos sectores (en particular, entre las víctimas), el legado del TPIY en lo que respecta a la definición de los grupos es sobresaliente. Así puede constatarse en las numerosas citas a su jurisprudencia que se pueden encontrar en sentencias de distintos foros: tribunales híbridos como la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina, la propia CIJ, instancias nacionales y, sobre todo, en decisiones de la CPI. Ello permite aventurar que, a pesar del cierre del tribunal y la inminente entrega de sus últimas sentencias, su doctrina en la materia seguirá muy presente.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abtahi, H. y Webb, P. (2009). *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. The crimes and sentencing* (vol. II). Oxford: Oxford University Press.

- Cryer, R. (2009). The definitions of international crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision. *Journal of International Criminal Justice*, 7, pp. 283-296.
- Fernández-Pacheco Estrada, C. (2011). *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del estatuto de la Corte Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fronza, E. (1999). Genocide in the Rome Statute. En Lattanzi, F. y Schabas, W.A. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court* (vol. 1), pp. 105-136.
- Kreß, C. (2006). The Crime of Genocide under International Law. *International Criminal Law Review*, 6-4, pp. 461-502.
- Maizlish, D.A. (2002). In whole or in part: groups rights, the intent element of genocide, and the “quantitative criterion”. *New York University Law Review*, 77, pp. 1369-1403.
- Martin, F. (2009). The notion of “protected group” in the genocide convention and its application. En Gaeta, P., *The UN Genocide Convention*, pp. 112-127.
- Mettraux, G. (2005). *International crimes and the ad hoc tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Mettraux, G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals. *Human Rights Law Review*, 6(2), 441-443.
- Nsereko, D. (1999). Genocide: A Crime Against Mankind. En McDonald, G.K. and Swak-Goldman, O. (Eds.). *The Law and Enforcement of International Offences – The Experience of International and National Courts*. La Haya: Kluwer Law International.
- Planzer, A. (1956). *Le crime de génocide*. Friburgo: St. Gallen.
- Robinson, N. (1960). *The Genocide Convention. A commentary*. New York: Institute for Jewish Affairs.
- Schabas, W.A. (2001). Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgement of the international tribunal for the former Yugoslavia. *Fordham International Law Journal*, 25, pp. 23-53.
- Schabas, W.A. (2009). *Genocide in International Law. The crime of crimes* (2a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Verhoeven, J. (1991). Crime de Genocide: Originalite et Ambiguite. *Revue Belge de Droit International*, 24 (5).
- Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Werle, G. y Jessberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law* (3a ed.). Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia nacional

Bosnia-Herzegovina

Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina. (29 de julio de 2008). *Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina v. Stupar and others*. X-KR-05/24. Publicado 13 de enero 2009.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (28 de mayo de 1951). *Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

CIJ. (26 de febrero de 2007). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).

Corte Penal Internacional

CPI. (4 de marzo de 2009). Caso *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. No. ICC-02/05-01/09-3

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

TPIR. (7 de junio de 2001). Caso *Ignace Bagilishema*. No. ICTR-95-1A-T.

TPIR. (17 junio de 2004). Caso *Sylvestre Gacumbitsi*. ICTR-2001-64-T.

TPIR. (1 de diciembre 2003). Caso *Juvénal Kajelijeli*. No. ICTR-98-44A-T.

TPIR. (16 de junio de 2006). Caso *Édouard Karemera et al.* No. ICTR-98-44-A.

TPIR. (21 de mayo de 1999). Caso *Clément Kayishema and Obed Ruzinda-na*. No. ICTR-95-1-T.

TPIR. (27 de enero 2000). Caso *Alfred Musema*. No. ICTR-96-13-T.

TPIR. (12 de junio de 2006). Caso *Tharcisse Muvunyi*. No. ICTR-00-55A-T.

TPIR. (6 de diciembre 1999). Caso *Georges Rutaganda*. No. ICTR-96-3-T.

TPIR. (15 de mayo 2003). Caso *Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY. (17 de enero de 2005). Caso *Vidoje Blagojević and Dragan Jokic*. No. IT-02-60-T.

TPIY. (1 de septiembre de 2004). Caso *Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T.

TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*, IT-95-10-T.

TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.

TPIY. (27 de septiembre de 2006). Caso *Momčilo Krajišnik*. No. IT-00-39-T.

TPIY. (15 de marzo de 2002). Caso *Milorad Krnojelac*. IT-97-25-T.

TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.

- TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. No. IT-97-25-T.
- TPIY. (20 de octubre de 1995). Caso *Dragan Nikolić*. No. IT-94-2-R6,1.
- TPIY. (10 de junio de 2010). Caso *Vujadin Popović et al.* No. IT-05-88-T.
- TPIY. (3 de septiembre de 2001). Caso *Duško Sikirica et al.* No. IT-95-8-T.
- TPIY. (31 de julio de 2003). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-T.
- TPIY. (22 de marzo de 2006). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-A.
- TPIY. (12 de diciembre de 2012). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88/2-T.

Otras referencias

- Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (1994). Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992). UN Doc. S/1994/674 (27 de Mayo) Disponible en: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf
- International Commission of Inquiry on Darfur. (2005) Report to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/UN%20commission_inquiry_report_darfur.pdf.

Capítulo 15

¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo

Manuel Ollé

INTRODUCCIÓN

El artículo 4.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para el Castigo de los Crímenes Internacionales Perpetrados en la Antigua Yugoslavia (ETPIY) definió en 1993 el genocidio¹.

Desde la aprobación del Convenio contra el genocidio en 1948 hasta la del ER en 1998, todos los instrumentos internacionales han contemplado la misma definición del crimen de genocidio. Existe, desde entonces, un solo crimen de genocidio a nivel internacional (Gil, 2019). Sin embargo, en el ámbito doméstico, de acuerdo con la libertad de los Estados a la hora de implementar el Derecho penal internacional (Ollé, 2019a), la mayoría de ellos han incorporado en su literalidad a sus legislaciones, como tipo de injusto, el contenido del

¹ Agradezco a la jurista Mireya Toribio Medina su inestimable y eficaz colaboración en la selección y la traducción de sentencias citadas en este trabajo. V. Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aprobada en su 3217.ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993. Sobre el contexto de los hechos cometidos en la Ex Yugoslavia, constitutivos de crímenes internacionales, v., por ejemplo: TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párrs. 6 a 96; Caso *Karadžić*, 24/03/2016 párrs. 4911 y ss. Para una visión del camino jurídico de este crimen hasta su acomodación en el TPIY, ST., en 1993, y comprobar que, desde su origen en 1948 hasta la actualidad, la definición de este crimen en el Derecho penal internacional siempre ha sido idéntica. V. Gil, A. (2019), pp. 395 a 419. Igualmente para comprender como se gestó la elaboración de la Convención para la Prevención de Sanción del Delito de Genocidio y su aprobación es muy recomendable la lectura, v.: Lemkin (2018); y Lemkin (1944). Y, con literatura novelada, Sands (2018).

artículo 2 de la Convención del Genocidio y el artículo 6 ECPI, pero, otros, respetando el contenido mínimo de la definición internacional, o la han ampliado, añadiendo principalmente la protección de grupos políticos y sociales, o, incluso, la han reducido².

A pesar de esta identidad típica en el Derecho penal internacional del crimen de genocidio, la interpretación jurisprudencial en determinados aspectos difiere no solo entre los distintos tribunales internacionales, sino incluso entre las diferentes Salas de un mismo tribunal. Por ello, en las líneas que siguen me referiré a los aspectos materiales de ese ilícito penal internacional, desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial, de este crimen internacional de primer grado y de *ius cogens* (Ollé, 2019b) —pero con especial detenimiento, por ser el objeto de este trabajo, en la jurisprudencia del TPIY— para analizar al hilo de esta qué significa destruir una “parte” de un grupo.

1. ELEMENTOS TÍPICOS NECESARIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL GRUPO PARCIAL

La delimitación del concepto de genocidio, y especialmente qué debe entenderse por “grupo parcial”, requiere examinar las peculiaridades propias del grupo como objeto de protección y el específico y trascendental elemento subjetivo de este tipo o *mens rea*.

² Sin ánimo exhaustivo, el Código Penal de Costa Rica añade el grupo humano político, pero prescinde del étnico (artículo 375). El de Canadá amplía la definición de genocidio a los grupos identificados por su orientación sexual (artículo 318). Costa de Marfil (artículo 137) y Ecuador (artículo 79) suprimen el grupo racial e incluyen el político. El de Lituania incorpora al grupo social y al político (artículo 99). El de Perú suprime como objeto de protección al grupo racial, pero introduce el social (artículo 319). También protegen en sus legislaciones penales domésticas a los grupos políticos países como Colombia (artículo 101 Código Penal), Etiopía (artículo 269 Código Penal) o Panamá (artículo 440 Código Penal).

El artículo 607 del CP español extiende su protección al grupo “determinado por la discapacidad de sus integrantes”. Y otras legislaciones, por ejemplo, se remiten directamente a la Convención contra el Genocidio: Antigua y Barbuda (Genocide Act, Laws of Antigua and Barbuda, Vol. 4, chapter 191, s. 3); Irlanda (Genocide Act 1973, s. 2 1); Barbados (Genocide Act, chapter 133³, s. 4); o Seychelles (Genocide Act 1969 (Overseas Territories) Order, 1970, s. 1.1).

El bien jurídico protegido en el crimen de genocidio trasciende lo nacional: es supranacional. Es un tipo pluriofensivo, porque se protege tanto, y fundamentalmente, la existencia, permanencia o supervivencia de los grupos referidos en el tipo internacional (*nacionales, étnicos, raciales o religiosos*), como también, y aunque de forma indirecta, los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física o libertad sexual, por ejemplo) que son lesionados mediante las conductas comisivas³. Este fue, además, el sentir de la aludida Resolución 96 (I), de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, cuando, antes de la aprobación de la Convención contra el genocidio, anunció que este crimen era “la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros”.

El grupo humano que reúna cualquiera de las características propias del grupo descrito en el tipo se convertirá en el bien jurídico protegido directamente por el crimen de genocidio. El grupo es el titular del bien jurídico y, consecuentemente, es el sujeto pasivo del delito. La persona directamente atacada será el sujeto pasivo de la acción. Para la doctrina mayoritaria el tipo protege la existencia física y la social del grupo (Werle y Jessberger, 2017), criterio que no es compartido por el TPIY, al considerar, de forma más limitada, que la protección solo se extiende a la física biológica (TPIY; Caso *Kristić*, 19/04/2004, párr. 25)⁴.

El elemento interno o tipo subjetivo (*mens rea*) del crimen de genocidio es el que fundamenta la existencia de este ilícito internacional. La *mens rea* está formada, en primer lugar, por el conocimiento y la intencionalidad de realizar los elementos materiales del delito o cada una de las conductas en las que se instrumentaliza el delito de genocidio; y, en segundo lugar, al tratarse de un delito intencional, exige el especial propósito de destruir total o parcialmente al *grupo* humano

³ El preámbulo del ECPI reconoce que los graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, como el genocidio, “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

En el actual Código Penal español la propia ubicación sistemática del artículo 607 sugiere también de forma indirecta, como objeto protección, a la comunidad internacional, ya que la existencia de los diferentes grupos es presupuesto necesario para la existencia de cualquier orden social internacional.

⁴ El TPIY para alcanzar esta conclusión se apoya tanto en la Convención contra el Genocidio, como en la costumbre internacional (v. nota 39 de esta sentencia).

“como tal”, protegido por el tipo penal. El dolo se determinará por el conocimiento por parte del sujeto activo de que, por un lado, la concreta conducta ejecutada (lesionar, matar, agredir sexualmente, someter o desplazar forzosamente) está dirigida a ocasionar la destrucción total o parcial de esa colectividad o grupo; y, por otro lado, que la persona contra la que se dirige la ofensa, con independencia de su propia individualidad, pertenece a uno de los grupos protegidos (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999)⁵. Esta finalidad es lo que convierte al genocidio en un crimen de intención (Gil, 2019).

El aspecto interno requiere, además, como he señalado, un especial elemento subjetivo del injusto o dolo especial⁶ o finalidad específica (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999; párr. 78; Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 584; Caso *Blagojević y Jokić*, 17/01/200, párr. 670; Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párrs 549 y 552): finalidad de destrucción, de exterminio del colectivo o “grupo humano” en cuestión. El comportamiento del sujeto activo, constituido por una tendencia interna trascendente, está guiado por el propósito de exterminio del grupo, mediante el atentado a bienes jurídicos individuales.

El ataque exterminador del autor del crimen de genocidio debe dirigirse al grupo nacional, étnico, racial o religioso, de tal suerte que

⁵ En el mismo sentido se pronuncia, y como no puede ser de otra forma el Tribunal Penal Internacional para Ruanda: TPIR, Caso *Semanza*, 15/05/2003, párr. 427; Caso *Rutaganda*, 6/12/1999, párr 60; Caso *Musema*, 27/06/2000, párr. 165; Caso *Bagilishema*, 7/06/2001, párr. 61.

De forma similar también se refiere al *dolus specialis*, como especial elemento subjetivo: CIJ, *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, 26/02/2007 párrs. 187, 188, 190.

⁶ El TPIY en el caso *Jelisić* (14/12/1999, párrs. 67 y 84 a 86), analiza la intención especial, pero dicta una sentencia es absolutoria respecto del crimen de genocidio porque las matanzas no tuvieron la intención de destruir al grupo. El mismo Tribunal, en el caso *Krstić* (2/08/2001, párrs 549, 550 y 561) distingue entre intención individual e intención involucrada en el concepto y comisión del hecho; y aclara que la intención de destrucción se manifiesta al ser elegidas las víctimas por su pertenencia al grupo. La sentencia de apelación de este mismo caso se refiere a la intención genocida o específica (Caso *Krstić*, 19/04/2004, párrs 29 y 37).

El TPIR identifica también el elemento subjetivo como “intención especial” (TPIR, Caso *Akayesu*, 02/09/1998, párr. 512; y Caso *Kayishema y Ruzindana*, 21/05/1999, párr. 89) o con “*dolus specialis*” (TPIR, Caso *Kambanda*, 4/09/1998, párr. 16).

el grupo protegido, como elemento objetivo del tipo de injusto, se convierte en el objeto del ánimo intencional del agente.

La prueba del elemento subjetivo del crimen de genocidio es difícil y habrá que inferir ese *animus* de exterminio —salvo confesión expresa del autor— de los elementos externos concurrentes⁷, que pueden ser de muy diferente índole. Así, se han enumerado por los tribunales penales internacionales como indicios de los que deducir el especial elemento subjetivo, entre otros: el contexto general, la perpetración de otros actos criminales sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, la escala de atrocidades perpetradas, el hostigamiento sistemático de víctimas dentro de un grupo, o la repetición de actos discriminatorios y destructivos (TPIY, Caso *Jelisić*, 5/07/2001, párrs 47 y 48; TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, 523 y 524; TPIR, Caso *Semanza*, 15/05/2003, párrs, 313 y ss.; TPIR, Caso *Rutanga*, 6/12/1999, párr. 61); planificación, ataques dirigidos a partes significativas del grupo (como por ejemplo a militares, líderes o defensores del grupo) (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párrs. 572, 592 a 595); agresiones físicas y daños materiales respecto de los miembros del grupo, insultos, armas utilizadas, grado de las lesiones infringidas, matanzas sistemáticas (TPIR, Caso *Kayishema*, 21/05/1999, párr. 93); agresiones sexuales y selección de víctimas pertenecientes a un mismo grupo (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párrs. 505, 506 y 731); violaciones de mujeres, actos de humillación y terror sobre los miembros del grupo, destrucción de mezquitas o iglesias católicas, de centros culturales (TPIY, Caso *Karadžić y Mladić*, 11/07/1996, párr. 94; TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 580)⁸; o el trato dado a los cuerpos enterrándolos en áreas alejadas sin observar las costumbres religiosas o étnicas y causando terrible dolor a los supervivientes (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 596).

El genocidio se estructura así como un tipo incongruente por exceso subjetivo. Es un delito de resultado cortado, ya que el autor se propone como fin (el objetivo del genocida está dirigido mediata o

⁷ Para TPIY, Caso *Stakić*, 31/07/2003, párr 526, el *dolus specialis* se inferirá tanto de los hechos, como de las circunstancias concretas, o de “un patrón de acción intencional”. Esta sentencia descansa en el criterio adoptado previamente por el TPIR.

⁸ También, en este sentido, Schabas (2000).

inmediatamente a la destrucción del grupo objeto de su conducta criminal) alcanzar el *resultado* de destrucción o exterminio total o parcial del “grupo” mediante el atentado a bienes jurídicos individuales (realización de un/os acto/s) (Schabas, 2000; Ambos, 2005). El grupo “como tal”⁹, considerado en sí mismo como colectividad, como bien jurídico supranacional, es el objeto de protección. El sujeto activo elige a las víctimas por su adscripción o pertenencia a uno de los grupos protegidos normativamente, siendo indiferentes las características específicas e individuales de cada persona contra la que se dirige la acción criminal. Las víctimas, en el crimen de genocidio, en definitiva, son nadificadas¹⁰. El autor o partícipe en el crimen no repara en las cualidades o características personales propias de los individuos que forman parte del grupo al que dirige su ataque. El objeto de la conducta criminal no es el grupo, sino la persona que pertenece al grupo objeto de ataque, aunque el objetivo o la finalidad del actor del crimen sea la destrucción total o parcial de uno de los grupos objeto de protección¹¹.

El TPIY en el caso *Stakić*, expone con claridad que el grupo es el objetivo, mientras que la destrucción es la intención específica. Y retomando el caso *Sikirica* insiste en que mientras en la mayoría de los crímenes las víctimas son las personas, en el genocidio la víctima última es el grupo, aunque su destrucción necesariamente requiere la comisión de crímenes contra individuos que pertenecen al grupo (TPIY, Caso *Stakić*, 31/07/2003, párr. 521; TPIY, Caso *Sikirica* at al., 03/09/2001). Por tanto, las víctimas son escogidas por sus victimarios por su pertenencia a un grupo objeto de protección, aunque —como ha completado la Sala de Instancia del TPIY— pueden ser elegi-

⁹ Esta expresión que figura en los instrumentos de Derecho penal internacional citados (v., *supra*, 1.) no aparece en la redacción típica del artículo 607 del Código Penal español.

¹⁰ La doctrina se ha referido, en este sentido, a la “despersonalización de la víctima” (Cassese, 2003, 103) o a su “desindividualización” (Fernández-Pacheco, 2007, 5).

¹¹ El TPIY en el caso *Jelisić* (14/12/1999, párrs. 66, 79 y 86) describe con precisión que el acto prohibido debe ser cometido contra un individuo debido a su pertenencia a un grupo particular y como un paso más del objetivo de destruir el grupo.

das, además, por otros motivos adicionales a su pertenencia al grupo (TPIY, Caso *Blagojević y Jokić*, 17/01/2005, párr. 669)¹².

De esta forma, el resultado pretendido —destrucción total o parcial del grupo— queda fuera del tipo, siendo innecesario para la consumación del delito que se llegue a destruir ni total ni parcialmente el grupo penalmente protegido (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998, párr. 497). Matar, lesionar o violar a un miembro del grupo, con la finalidad (representación del sujeto activo) de exterminar a esa colectividad a la que pertenece, será delito de genocidio, con independencia de que se consiga el resultado. Si este resultado (destrucción del grupo total o parcial) se produce, el delito, además, se habrá agotado¹³. Lo relevante es, en consecuencia, determinar si la intención del agente fue o no la de destruir total o parcialmente el grupo (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 549). En definitiva, como con acierto ha definido parte de la doctrina, nos encontramos con crimen de “consumación anticipada” (Gil, 2019), porque la barrera de protección del bien jurídico se adelanta, al no ser necesario que se produzca la destrucción total o parcial del grupo.

La sola muerte de una persona, al menos en el plano teórico, con la finalidad de exterminar el grupo de personas al que pertenece, sería constitutivo de un delito de genocidio. Este acto individual representa, a su vez, un peligro abstracto para el bien jurídico protegido: la existencia del grupo (Ambos, 2005)¹⁴. Por el contrario, no será genocidio la muerte indiscriminada de cientos de ciudadanos ajena a cualquier intención o finalidad distinta a la de la aniquilación del grupo (TPIR, Caso *Kayishema y Ruzindana*, 21/05/1999, párr. 94; TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 100 y ss.). Lo que convierte la agresión a un individuo concreto en crimen internacional de genocidio es la intención o voluntad de destrucción total o parcial de un grupo. Y lo que transforma el bien jurídico individual en un bien jurídico supranacional es la vulneración de este, con la finalidad específica de

¹² Esta sentencia del TPIY retoma los argumentos de TPIR, Caso *Niyitegeka*, 9/07/2004, párr. 53.

¹³ V. En este sentido, TPIR, caso *Bagilishema*, 7/06/2001.

¹⁴ Para este autor, el genocidio se configura como un delito de lesión de los derechos individuales y un delito de peligro para el bien jurídico colectivo (la existencia del grupo).

su autor de destruir total o parcialmente el grupo humano objeto de protección. Como señala el TPIY es la *mens rea* la que otorga al genocidio su especialidad y lo distingue de un delito común y de otros crímenes contra el derecho internacional humanitario (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 66).

La doctrina parece pacífica en admitir que la dimensión internacional del crimen de genocidio reside en su aspecto subjetivo o *mens rea* y, en consecuencia, es innecesaria, a diferencia, por ejemplo, del crimen de lesa humanidad, la presencia de un elemento de contexto. Este argumento se fundamenta, además, en el Derecho internacional consuetudinario que no requiere ningún elemento contextual objetivo (Werle y Jessberger, 2017). Sin embargo, la CPI se aparta de este criterio gracias a la dicción de los Elementos de los Crímenes que, incluso en contra de lo descrito en el propio artículo 6 ECPI, exigirían que la conducta genocida hubiere tenido lugar en un determinado contexto.

Los Elementos de los Crímenes, al artículo 6 ECPI, cuando se refieren a las acciones típicas concretas en las que se instrumenta el crimen de genocidio (matar, lesionar, someter a condiciones de vida destructivas, adoptar medidas impeditivas de nacimiento, y trasladar forzosamente a niños) requieren que esas conductas se hayan producido “en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”¹⁵. Para comprender qué debe entenderse por “contexto de una pauta manifiesta de conducta”, los propios Elementos de los Crímenes especifican que “[l]a expresión ‘en el contexto de’ incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse”¹⁶ y “[l]a expresión ‘manifiesta’ es una calificación objetiva”¹⁷.

Los Elementos de los Crímenes se sitúan en el primer nivel del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional (artículo 21.1.a) EC-PIP), junto al propio ECPI y a las Reglas de Procedimiento y Prueba. El propio ER reconoce la importancia de auxilio interpretativo de los

¹⁵ Véase Elementos de los Crímenes al artículo 6 a)4; 6 b) 4; 6 c) 5 y 6 e) 7.

¹⁶ Véase Elementos de los Crímenes al artículo 6, introducción, apartado a).

¹⁷ Véase Elementos de los Crímenes al artículo 6, introducción, apartado b). Para Gil (2019) solo se podrá considerar genocidio, la muerte de una persona, si formaba parte de una cadena de actos dirigidos a la destrucción del grupo. V. También, CPI, Caso *Al Bashir*, 4/03/2009, párr. 124 a 133.

Elementos de los Crímenes, respecto de los artículos 6 a 8bis del ER (artículo 9.1), pero siempre que sean “compatibles” con el propio ER (artículo 9.3). En consecuencia, el elemento del contexto exigido por los Elementos de los Crímenes, no parece que encuentre acomodo en la definición material del crimen de genocidio del artículo 6 ER. Ese contexto no es un elemento exigido en el tipo de genocidio. La exigencia de “actos iniciales *de una serie que comienzan a perfilarse*”, al no ser “compatible” con la definición del crimen de genocidio, solo puede entenderse como un criterio adicional al examen de competencia *ratione materiae* de este crimen, de tal forma, que, la Corte Penal Internacional declararía su incompetencia para examinar esa situación, si no concurre ese contexto previsto en los Elementos del Crimen¹⁸.

A pesar de lo que acabo de exponer, en la práctica, toda conducta susceptible de ser calificada como de genocidio, por lo general, vendrá imbuida en un contexto de sistematicidad o de masividad. No parece que pueda ser frecuente encontrar en el terreno práctico, un caso, en el que, por ejemplo, una aislada agresión a la vida o la integridad física de una persona, se realice con la finalidad de acabar total o parcialmente con el grupo al que pertenece.

El TPIY inicialmente adoptó el criterio de que el crimen de genocidio, cuando se ejecutaba mediante el asesinato de una persona requería que estos actos formasen parte de un plan extenso para matar a una parte sustancial de la población civil (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 685) o que el autor hubiere cometido los crímenes como parte de un plan más amplio para destruir al grupo como tal (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 66). Sin embargo, la Sala de Apelación cambió el criterio y sostuvo que la existencia de ese plan o política no forma parte de la definición del crimen de genocidio, aunque la corroboración de la existencia del plan puede ser un factor relevante para determinar la intención genocida del autor (TPIY, Caso *Jelisić*, 5/07/2001, párr. 48); Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 225).

¹⁸ Para Werle y Jessberger (2017) ese elemento del crimen se convierte en un requisito procesal que limita la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

2. REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE GRUPO

Los argumentos expuestos hasta este momento demuestran la importancia de la delimitación conceptual del *grupo* en el delito de genocidio.

Los tribunales internacionales *ad hoc* se han planteado si el concepto de grupo debe formularse desde una perspectiva objetiva o subjetiva. La objetiva se basaría, por ejemplo, en la presencia en el grupo de costumbres culturales colectivas comunes, lengua común, religión común o características corporales externas comunes como el color de la piel o la constitución física de los miembros del grupo. Y la subjetiva se sustentaría en procesos sociales de adscripción de personas a un determinado grupo según la percepción propia o de terceros sobre qué deba entenderse por grupo nacional, étnico, racial o religioso (Werle y Jessberger, 2017). En el criterio subjetivo serán terceros o los propios miembros del grupo quienes contribuyan a delimitar la existencia y los contornos del grupo en cuestión, mientras que en el objetivo se atenderá a una realidad fáctica objetivable.

La práctica de los tribunales *ad hoc* ha sido divergente. Mientras que el TPIR experimentó una evolución del aspecto objetivo al subjetivo, para adoptar, finalmente, un criterio mixto¹⁹; el TPIY parece mantener el criterio subjetivo. Juicios de valor que se alejan del

¹⁹ TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998. Esta sentencia se inspira, para definir grupo nacional, en la decisión Nottebohm de la CIJ, *The Nottebohm Case*, 6/04/1955. La Corte Internacional de Justicia en el citado caso *Bosnia y Herzegovina c. Serbia Montenegro* advirtió de la importancia de la definición de grupo protegido en la Convención contra el Genocidio y de que el grupo debe ser definido desde las características positivas comunes y particulares de cada uno de ellos (nacional, étnico, racial o religioso) y no por la ausencia de las mismas. V. TPIR, Caso *Rutanga*, 6/12/1999; Caso *Bagilishema*, 7/06/2001; Caso *Kayishema y Ruzindana*, 21/05/1999; Caso *Musema*, 27/06/2000. En este caso, se diferenció a los tutsi de los hutus por las tarjetas de identidad expedidas por el gobierno belga, que atribuían a la persona identificada en cada uno de esos documentos la pertenencia a uno u otro grupo, tutsi o hutu. También v.: TPIR, *Caso Kamuhanda*, 22/01/2004; y *Caso Semanza*, 15/05/2003. Para estas dos sentencias se deben valorar tanto los criterios objetivos como los subjetivos (“[a] determination of the categorized groups should be made on a case-by-case basis, by reference to both objective and subjective criterio”).

adoptado por la Corte Penal Internacional. Esta ha prescindido en su valoración tanto del criterio objetivo como del subjetivo²⁰, señalando que la determinación del grupo se hará necesariamente caso por caso (TPIY, *Caso Stakić*, 22/03/2006, párr. 25; *Caso Blagojević y Jokić*, 17/01/2005, párr. 667; *Caso Brđanin*, 1/09/2004, párr. 667; *Caso Karadžić*, 24/03/2016, párr. 552), basándose, en su labor valorativa, para definir las circunstancias, características o propiedades del grupo en el contexto de vida socio histórico o cultural (TPIY, *Caso Krstić*, 2/08/2001, párr. 557; *Caso Jelisić*, 14/12/1999, párr. 70). Sin embargo, estas características o particularidades, a su vez, serán las que los agentes comisivos (criterio subjetivo) tendrán presentes para seleccionar a las víctimas (al grupo) del resto de la población (TPIY, *Caso Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 67 a 71).

La Corte Penal Internacional, en el caso *Al Bashir*, advirtió que no era necesario indagar en el aspecto objetivo o subjetivo del grupo étnico²¹. Por el contrario, el voto disidente de esta resolución respecto de la postura mayoritaria decidió que, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, habría que estudiar caso por caso, y realizar la valoración tanto desde la dimensión subjetiva (estigmatización del grupo por los autores del crimen) como de la objetiva (las particularidades de un determinado contexto social o histórico).

La Comisión Internacional de Investigación para Darfur encargada de constatar las denuncias de violaciones de Derecho internacional

²⁰ TPIY, *Caso Jelisić*, 14/12/1999, párr. 71. En este caso, la acusación se basó en que los asesinatos se dirigieron a la población bosnio-musulmana (párr. 72); *Caso Stakić*, 31/07/2003; *Caso Karadžić*, 24/03/2006, párr. 541 y 551 a 561; y *Caso Stakić*, 22/03/2006, párr. 20.

También se refiere al criterio positivo el TPIR en el *Caso Akayesu*, 2/09/1998, párrs. 191 a 194.

La Corte Penal Internacional en la resolución CPI, *Caso al Bashir*, 4/03/2009, acordó por mayoría que no se puede delimitar al *grupo* de forma negativa por la ausencia determinadas características (párr. 135).

²¹ Se pronunció así: As a result, the question arises as to whether any of the three said groups is a distinct ethnic group. In this regard, the Majority finds that there are reasonable grounds to believe that this question must be answered in the affirmative as there are reasonable grounds to believe that each of the groups (the Fur, the Masalit and the Zaghawa) has its own language, its own tribal customs and its own traditional links to its lands” (CPI, *Caso al Bashir*, 4/03/2009, párr. 137 y nota 153).

humanitario y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de verificar la existencia de actos de genocidio utilizó, como criterio de valoración, el mixto, esto es, el objetivo-subjetivo y consideró que este criterio mixto debe considerarse como Derecho internacional consuetudinario (UN, Doc., S/2005/60, 25/91/2005).

La doctrina, en su mayoría, también se ha manifestado a favor de este sentido subjetivo. Desde esta perspectiva, quien define al grupo es el perpetrador del crimen, por lo que grupo es toda colectividad de personas que el sujeto activo define como tal, incluso aunque no se corresponda con la realidad (Chalk y Jonassohn, 1989), esto es, aunque verdaderamente no pertenezca esa persona al grupo asignado por el agente del delito.

El Tribunal Supremo español, en la sentencia de 1 de octubre de 2007²², propone, para identificar a los grupos objeto de protección, la interpretación literal del precepto y, por tanto, desde un criterio objetivo²³, en el que necesariamente se parta de los elementos del tipo o aspectos típicos, es decir, de la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, considerados aisladamente o en combinación con otros. Esta imprescindible delimitación o identificación objetiva puede verse, además, acompañada, para el Tribunal Supremo, por otros criterios subjetivos decididos por el autor del crimen (Tribunal Supremo español, *Caso Scilingo*, 1/10/2007, F.J. 10.6), siendo posible, como ya señalaron los tribunales penales internacionales *ad hoc*, y en concreto el TPIY en el citado caso *Jelisić*, la identificación del grupo por exclusión, es decir, por aquella colectividad en la que no concurra la nota identificativa pretendida por los autores (Tribunal Supremo español, *Caso Scilingo*, 1/10/2007, F.J. 10.7. 8.). Criterios subjetivos que, reitera el Tribunal Supremo, a efectos de tipicidad son irrelevantes (Tribunal Supremo español, *Caso Scilingo*, 1/10/2007, F.J. 10.10). El voto particular a esta sentencia del TS —contra el criterio mayoritario, que rechazaba la calificación de genocidio— estimó que existen “razones sólidas para ca-

²² El Tribunal Supremo resolvió en esta sentencia (*caso Scilingo*, 1/10/2007) que los hechos no eran crímenes de lesa humanidad, ni genocidio, sino delitos comunes de asesinato y detención ilegal “los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional”.

²³ Fundamentos Jurídicos 10. 14 a 11. La sentencia aborda con amplitud el concepto de *grupo nacional* y de *grupo religioso*.

lificar los hechos constitutivos de genocidio”, porque el término grupo nacional incluye el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad (Tribunal Supremo español, *Caso Scilingo*, 1/10/2007, Voto formulado por el Magistrado Joaquín Giménez García).

De los argumentos expuestos, el mejor criterio para delimitar el grupo será el mixto, esto es, objetivo-subjetivo, de tal forma, que, descendiendo al caso concreto, en primer lugar, habrá que concretar objetivamente, de acuerdo con el contexto político, social, histórico y/o cultural, para seleccionar a las víctimas objeto de ataque, aquellas características o rasgos comunes (delimitación positiva) o su ausencia (delimitación negativa), que presiden al grupo de forma estable y permanente. Y, en segundo lugar, deberá comprobarse si esas señas de identidad (positivas o negativas) son las que identifica el autor del crimen (identificación por terceros), como integrantes de un grupo humano, diferenciado del resto de la población, o si son los propios miembros del grupo los que se auto identifican como pertenecientes a un grupo determinado por esas características comunes.

Con este criterio mixto, al ser el *grupo* un elemento objetivo del tipo, se despeja cualquier eventual arbitrariedad. En primer lugar, el análisis a realizar es valorativo, pero bajo dos estándares, que refuerzan la correcta interpretación del grupo. Por un lado, el marco de valoración objetivo debe ser desde una perspectiva social y de acuerdo con el contexto, político, social, histórico y/o cultural que envuelve a los hechos concretos; y, por otro lado, bajo ese contexto, se deberá comprobar la existencia (delimitación positiva) o inexistencia (delimitación negativa) de esos rasgos o características comunes que cohesionan al grupo y que le diferencian del resto de la colectividad. Y, por último, una vez que objetivamente se ha corroborado la existencia de esas señas de identidad, estas, subjetivamente, deben ser identificadas como tales por el autor del crimen (identificación por terceros) o por los propios individuos que integran ese grupo (auto identificación).

3. DESTRUCCIÓN DEL GRUPO PARCIAL SUSTANCIAL

El TPIY se ha esforzado en tratar de concretar, dentro de la definición del crimen de genocidio (artículo 4 ETPIY) qué debe entenderse por “destrucción parcial” o “en parte” de un grupo humano. La pri-

mera sentencia que aborda esta cuestión es la dictada por la Sala de Primera Instancia, y ya citada, en el caso *Jelisić* (TPIY, 14/12/1999).

Para abordar esta empresa, el tribunal internacional *ad hoc*, celoso de la observancia del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) —y partiendo del origen consuetudinario del artículo 4 ETPIY y de su idéntica definición a la de la Convención contra la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y a la del ER— enumera en las diferentes resoluciones que ha dictado, las fuentes de las que ha bebido para interpretar qué debe entenderse por un grupo parcial. Así en primer lugar, se inspira en la propia Convención contra el Genocidio que —ante el silencio que esta guarda al respecto— interpreta de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 61); y tiene presente su objeto, finalidad y los trabajos preparatorios de la misma (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 61; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 584, 585 y notas 1296 a y 22 de esta sentencia). En segundo lugar, la Sala de Primera Instancia, contempla la práctica. En el ámbito internacional, estudió las sentencias existentes hasta al momento al respecto del TPIR (casos *Akayesu*, *Kayishema* y *Bagilishema*) y en el nacional, la práctica de los Estados (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 61; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 586 y 589 (refiriéndose al Tribunal Constitucional Federal de Alemania y a la Sala de Apelaciones Bábara); Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 9). Y, por último, los trabajos de la doctrina (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 61; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 587 y nota 1299; Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 10 y 12), el informe de la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios a los “Artículos del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la humanidad” y el Informe Final de la Comisión de Expertos.

El primer interrogante que trata de despejar el TPIY —después de reconocer el margen de discrecionalidad para tal cometido (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 584)— es el significado del término “en parte”, llegando a la conclusión que será genocidio cualquier acto típico cometido con la *intención* de destruir parte de un grupo como tal (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 590), pero esa parte tiene que ser diferenciada dentro del grupo, es decir, los perpetradores deben identificarla como una entidad distinta que debe ser eliminada como tal (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 590). Como no puede ser de

otra forma, la jurisprudencia de este tribunal (sala de instancia y de apelación) es unánime en iniciar su análisis jurídico reafirmando que el factor fundamental para calificar los hechos como genocidio es el elemento subjetivo o *mens rea*, esto es, la intención “extra” (TPIY, Caso *Stakić*, 31/07/2003, párr. 520) exterminadora, y no el resultado final de destrucción real. Como acertadamente refleja la Sala de Instancia del TPIY, los actos deben destruir, o tender a destruir, una parte sustancial del grupo, y la intención debe ser la de que esa parte del grupo deje de existir (TPIY, Caso *Krajišnik*, 27/09/2006, párr. 866).

Desde la primera sentencia que se ocupó de este aspecto (*Jelisić*), la Sala de Instancia del TPIY se pregunta cuál es la proporción del grupo que debe exterminarse para que constituya genocidio y, en concreto, si el genocidio puede cometerse dentro de una zona geográfica restringida (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 80 y 83; TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 589). El TPIY afirma que no es necesario que la destrucción buscada esté dirigida a todo el grupo, tal y como se desprende de la definición del genocidio en el artículo 4 ETPIY. Gráficamente la Sala de Instancia reconoce que “no es necesario intentar lograr la completa aniquilación de un grupo en todos los rincones del mundo” (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 80). Como matizó con posterioridad el TPIY lo importante es la intención de destruir una parte del grupo diferenciada y no una acumulación de individuos aislados dentro del mismo (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001; Caso *Stakić*, 31/07/2003; Caso *Brđanin*, 1/09/2004).

Los hechos del caso *Jelisić* (TPIY, 14/12/1999) son importantes para observar el planteamiento del TPIY respecto del genocidio del grupo parcial. *Goran Jelisić* fue acusado por la fiscalía del tribunal de la comisión de un crimen de genocidio porque asesinó sistemáticamente a detenidos musulmanes en Lase Bus Co., en la comisaría de policía de Brcko y en el campo de Luka (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 3). Para la fiscalía estos hechos fueron cometidos por el acusado “con la intención de destruir una parte sustancial o significativa de la población bosnio-musulmana como grupo nacional, étnico o religioso” (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999). Goran Jelisić finalmente fue absuelto porque no se acreditó, más allá de toda duda razonable, que la elección de las víctimas obedeció a la voluntad de destruir las figuras más representativas de la comunidad musulmana de Brcko, hasta el punto de amenazar la supervivencia de la comunidad (TPIY, Ca-

so *Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 88, 93 y 98). Las ejecuciones realizadas por *Jelisić* fueron de manera aleatoria, las muertes fueron arbitrarias, sin poderse acreditar la concurrencia del *dolus specialis* (intención de destruir en parte al grupo) del crimen de genocidio (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 106-108).

El criterio que adopta la jurisprudencia de este tribunal *ad hoc* es que la destrucción tiene que ser, al menos, de una parte “sustancial” (*substantial*) del grupo²⁴. Y esa destrucción será sustancial, para el TPIY, si la intención del perpetrador es dañar a una gran mayoría del

²⁴ TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 82; Caso *Sikirica et al.*, 3/09/2001, párr. 77; Caso *Krstić*, 2/08/2001; Caso *Krstić*, 19/04/2004, párrs. 8 y 12; y Caso *Krajišnik*, 27/09/2006, párr. 853; Caso *Popović et al.*, 10/06/2010, p. 831. Esta última sentencia reconoce como grupo protegido el de los “musulmanes del Este de Bosnia”, como “parte del pueblo musulmán bosnio”; y se hace eco tanto de la Constitución Yugoslava de 1963, como de otras decisiones del TPIY que han reconocido a los bosnios musulmanes como grupo protegido (párrs. 839 y 840). En TPIY, *Caso Tolimir* (12/12/2012, párrs. 750 y 775), se volvió a reiterar que la población musulmana del este de Bosnia y, en particular, los enclaves de Srebrenica, Zepa y Gorazde, era parte integrante de la población musulmana de Bosnia.

En TPIY, *Caso Karadžić* (24/03/2016, párr. 5672) se insiste en que la parte tiene que ser sustancial, y se vuelve a reafirmar que, a efectos del artículo 4 ETPIY, los grupos protegidos eran los bosnios musulmanes y los bosnios croatas. La Sala de Instancia concluye que se cometió un genocidio porque miembros de las Fuerzas serbias de bosnia, con la intención de destruir a los bosnio-musulmanes de Srebrenica —que constituía una parte sustancial del grupo protegido de los bosnio-musulmanes— mataron a miles de barones bosnio musulmanes y causaron graves daños físicos o mentales a miles de bosnios musulmanes de Srebrenica.

En TPIY, *Caso Mladić* (22/11/2017, párrs. 3436 y 3437) se resuelve, aunque con el voto disidente del juez Orić, que los perpetradores de los actos prohibidos en los municipios de Sanski Most, Vlasenica, y Foca, y algunos autores en los municipios de Kotor Varos y Prijedor, actuaron con la intención de destruir a los bosnios musulmanes en determinados municipios como una parte del grupo protegido.

Finalmente, en el caso *Jelisić*, el TPIY enumera las fuentes estudiadas por la Sala de Instancia para deducir que la eliminación parcial del grupo debe ser de una parte “sustancial” (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, notas 110 y 112). Entre estas fuentes, la sentencia destaca la carta remitida por Lemkin al Senado de los Estados Unidos de América —cuando se debatía el artículo 2 de la Convención contra el Genocidio— en la que explicaba que la intención de destruir en parte se debería interpretar como una destrucción de “naturaleza sustancial” (TPIY, *Caso Jelisić*, 14/12/1999, párr. 82).

grupo objeto de protección (intención de destruir a un grupo en masa) o a un número menor, cuando las personas atacadas son los miembros más representativos del grupo, y hubieren sido seleccionados por el impacto que su desaparición tendría en la supervivencia del grupo objeto de agresión (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 82).

La Sala de Apelaciones del TPIY matizó que el número de personas atacadas es un elemento considerable que hay que tener presente para determinar el factor sustancial de la parte del grupo atacado, de tal forma que el número de individuos agredidos tiene que ser evaluado en relación con el tamaño total del grupo completo (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004). Y, por otro lado, confirmó que no solo es importante el número de miembros acometido, sino que hay que comprobar si la parte combatida es “emblemática” dentro del grupo, considerado, este, en su conjunto, o “esencial” para su supervivencia (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004). El grupo sustancial también puede estar formado por personal militar, aunque en la práctica, y por lo general, la intención genocida se refiera a civiles (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 12; Caso *Brđanin*, 1/09/2004, párr. 702; Caso *Blagojević y Jokić*, 17/01/2005 párr. 668; Caso *Popović et al.*, 10/06/2010, párr. 832).

En el caso *Krstić*, por ejemplo, la Sala de Instancia del TPIY, razonó que se cometió un genocidio “en parte” del grupo musulmán bosnio, porque el Ejército de la República Srpska (VRS) tuvo la intención de matar a todos los hombres musulmanes bosnios en edad militar en Srebrenica (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001; Caso *Krstić*, 19/04/2004). La sentencia fundamenta como estos hombres constituían una parte sustancial del grupo bosnio-musulmán, porque —y sin perjuicio de medir, en general, lo sustancial en términos numéricos o cualitativos— la muerte de esas personas inevitable y fundamentalmente llevaría a la aniquilación de toda la comunidad musulmana de Bosnia Srebrenica (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párrs. 581 y 598; Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 19). Por tanto, para el TPIY “la intención de matar a todos los hombres equivalió a la intención de destruir una parte sustancial del grupo bosnio-musulmán” (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 634; Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 22 y 23).

En esta sentencia, la Sala de Instancia, añade otra pauta para identificar cuándo una parte del grupo es sustancial, esto es, el criterio del

“impacto” que produce el genocidio parcial “en parte” en la totalidad del grupo. La sentencia demuestra como las Fuerzas Bosnio Serbias tuvieron que saber en el momento que decidieron matar a todos los hombres en edad militar, que esa selección tendría un impacto duradero en el grupo entero, porque, incluso, esas fuerzas atacantes tuvieron que ser conscientes del catastrófico impacto que la desaparición de dos o tres generaciones de hombres ocasionaría en la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párrs. 592 a 595)²⁵. Esta resolución atribuye de forma contundente a las fuerzas serbias, que en el momento en el que decidieron matar a todos los hombres en edad militar, sabían que esas muertes junto con el traslado forzoso de las mujeres, niños y ancianos resultarían inevitables en la desaparición física de la población bosnio musulmana en Srebrenica (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 595). La Sala de Apelación añadió que la destrucción física de los hombres tuvo graves consecuencias procreativas para la comunidad musulmana de Srebrenica (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 28).

También el TPIY, en el caso *Popović*, anuda la sustancialidad del grupo al impacto que produce en el mismo su destrucción parcial. En este caso, la Sala de Instancia consideró que los musulmanes del este de Bosnia eran una parte sustancial del grupo completo de los bosnios musulmanes y que los asesinatos produjeron un impacto perjudicial en la supervivencia física de los musulmanes del este de Bosnia (TPIY, Caso *Popović*, 10/06/2010, párrs. 831, 865, 866).

La destrucción parcial para el TPIY debe ser suficientemente significativa para tener un impacto en el grupo en su conjunto (Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 552; Caso *Mladić*, 22/11/2017, párr. 3437). Para el tribunal internacional, el requisito de la sustancialidad incluye el rasgo definitorio del crimen de genocidio, como un crimen

²⁵ Sobre la descripción de la sociedad patriarcal musulmán bosnia ver, párrs. 90 a 94. La fiscalía en su acusación había considerado que la muerte de, al menos, 7.475 personas, dentro de un grupo de entre 38.000 y 42.000 miembros, constituía no solo una parte sustancial del grupo por el elevado número de víctimas, sino también porque las víctimas representaban una parte significativa del grupo, precisamente porque era de conocimiento común que los bosnios musulmanes de bosnia constituían una sociedad patriarcal en la cual los hombres tenían más educación, formación y proveían apoyo material a su familia (párr. 592) Ver también, *Krstić*, 19/04/2004.

de proporciones masivas y refleja la preocupación de la Convención contra el Genocidio por el impacto que la destrucción parcial tendrá en la supervivencia del grupo (TPIY, Caso *Krstić*, 19/04/2004, párr. 8).

El criterio de la destrucción de una parte sustancial se matiza respecto del de la fiscalía, para la que la destrucción del grupo parcial debe identificarse con la eliminación de una “parte significativa” del grupo, entendida esta, desde criterios cuantitativos, al afectar a una parte importante del grupo, o cualitativos, si ataca a una fracción representativa del grupo, como pueden ser sus líderes (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párrs. 81 a 83; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 582)²⁶. La jurisprudencia del TPIY también desechó la postura propugnada por alguna defensa para la que el término “en parte” se refería a los concretos crímenes realmente cometidos y no a la intención de destruir parcialmente un grupo. La *mens rea*, para los que propugnaban esta postura, se debe proyectar sobre la intención de destruir totalmente el grupo, y nunca sobre la voluntad de destrucción parcial del mismo (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 583).

Por último, y en relación con el interrogante inicial que se planteaba el TPIY sobre si el genocidio se puede cometer en un área geográfica limitada (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001), la Sala de Instancia del TPIY, concluye, que la costumbre internacional admite que el genocidio puede ser perpetrado en una zona geográfica limitada, como una región o un municipio (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 81 y 83; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párrs. 589 y 590; Caso *Stakić*, 31/07/2003, párrs. 523 y 524).

²⁶ Esta sentencia, en apoyo de su afirmación, cita a la Asamblea General de las Naciones Unidas que calificó como un acto de genocidio el asesinato de aproximadamente 800 palestinos detenidos en Sabra y Shatila, la mayoría de los cuales fueron mujeres, niños y ancianos (AGNU, AG/Res.37/123D, 16/12/1982). Así mismo se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el caso *Nikola Jorgi*, que confirmó la sentencia del Tribunal Supremo de Düsseldorf, interpretando la intención de destruir al grupo “en parte” incluyendo la intención de destruir un grupo dentro de un área geográfica limitada. Y también cita la sentencia contra *Novislav Djajic* de 23 de mayo de 1997, de la Sala de Apelaciones bávara que encontró de manera similar que se cometieron actos de genocidio en junio de 1992 aunque fuesen confinados dentro del distrito administrativo de Foca.

4. GENOCIDIO PARCIAL A TRAVÉS DEL ATAQUE AL LIDERAZGO O DIRIGENCIA DEL GRUPO

En las líneas anteriores he descrito la vital importancia del elemento subjetivo o *mens rea* en el crimen de genocidio y el criterio para acotar la intención de destruir un grupo parcial sustancial. La concurrencia de la sustancialidad de parte del grupo es el requisito que el TPIY proyecta directamente sobre los líderes de un grupo, para determinar que los ataques producidos bajo la intención de destruir a los líderes son constitutivos del crimen de genocidio.

El TPIY aborda las agresiones al liderazgo de los grupos. Para la Sala de Instancia, el genocidio parcial también comprende, como he avanzado, la intención de destrucción de una parte significativa de un grupo, como es el de su liderazgo (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 87; Caso *Sikirica*, 3/09/2001, párr. 76 a 85; Caso *Stakić*, 31/07/2003, párr. 525; Caso *Brđanin*, 1/09/2004, párr. 703). El TPIY respalda su postura en la Comisión de Expertos, para la que la intención de destruir una parte específica de un grupo, como a sus líderes, es un elemento indiciario importante de la comisión de un genocidio, con independencia del número real de personas atacadas (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 587). La Comisión atribuye el calificativo de líderes, entre otros, a los dirigentes políticos, administrativos, religiosos, personalidades universitarias e intelectuales, dirigentes de círculos de negocios u otros (TPIY, Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 587; Caso *Tolimir* 12/12/2012, párr. 777).

La Comisión añade que, para comprobar la intención genocida contra los dirigentes hay que valorarla en el contexto del resto del grupo y la suerte que corrieron, es decir, si un grupo sufre la exterminación de su liderazgo y a raíz de esa pérdida, un gran número de sus miembros son asesinados o sometidos a otros actos atroces, por ejemplo, deportación, el conjunto de violaciones debe ser considerado en su totalidad para interpretar las disposiciones de la Convención contra el Genocidio, de acuerdo con su propósito (TPIY, Caso *Jelisić*, 14/12/1999, párr. 82; Caso *Krstić*, 2/08/2001, párr. 587).

El TPIY en el caso *Tolimir* desarrolla con precisión cuando el asesinato de líderes es objeto de genocidio. La Sala de Instancia retoma el informe de la Comisión de Expertos (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012, párr. 777) y la doctrina del caso *Jelisić* (TPIY, 14/12/1999, párr. 82)

respecto de que la intención genocida puede consistir en el deseo de exterminar a un gran número de miembros del grupo, o en la destrucción deseada de un número más limitado de personas seleccionadas por el impacto que su desaparición tendría sobre la supervivencia del grupo como tal (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012; Caso *Jelisić*, 14/12/1999; Caso *Sikirica*, 3/09/2001).

El caso concreto se refería a los tres líderes más importantes del enclave de Zepa, un alcalde, un coronel y un jefe de una unidad de protección civil²⁷. Los tres, después de la finalización de la operación de expulsión forzosa en Zepa fueron detenidos y finalmente las Fuerzas serbias de Bosnia los mataron y los enterraron en una fosa común (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012, párrs. 778 y 781). La Sala de Instancia consideró que los mataron por ser líderes en Zepa en el tiempo en que estaba poblada por bosnios musulmanes (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012, párr. 779).

El TPIY estimó que los tres asesinatos no debían ser contemplados de forma aislada (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012, párr. 779). Los tres constituían el núcleo del liderazgo civil y militar de Zepa y fueron claves para la supervivencia de esa pequeña comunidad (TPIY, Caso *Tolimir*, 12/12/2012, párrs. 778 y 781). Y, por otro lado, para concluir que fue genocidio, la Sala de Instancia, valoró también —siguiendo el criterio del caso *Jelisić*— el destino del resto de la población de Zepa. Para el tribunal el traslado forzoso inmediatamente anterior al asesinato de los tres líderes fue un elemento de la intención genocida, porque para asegurar que la población bosnio-musulmana de este enclave no pudiera reproducirse, era suficiente (en el caso de Zepa) eliminar a su población civil, destruir sus hogares y su mezquita y asesinar a sus líderes más prominentes (TPIY, Caso *Tolimir* 12/12/2012, párr. 779).

En definitiva, el TPIY concluyó, por mayoría que el asesinato de los tres líderes fue un caso de destrucción deliberada de un número limitado de personas seleccionadas por el impacto que su desaparición

²⁷ Mehmed Hajric era el alcalde del municipio y presidente de la Presidencia de Guerra; el coronel Avdo Palic era comandante de la Brigada ABiH de Zepa, y Amir Imamovic, el Jefe de la Unidad de Protección Civil (TPIY, Caso *Tolimir*, 12/12/2012).

tendría en la supervivencia del grupo como tal. Las Fuerzas serbias de Bosnia mataron a los tres líderes con la específica intención genocida de destruir una parte de la población musulmana de Bosnia como tal²⁸.

La Sala de Apelación, sin embargo, consideró que los hechos no eran constitutivos de genocidio precisamente porque el asesinato de los tres líderes tuvo lugar con posterioridad al traslado de la población. Por ello considera que no tuvo impacto en la misma (TPIY, Caso *Tolimir*, 8/04/2015, párrs. 268 a 270).

5. CONCLUSIONES

El artículo 4.2 ETPIY acoge la definición de genocidio compartida en el ámbito del Derecho penal internacional. Es idéntica a la de la Convención contra el Genocidio, a la del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y a la del ECPI.

El crimen de genocidio protege bienes jurídicos supranacionales, y es un tipo pluriofensivo porque defiende la existencia de determinados grupos, pero también bienes jurídicos individuales. El elemento subjetivo o *mens rea* es el que fundamenta a este crimen internacional de primer grado. Por un lado, exige el conocimiento y la intención de realizar los elementos materiales del delito o cada una de las conductas en las que se instrumentaliza el delito de genocidio. Y, por otro lado, al ser un delito de intención, exige el especial propósito o finalidad de destruir total o parcialmente al grupo humano protegido “como tal”. La prueba de la concurrencia de la *mens rea* es difícil, para ello habrá que acudir a todos los elementos externos y circunstancias concurrentes.

El genocidio es un crimen de consumación anticipada. No es necesario que se destruya total o parcialmente al grupo protegido. El atentado a un miembro del grupo con la finalidad de eliminar este de forma total o parcial es suficiente para su consumación. El tipo normativo del genocidio en el Derecho penal internacional no requiere

²⁸ La Fiscalía alegó que los asesinatos específicos de los tres líderes bosnios musulmanes de Zepa fueron una consecuencia natural y previsible de la empresa criminal conjunta para trasladar a la fuerza a las poblaciones bosnio-musulmanas de Srebrenica y Zepa (TPIY, Caso *Tolimir*, 12/12/2012, párr. 776).

de ningún elemento de contexto, sin perjuicio de que en la praxis sea difícil imaginar que este crimen no aparezca dentro de un contexto de sistematicidad o masividad. Si el ECPI exige ese contexto, no es por ser un elemento material del crimen, sino como un criterio para fijar su competencia. El TPIY inicialmente exigió ese elemento de contexto, pero la Sala de Apelación sentenció que la existencia de un plan no forma parte de la definición del crimen de genocidio.

El genocidio es un delito de resultado cortado, ya que el autor se propone como fin alcanzar el resultado de destrucción o exterminio total o parcial del “grupo” mediante el atentado a bienes jurídicos individuales. El autor del crimen selecciona a sus víctimas, no por sus características individuales concretas, sino por su pertenencia al grupo que desea exterminar. Las víctimas en el crimen de genocidio son nadificadas. Al responsable del crimen de genocidio le interesa el grupo (objetivo), no la concreta víctima.

Es importe delimitar el concepto de grupo para averiguar si este es uno de los referidos en la definición de este crimen internacional. El TPIY parece haberse decantado, después de algunas vacilaciones favorables al criterio subjetivo, por la adopción de un criterio mixto y positivo. El TPIR transitó del objetivo al subjetivo y después al mixto. Para la CPI el criterio válido sería igualmente el mixto. Este criterio mixto es el adecuado para delimitar el concepto de grupo.

Por último, para determinar qué debe entenderse por grupo “parcial” o “en parte”, el TPIY retoma los elementos subjetivos del crimen de genocidio, de tal forma que inicialmente se requerirá la concurrencia de la *mens rea* consistente en la realización de cualquiera de las conductas individuales típicas por parte del sujeto activo con la intención de destruir parte de un grupo. Esa parte del grupo debe ser “sustancial”. Y esa parte será sustancial tanto cuando la intención se dirija a dañar una mayoría importante del grupo objeto de protección o, más allá de los elementos cuantitativos, cuando las personas atacadas sean miembros representativos del grupo. Y siempre que se produzca un impacto en la supervivencia del grupo.

El genocidio parcial puede cometerse un área geográfica limitada. También será genocidio parcial el ataque a determinados miembros de un grupo, con la intención de destruir a sus líderes o dirigentes

cuando esa eliminación tuviera un impacto en la supervivencia del grupo como tal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer.
- Cassese A. (2003). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Chalk, F. y Jonassohn, K. (1989). *The history and Sociology of Genocide*. New Haven: Yale University Press, pp. 25 y 30.
- Fernández-Pacheco Estrada, C. (2007). Apuntes jurisprudenciales sobre el delito de genocidio: las contribuciones de los tribunales internacionales. *La Ley*, 6635.
- Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional*. Madrid:Tecnos.
- Gil, A. (2019). El crimen de genocidio. En Gil, A. y Maculan, E. (Dirs.). *Derecho penal internacional* (2a ed.). Madrid: Dykinson.
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for International peace.
- Lemkin, R. (2018). En Frieze, D. (ed.), J. González Ibáñez (trad.). *Totalmente extraoficial, autobiografía*. Madrid: Berg Institute.
- Ollé, M. (2019a). La aplicación del Derecho penal internacional por los tribunales nacionales. En Gil, A. y Maculan, E. (Dirs.). *Derecho penal internacional* (2a ed.). Madrid: Dykinson, pp. 147 a 152.
- Ollé, M. (2019b). *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*. Madrid: Aranzadi.
- Sands, P. (2018). *Calle Este-Oeste, sobre los orígenes de genocidio y crímenes contra la humanidad*. Madrid: Anagrama.
- Schabas, W.A. (2000). *Genocide in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Werle, G. y Jessberger, F. (2017). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia nacional

España

- Tribunal Supremo De España. Sala Segunda. (1 de octubre de 2007). Sentencia Número 798/2007.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

CIJ. (6 de abril de 1955). *The Nottebohm Case* (Liechtenstein c. Guatemala, Second Phase).

CIJ. (26 de febrero de 2007). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro).

Corte Penal Internacional

CPI. (4 de marzo de 2009). Caso *Omar Hassan Ahmed Al Bashir*. No. ICC-02/05-01/09-3.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4-T.

TPIR. (7 de junio de 2001). Caso *Ignace Bagilishema*. No. ICTR-95-1A-T.

TPIR. (4 de septiembre de 1998). Caso *Jean Kambanda*. No. ICTR-97-23-S.

TPIR. (22 de enero de 2004). Caso *Jean de Dieu Kamuhanda*. No. ICTR-95-54^a-T.

TPIR. (21 de mayo de 1999). Caso *Clément Kayishema y Obed Ruzindana*. No. ICTR-95-1-T.

TPIR. (27 de junio de 2000). Caso *Alfred Musema*. No. ICTR-96-13-A.

TPIR. (2 de diciembre de 1999). Caso *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*. No. ICTR-96-3-C.

TPIR. (9 de julio de 2004). Caso *Eliézer Niyitegeka*. No. ICTR-96-14-A.

TPIR. (15 de mayo de 2003). Caso *Laurent Semanza*. No. ICTR-97-20-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY. (17 de enero de 2005). Caso *Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*. No. IT-02-60-T.

TPIY. (1 de septiembre de 2004). Caso *Radoslav Brđanin*. No. IT-99-36-T.

TPIY. (14 de diciembre de 1999). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-T.

TPIY. (5 de julio de 2001). Caso *Goran Jelisić*. No. IT-95-10-A.

TPIY. (11 de julio de 1996). Caso *Radovan Karadžić y Ratko Mladić*. No. IT-95-5/18-R61.

TPIY. (24 de marzo de 2016). Caso *Radovan Karadžić*. No. IT-95-5/18-T.

TPIY. (27 de septiembre de 2006). Caso *Momčilo Krajišnik*. No. IT-00-39-T.

TPIY. (2 de agosto de 2011). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-T.

TPIY. (19 de abril de 2004). Caso *Radislav Krstić*. No. IT-98-33-A.

TPIY. (22 de noviembre de 2017). Caso *Ratko Mladić*. No. IT-09-92-T. Judgment Volume III of V.

TPIY. (10 de junio de 2010). Caso *Popović et al.* No. IT-05-88-T.

TPIY. (3 de septiembre de 2001). Caso *Duško Sikirica et. Al.*, No. IT-95-8-T.

TPIY. (31 de julio de 2003). Caso *Milomir Stakić*. No. IT-97-24-T.

TPIY. (22 de marzo de 2006). Caso *Milomir Stakić*. No. ICTR IT-97-24-AC.

TPIY. (12 de diciembre de 2012). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88/2-T.

TPIY. (8 de abril de 2015). Caso *Zdravko Tolimir*. No. IT-05-88/2-A.

Capítulo 16

La responsabilidad por genocidio conforme a la empresa criminal común: particular atención a la jurisprudencia relativa a su tercera categoría

Ania Salinas*

INTRODUCCIÓN

Aun cuando no se encontraba incluida expresamente en los estatutos de los Tribunales Ad-Hoc, la noción de Empresa Criminal Común o Conjunta-ECC, fue desarrollada por la Sala de Apelaciones del TPIY a partir del caso *Tadić*. Tal decisión afirmó su naturaleza consuetudinaria, en base a su uso por parte de diversos sistemas nacionales y los tribunales de post-guerra, y su aplicación como forma de “comisión” en virtud del artículo 7(1) del Estatuto de dicho Tribunal (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999, párr. 188). De su jurisprudencia posterior quedó claramente establecido que se recurría a la ECC para definir el concepto de coautoría (TPIY, Sala de Apelaciones, *Milutinović et al.*, 21/05/2003). Si bien no exenta de críticas, el desarrollo del concepto y alcances de la ECC es quizás una de las contribuciones más importantes y parte central del legado del TPIY al desarrollo de la doctrina del derecho penal internacional, esbozada con el objeto de “asegurar que la culpabilidad individual no se oculte en la niebla de criminalidad colectiva y la responsabilidad resulte evadida” (Cassese, 2009, p. 294).

* Las opiniones vertidas en este artículo se realizan a título personal, son de responsabilidad exclusiva de la autora y no reflejan la opinión de la Corte Penal Internacional ni la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Debido al extenso número de decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia citadas en este capítulo, los editores han decidido adoptar para este capítulo un sistema de citación propio, que facilite su identificación.

La noción de ECC llegó a aplicarse de manera general tanto en el TIPY (TPIY, Sala de Apelaciones, *Dorđević*, 27/01/2014; TPIY, Sala de Apelaciones, *Popović et al.*, 30/01/2015; TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Sala de Apelaciones, *Stakić*, 22/03/2006; TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007; TPIY, Sala de Apelaciones, *Milutinović et al.*, 21/05/2003), como en el TPIR (TPIR, Sala de Apelaciones, *Rwamakuba*, 22/10/2004; TPIR, Sala de Apelaciones, *Gatete*, 09/10/2012; TPIR, Sala de Apelaciones, *Simba*, 27/11/2007; TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirumpatse*, 29/09/2014) y fue subsecuentemente reconocida por la CESL (CESL, Sala de Primera Instancia II, *Taylor*, 18/05/2012; CESL, Sala de Apelaciones, *Sesay, Kallon and Gbao*, 26/10/2009; CESL, Sala de Apelaciones, *Brima, Kamara and Kanu*, 22/02/2008), las SECC (SECC, Sala de Cuestiones Preliminares, *Ieng Thirith et al.*, 20/05/2010; SECC, Sala de Corte Suprema, *Khieu Shamphân and Nuon Chea*, 23/11/2016; SECC, Sala de Primera Instancia, *KHIEU and NUON*, 16/11/2018), el Alto Tribunal de Iraq y el TEL (TEL, Sala de Apelaciones, *STL-11-01/I*, 16/02/2011). Si bien no ha sido seguida por la jurisprudencia de la CPI —habiéndose sido “reemplazada” y “desplazada” por la aprobación y el texto expreso del ER según indican algunos (Fletcher y Ohlin, 2005, pp. 548-549)— hoy en día constituye, sin lugar a dudas, un sólido concepto de coautoría aplicable al derecho penal internacional en aquellos casos en los que existe una pluralidad de individuos que comparten un propósito criminal común y coordinan sus esfuerzos para cometer un crimen y en el que el rol específico de cada participante en el propósito común resulta difuso por la naturaleza y escala masiva y compleja de los crímenes.

La aplicación de la tercera categoría de ECC, también conocida como variante amplia, que incluye aquellos delitos que a pesar de ir más allá del plan común eran una consecuencia natural y previsible de su ejecución, toma especial relevancia al momento de asignar responsabilidad a los distintos actores involucrados en extensas campañas de crímenes internacionales. Además, a través de esta figura la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* admitió la posibilidad de que una persona pudiera ser condenada como responsable del delito de genocidio (TPIR, Sala de Apelaciones, *Rwamakuba*, 22/10/2004; TPIY,

Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 19/03/2004), aun cuando tal delito no hubiera sido parte integral del plan común de la ECC, e incluso sin que fuera necesario demostrar que el participante en la ECC contara con la intención genocida especial requerida por el delito, bastando con que el sujeto estuviera consciente de la posibilidad de que otros pudieran cometerlo.

A continuación, analizaremos, en primer lugar, los distintos elementos materiales y mentales de las diversas categorías de ECC de la forma en la que han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional a partir del caso *Tadić*, lo que nos permitirá comprender a cabalidad las características específicas que diferencian a la variante amplia que nos ocupa de las otras figuras de ECC. Luego, exploraremos las dificultades que han sido identificadas por la doctrina y otros tribunales internacionales en la aplicación de la tercera categoría de ECC, particularmente cuando se utiliza para imputar responsabilidad como coautor del delito de genocidio a los miembros de la ECC que no contaban con el *dolus specialis* requerido por el tipo penal. Finalmente, concluiremos esta reseña jurisprudencial con ciertas sugerencias para lidiar con los desafíos para los que fue originalmente esbozada la variante amplia de la doctrina.

1. LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE ECC Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La teoría de la ECC distingue tres categorías de la misma, tradicionalmente conocidas como: (i) la variante “básica” o ECC I; (ii) la variante “sistémica” o ECC II; y (iii) la variante “amplia” o ECC III. En términos muy generales, en la variante básica, todos los miembros de la ECC comparten la intención de cometer el crimen de que se trata. La variante sistémica, que es una subcategoría de la básica, se aplica a aquellos casos en los que el plan común adquiere una estructura institucional y se transforma en un sistema de represión. Por último, la variante amplia cubre aquellos delitos cuya comisión, a pesar de ir más allá del plan común, eran una consecuencia natural y previsible de su ejecución (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999).

1.1. Elementos Materiales

Los elementos materiales básicos requeridos por doctrina de la ECC, comunes a las tres categorías del mismo, conforme se esbozaron a partir del caso *Tadić* (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999, párr. 227) son los siguientes: (i) una “pluralidad de personas”, las que no necesitan pertenecer a ningún tipo de estructura u organización (ii) la “existencia de un propósito o plan común que constituye o involucra la comisión de uno o más delitos”, el que debe ser acordado libremente por los miembros de la ECC, pero “no es necesario que sea acordado con anterioridad” a la comisión de los delitos ni que sea expreso, ya que su existencia puede deducirse de las circunstancias del caso; y (iii) la “participación del acusado en el plan o propósito común”, tal participación “no implica necesariamente la comisión de un crimen”, sino que “puede tomar la forma de asistencia o contribución a la ejecución del plan común”.

1.1.1. Pluralidad de Personas

Lo que se requiere es una “pluralidad de personas que actúen conforme al propósito criminal común que involucra la comisión de crímenes” de la competencia del tribunal (TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005, párr. 81), pero “no es necesario identificar por su nombre a cada uno” de los miembros de la empresa criminal común (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirum-patse*, 29/09/2014, párr. 150; TPIY, Sala de Apelaciones, *Krajišnik*, 17/03/2009, párr. 156).

1.1.2. Propósito o Plan Común

El plan común debe estar dirigido específicamente a la comisión de los delitos integrales de la ECC o, al menos, la comisión de los mismos debe haber sido el medio elegido para obtener los fines del plan común (TPIY, Sala de Primera Instancia I, *Krajišnik*, 27/09/2006; TPIY, Sala de Primera Instancia III, *Prlić et al.*, 29/05/2013; TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999). Además, la Sala de Apelaciones del TPIR, refiriéndose al caso *Tadić*, clarificó que podía surgir responsabilidad individual por medio de la participación en una ECC respecto

de cualquiera de los crímenes de competencia del tribunal, inclusive genocidio (TPIR, Sala de Apelaciones, *Rwamakuba*, 22/10/2004).

La CESL, por su parte, se apartó un poco de la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc especificando que el plan común debía ser “inherentemente criminal”; sin embargo, indicó que esto implicaba que “debía tener como objetivo ya sea un crimen de competencia del tribunal o contemplar tales crímenes como el medio para lograr su objetivo último” (CESL, Sala de Apelaciones, *Brima, Kamara and Kanu*, 22/02/2008, párr. 80).

Además, la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc se inclinó por indicar que en la variante sistémica o ECC II no era necesario “probar el plan o acuerdo respecto de cada uno de los crímenes cometidos dentro del propósito común” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Krnojelac*, 17/09/2003, párr. 97). Según explicaba Antonio Cassese (2009), el primer Presidente del TPIR, en la variante sistémica “no solo el que está a la cabeza” del sistema de represión, como un campo de concentración por ejemplo, “sino que también todos los colaboradores de alto rango” y “los que desarrollan tareas operativas o administrativas” junto a los que materialmente cometen los crímenes son responsables, basta con que los distintos individuos en la esfera de sus funciones “tengan conocimiento de los abusos que se perpetran y que voluntariamente participen del funcionamiento de la institución”, “implícita o expresamente compartiendo la intención de cometer los crímenes”. Solo se exceptúan aquellas personas que, por ejemplo, “trapean los pasillos o lavan la ropa, ya que éstos no prestan una contribución significativa a la implementación del plan criminal conjunto” (pp. 296-297). En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia indicó que “la posición de facto o de jure de un sujeto dentro de un campo será uno de los factores para determinar su participación en el propósito común”; pero, además, “la posición de autoridad de un individuo puede ser evidencia relevante de su conocimiento del sistema”, y su voluntad de participar en el mismo (TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005, párr. 101).

En el caso *Krajisnik*, el TPIY precisó que los medios para llevar adelante el plan común pueden “variar en el tiempo” y que “la ECC puede llegar a incluir medios criminales adicionales” para obtener los fines del plan común que no se habían considerado originalmente.

Ello, en la medida que la evidencia demuestre que “los miembros de la ECC estuvieron de acuerdo con la expansión” de los medios para cumplir el propósito criminal común a tales medios criminales adicionales, “[n]o es necesario demostrar que los miembros del plan común específica y formalmente acordaron la expansión, ya que tal acuerdo se puede materializar de manera extemporánea y puede ser inferido de evidencia circunstancial” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Krajišnik*, 17/03/2009, párr. 163). De esta manera, delitos que originalmente se presentaban como meras consecuencias previsibles del plan común —es decir, por los que podía existir responsabilidad mediante la variante amplia de la ECC— pueden pasar a conformar delitos integrales del mismo —punibles por tanto dentro de la variante básica y la sistémica— por ejemplo, cuando los miembros de la ECC reciben información sobre la comisión de tales crímenes anexos y, a pesar de ello, persisten en la ejecución del plan, sin evitar la comisión de dichos delitos, aceptando en consecuencia la expansión del plan común a los mismos (TPIY, Sala de Primera Instancia I, *Krajišnik*, 27/09/2006).

Además, es necesario que el plan se lleve a cabo, de manera que “el delito acordados (o, para la variante amplia, el delito previsible) se cometa en ejecución del acuerdo” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007, párr. 430). En efecto, la comisión de los crímenes en ejecución del plan común es un requisito esencial para que surja responsabilidad penal por esta doctrina, ya que la ECC es un modo de asignar responsabilidad individual por la comisión de un delito, aun cuando el sujeto no lo cometa directamente, y no es un delito en sí mismo (TPIR, Sala de Apelaciones, *Rwamakuba*, 22/10/2004; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 19/03/2004). En efecto, la ECC no criminaliza la sola pertenencia a una organización criminal.

1.1.3. Participación del acusado

Los miembros de la ECC deben contribuir a la ejecución del plan común, ya sea ejecutando de forma directa alguno de los elementos objetivos del tipo u omitiendo cumplir ciertos deberes con el objeto de facilitar la ejecución del plan común. Sin embargo, la presencia física del imputado en la escena del delito no es una condición necesaria para que el imputado sea hallado responsable como coautor del delito conforme a la teoría de la ECC (TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et*

al., 28/02/2005). Además, “no es necesario un acuerdo adicional entre el acusado y la persona que comete directamente el crimen. Lo que la ECC exige en todo caso es que exista un plan común que constituye o involucra la comisión de uno o más delitos” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007, párr. 418).

Así mismo, no es necesario que el acusado haya ejecutado ninguna parte del *actus reus* del crimen que se le imputa, solo se requiere que éste haya participado de alguna forma en facilitar la ejecución del plan común (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007), no exigiéndosele ni una contribución esencial ni una contribución directa al crimen que se le imputa, bastando con que la contribución sea “significativa” (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirum-patse*, 29/09/2014; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007). Sin embargo, si bien no se requiere una contribución “sustancial”, “la significancia de la contribución del acusado será relevante para demostrar que éste compartía la intención de llevar adelante el propósito común” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005, párr. 97).

Conforme a la jurisprudencia de las SECC, la contribución debe ser significativa, pero no necesariamente indispensable. Sin embargo, si bien tal contribución puede tomar muchas formas, debe ser una contribución a la comisión de los crímenes. En todo caso, teniendo en cuenta el propósito común, incluso las actividades que en un principio pueden parecer no relacionadas con la comisión de los crímenes deben ser tenidas en cuenta a fin de determinar si el acusado contribuyó significativamente a la implementación del plan criminal común de la ECC (ECCC, Sala de Apelaciones, *KHIEU Shamphân and Nuon Chea*, 23/11/2016).

La Sala de Apelaciones del TIPY en el caso *Brđanin* admitió que incluso era posible que los miembros de la ECC fueran responsables por los crímenes que no eran parte de la ECC y que eran cometidos por aquellos sujetos que el imputado o cualquiera de los otros miembros de la ECC hubiera usado como “herramienta” para cometer el o los crímenes integrales del plan común y tal persona, además o en vez de cometer el/los crímenes integrales, hubiera llevado adelante un crimen previsible de ser cometido por cualquier persona usada por alguno

de los miembros de la ECC y el acusado, voluntariamente, hubiese tomado tal riesgo (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007).

Por lo tanto, “debe ser posible imputar los crímenes al menos a uno de los miembros de la ECC el que, usando un perpetrador directo, actúa de conformidad con el plan común” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Martić*, 08/10/2008, párr. 159). Ahora bien, a fin de que un miembro de la ECC pueda ser considerado responsable de un crimen cometido por un no-miembro, se deberá demostrar que “la comisión de los crímenes por lo no-miembros formaban parte del propósito criminal común (primera categoría de ECC), o del sistema criminal organizado (segunda categoría de ECC), o eran una consecuencia natural y previsible del propósito criminal común (tercera categoría de ECC)” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Martić*, 08/10/2008, párr. 171).

El nivel de contribución exigido a los miembros de la ECC ha sido fuente de importantes críticas, ya que se indica que extiende los límites de la responsabilidad penal individual —particularmente en la variante sistémica y amplia— “casi bordeando con responsabilidad colectiva, ya que el castigo excede la contribución concreta al crimen” (van Sliedregt, 2007, p. 188).

1.2. Elementos Mentales

La distinción entre autoría y participación en la doctrina de la ECC se centra básicamente en el criterio subjetivo, ya que la responsabilidad de los miembros de la ECC se determina por el hecho de que éstos proceden a la ejecución del plan común con el deseo compartido de que se produzcan los delitos integrales del mismo. Lo anterior, argumenta Olásolo (2009), implica el claro rechazo de otros criterios alternativos como el objetivo-formal o el objetivo-material. Como veremos a continuación, a diferencia de los elementos materiales, los elementos mentales de la teoría de la ECC son diversos para cada una de las tres variantes de ECC.

1.3. Variante Básica

En el caso de la variante básica, todos los miembros de la ECC deben compartir la intención de cometer los delitos que forman parte integral del plan común (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999;

TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005) y contar con “la intención de participar en el plan común dirigido a la comisión de tales crímenes” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007, párr. 365). Es decir, deben actuar con dolo directo de primer grado en relación con los delitos integrales del mismo, cumpliendo con cualquier *dolus specialis* requerido por el tipo penal de que se trate (TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005).

Como ha observado la doctrina, la exigencia de que todos los miembros de la ECC compartan la intención de que se cometan los delitos integrales de la misma ha originado serios problemas al momento de determinar —particularmente en los casos de extensas campañas de crímenes internacionales desarrolladas durante un periodo considerable de tiempo— quienes pueden ser considerados responsables como miembros de la ECC y, por lo tanto, coautores de los delitos integrales de la misma. En efecto, originalmente se planteaba la duda de si todos los autores directos, mandos medios y altos líderes políticos debían de alguna forma haber acordado el plan común para la comisión de dicha campaña y si todos y cada uno de los autores directos podían ser imputados como coautores de la totalidad de los crímenes cometidos durante ésta (Olásolo, 2009).

Como se plasmó originalmente la teoría de la ECC en la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Sala de Apelaciones, *Krnjelac*, 17/09/2003), la exigencia era que los autores directos de los crímenes fueran también parte de la ECC, lo que permitía atribuir la comisión de los crímenes nucleares de la ECC a los autores intelectuales por el hecho de haber actuado de manera coordinada con los autores directos. Sin embargo, la aplicación de esta concepción tradicional conllevaba serios problemas probatorios y de culpabilidad, ya que como no exigía una contribución sustancial, permitía, por ejemplo, atribuir responsabilidad como coautor de toda una campaña de crímenes masivos a un soldado de bajo rango que ejecutara directamente solo uno de los crímenes de la misma (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007).

Esto llevó a un cambio jurisprudencial, con el que, en la práctica, los tribunales ad-hoc se alejaron de la doctrina tradicional de la forma aplicada en los países del common-law (Cryer, 2014), ya que se comenzó a exigir una contribución “significativa” y se consideró

posible que solo los líderes militares y políticos fueran miembros del plan común, quienes utilizaban sus subordinados como “herramientas” para asegurar la ejecución de dicho plan (TPIY, Sala de Apelaciones, *Martić*, 08/10/2008; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/10/2007). Lo fundamental ya no era que uno de los miembros del plan común ejecutara el crimen, sino que el crimen se enmarcara dentro del propósito criminal de la ECC (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007). Sin embargo, como nota Olásolo (2009), en la práctica, esta jurisprudencia transforma la naturaleza jurídica de la ECC, acercándola claramente a la teoría del dominio del hecho, dejando en cierta forma de lado el criterio estrictamente subjetivo.

1.4. Variante Sistémica

Por su parte, en la variante sistémica se requiere el conocimiento de la existencia del sistema de represión y la intención de favorecer la naturaleza criminal del mismo (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007). Por lo tanto, al igual que en la variante básica, se requiere dolo directo de primer grado en relación con los delitos integrales y cumplir con cualquier *dolus specialis* requerido por el tipo penal de que se trate.

1.5. Variante Amplia

Ya que la variante amplia constituye una extensión de la básica o sistémica, el primer requisito es contar con la intención de participar y favorecer la actividad o propósito criminal del grupo y contribuir a la ECC (TPIY, Sala de Apelaciones, *Blaškić*, 29/07/2004; CESL, Sala de Apelaciones, *Sesay, Kallon and Gbao*, 26/10/2009).

En adición a ello, los imputados deben actuar con conocimiento de que, en ejecución del plan común, es natural y previsible que se puedan cometer otros delitos anexos, no integrales del plan y deben aceptar dicho riesgo (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngi-rumpatse*, 29/09/2014; TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005).

Sin embargo, solo se requiere conocimiento de que el crimen que escapa al plan original es una “consecuencia meramente posible”, no

se requiere que sea “sustancialmente probable” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Blaškić*, 29/07/2004, párr. 33). Por lo tanto, esta variante también requiere dolo directo de primer grado en relación con los delitos integrales de la ECC y cumplir con cualquier *dolus specialis* requerido por éstos y adopta como elemento subjetivo para los crímenes anejos un estándar de culpa consciente/*dolus eventualis* (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007).

2. RESPONSABILIDAD POR GENOCIDIO Y LA VARIANTE AMPLIA DE ECC EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Conforme a lo dispuesto originalmente respecto de la variante amplia de ECC en el caso *Tadić*, ésta comprende aquellos casos en los que existe un plan común para ejecutar una determinada conducta, en el que uno de los participantes en dicho plan comete un acto que si bien no forma parte del plan común original era, sin embargo, una consecuencia natural y previsible de la ejecución del mismo. Todos los participantes de la ECC pueden ser considerados responsables de dicho acto anexo, en la medida que “haya sido una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común y el acusado haya actuado con imprudencia o indiferencia ante dicho riesgo” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999, párr. 204).

Lógicamente, lo importante es el conocimiento del acusado. Lo que es natural y previsible para uno de los miembros de la ECC puede no serlo para otro. La responsabilidad dependerá, por tanto, de la información disponible para cada uno de los participantes de la ECC. Esto resulta de especial relevancia para crímenes masivos. En efecto, la sola participación en una ECC sistemática no necesariamente acarrea responsabilidad para todos los participantes y por todos los crímenes anejos que se cometan, será necesario demostrar que el acusado tenía conocimiento de que los crímenes anejos eran una consecuencia natural y previsible del plan (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirumpatse*, 29/09/2014; TPIY, Sala de Apelaciones, *Kvočka et al.*, 28/02/2005). Además, el crimen anexo debe ser

“previsible para el acusado en particular” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007, párr. 365).

El primer tipo de ofensas incluidas en esta categoría por la jurisprudencia de post guerra, incluía las situaciones de desorden en las que una serie de individuos actuaban con un propósito común y cada uno de ellos cometía ofensas en contra de la(s) víctima(s), pero no se sabía o era imposible determinar exactamente qué actos habían sido ejecutados por cuál perpetrador o cuál era el vínculo causal entre cada acto y el daño eventualmente causado a la(s) víctima(s) (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999).

Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc fue más allá, y en el caso *Karemera*, la Sala de Apelaciones del TIPR indicó que, bajo la tercera forma de ECC, el derecho consuetudinario internacional permitía la imposición de responsabilidad a un acusado por crímenes cometidos por sus coparticipantes en una ECC de “vasto alcance”. En la medida que los crímenes hayan sido una consecuencia previsible del plan común, surgirá responsabilidad, aun cuando el acusado no hubiese acordado con los otros participantes que esos crímenes en particular se cometerían. Según el TIPR, no existía riesgo de responsabilidad objetiva, ya que los crímenes debían ser previsibles para el acusado en particular y, en ciertos casos, los crímenes cometidos por algunos de los participantes del plan común no serían previsibles para otros participantes en una ECC de larga escala, por ello, en la medida que la estructura o la distancia geográfica puede llegar a afectar la previsibilidad, la escala de la ECC sí puede llegar a ser relevante (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera et al.*, 12/04/2006).

Van Sliedregt (2007) consideraba “justificable” el uso de la variante amplia de ECC como modo de participación incluso para condenas por genocidio, pero argumentaba que no era aplicable a campañas de gran escala, ni para lidiar con la responsabilidad de los autores intelectuales de crímenes internacionales, ya que era necesario un vínculo directo con los que ejecutaban personalmente el crimen.

Sin embargo, la jurisprudencia afirmó que la doctrina de ECC no solo se aplicaba a casos de pequeña escala, sino que podía involucrar casos tan amplios como el plan mismo, incluso si este llegara a involucrar un sistema nacional de crueldad e injusticia organizada por el gobierno. La responsabilidad de un acusado bajo la doctrina

del “propósito común” puede ser “tan limitada o tan amplia como el plan en el que éste voluntariamente participó” (TPIR, Sala de Apelaciones, *Rwamakuba*, 22/10/2004, párr. 25; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007).

Además, como se indicó anteriormente, a partir del caso *Brđanin* la jurisprudencia admitió que también era posible que los miembros de la ECC fueran responsables por crímenes cometidos por otros sujetos que cualquier miembro de la ECC hubiera usado como “herramienta” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007). Sin embargo, el TEL precisó que para que se originara responsabilidad bajo esta categoría de ECC era necesario que el crimen que escapaba al plan común estuviera, a lo menos de manera abstracta, “en línea con la ofensa acordada”, de manera que “el infractor secundario tuviera la posibilidad efectiva de prevenir la comisión del crimen no acordado por parte del infractor primario” (TEL, Sala de Apelaciones, STL-11-01/I, 16/02/2011, párr. 241). Esto se basa en el hecho de que “este modo de responsabilidad incidental basado en predictibilidad y riesgo es consecuencial (e incidental) al plan común”. Este crimen “adicional” es una “consecuencia del propósito criminal común del que cada uno de los participantes ya era responsable” y solo “se vuelve posible debido al acuerdo previo” (TEL, Sala de Apelaciones, STL-11-01/I, 16/02/2011, párr. 243).

Existe, por tanto, como explicaba Antonio Cassese (2009), una relación de causalidad entre el crimen acordado, la consciencia por parte del infractor secundario de que el crimen adicional puede cometerse, su omisión al no prevenirlo o impedirlo y la comisión de dicha ofensa adicional por parte del infractor primario. El crimen adicional se basa en el crimen acordado y se torna posible ya que quien intenta cometer el crimen adicional no es impedido de cometerlo por aquel que estaba en conocimiento de que existía la probabilidad de que dicho crimen adicional se cometiera. Por lo tanto, la conducta del infractor secundario contribuye de manera significativa a la comisión del crimen adicional.

En cuanto al estado mental exigido para esta categoría, en el caso *Tadić* el TIPY indicó que lo requerido era, en todo caso, más que negligencia:

Lo que se requiere es un estado mental en el que aun cuando la persona no tuvo la intención de ocasionar un resultado determinado, estuvo consciente de que las acciones del grupo muy probablemente podían producir tal resultado, pero voluntariamente tomó dicho riesgo. En otras palabras, lo requerido es el llamado *dolo eventual* (también conocido como “culpa consciente” en ciertas legislaciones nacionales) (TPIY, Sala de Apelaciones, *Tadić*, 15/07/1999, párr. 220).

Las Salas de Apelaciones de los tribunales ad-hoc reiteraron de manera consistente que, para condenas bajo la tercera categoría de la ECC, “el acusado solo podía ser responsable de crímenes que escaparan al plan o propósito común si, en las circunstancias del caso: (i) era previsible que tal crimen podía ser perpetrado por uno u otros miembros del grupo y (ii) el acusado voluntariamente había tomado tal riesgo (*dolus eventualis*)” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007, párr. 365).

Basta con que el crimen anexo sea una “consecuencia natural y previsible” de la implementación del plan común (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirumpatse*, 29/09/2014, párrs. 623, 627). En cuanto al nivel de previsibilidad requerido, la Sala de Apelaciones del TIPY reiteró que había interpretado consistentemente los términos “natural y previsible” como un estándar de “posibilidad” y no como el estándar más exigente de “probabilidad”. En todo caso, el estándar de posibilidad no se cumple en escenarios improbables, ya que:

[p]lantado en un escenario de probabilidades, el estándar de *mens rea* de la ECC III no requiere un conocimiento de que el crimen anexo será probablemente cometido, requiere, sin embargo, que la posibilidad de que un crimen pueda ser cometido sea suficientemente sustancial para que sea previsible al acusado (TPIY, Sala de Apelaciones, *Karadžić*, 25/06/2009, párr. 18).

Ahora bien, en cuanto al punto central de este estudio, la Sala de Apelaciones del TIPY se mantuvo consistente en afirmar que era posible conferir responsabilidad conforme a la ECC III por delitos que requieren *dolus specialis*, como la persecución o el genocidio (TPIY, Sala de Apelaciones, *Stakić*, 22/03/2006, en relación con TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 19/03/2004). En el caso *Brđanin*, indicó que para asignar responsabilidad conforme a la variante amplia de ECC no era necesario demostrar que el acusado tenía la intención de come-

ter el crimen anexo o que sabía con certeza que el crimen se cometería. Ahora bien, para el caso en que el crimen anexo fuera genocidio, el Fiscal solo debía demostrar que era razonablemente previsible al acusado que un acto de genocidio podría llegar a cometerse y que se cometería, de ser el caso, con dolo genocida (TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 19/03/2004).

Por lo tanto, la jurisprudencia del TIPY reiteró en numerosas oportunidades que, en la medida que se estableciera el estándar de “previsibilidad razonable y consecuencia natural”, un acusado podía ser considerado criminalmente responsable de cualquier crimen que excediera lo acordado en la empresa criminal común (TPIY, Sala de Apelaciones, *Dorđević*, 27/01/2014, párr. 77; TPIY, Sala de Apelaciones, *Popović et al.*, 30/01/2015, párrs. 1440, 1707; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 19/03/2004, párr. 9).

En todo caso, el TIPY aclaró que no bastaba con que la persona “hubiera creado las condiciones que hubiese hecho posible la comisión del delito que excede el propósito común, es en efecto necesario que la ocurrencia de tal delito haya sido previsible y que el acusado haya asumido voluntariamente el riesgo de que el crimen se cometiera” (TPIY, Sala de Apelaciones, *Martić*, 08/10/2008, párr. 83).

Este punto particular del aspecto subjetivo de la variante amplia de la ECC ha sido, en efecto, altamente cuestionado por la doctrina y jurisprudencia internacional, por parecer contrario al principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*) y aumentar el espectro de responsabilidad por asociación, siendo considerado por algunos “fundamentalmente injusto” (Badar, 2013, p. 431; Danner y Martínez, 2005, p. 137; Jain, 2014, pp. 73-74).

Cassese (2009) respondía a tales críticas con tres argumentos. Primero, respecto del grado de culpabilidad requerido, esgrimía que, aunque el infractor secundario no contara con dolo directo para cometer el delito no acordado, éste formaba parte de una empresa criminal que incluía la comisión del crimen acordado y el delito adicional (no acordado) solo se hacía posible debido a su participación en la empresa criminal y por no haber impedido o haber renunciado al plan una vez que pudo prever el crimen adicional. Existe, por tanto, un vínculo de causalidad entre el crimen acordado, el estado mental y la actitud del infractor secundario y el crimen adicional cometido por el

infractor primario. La ECC I crea la plataforma necesaria para que los crímenes de la ECC III se cometan. En segundo lugar, el menor grado de culpabilidad del infractor secundario, cuando proceda, puede ser tenido en cuenta al momento de la imposición de la sentencia. Por último, la razón de existir de la ECC III es debido a consideraciones de política pública y la necesidad de proteger a la sociedad en contra de personas que se ponen de acuerdo para emprender una empresa criminal y persisten en la conducta criminal incluso cuando prevén que crímenes más serios, y que escapan a la empresa común, pueden llegar a cometerse. Además, el temor de abuso de la ECC como modo de responsabilidad se encuentra mitigado a nivel internacional, ya que los procedimientos internacionales se conducen con pleno respeto a los derechos del acusado y las garantías del debido proceso, por jueces profesionales. Si bien estos argumentos fueron tenidos en cuenta por la Sala de Apelaciones del TEL, finalmente se llegó a una conclusión diversa de la seguida por los tribunales ad-hoc (TEL, Sala de Apelaciones, STL-11-01/I, 16/02/2011).

Pese a las críticas, los tribunales ad-hoc se mantuvieron firmes en reiterar su jurisprudencia consistente en el sentido de que existía una base sólida en el derecho internacional consuetudinario para afirmar la validez de la teoría de la ECC, en general, y su variante amplia, en particular (TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera and Ngirumpatse*, 29/09/2014; TPIY, Sala de Apelaciones, *Martić*, 08/10/2008; TPIY, Sala de Apelaciones, *Brđanin*, 03/04/2007).

Sin embargo, estos argumentos no han sido suficientes para convencer a otros tribunales internacionales de seguir al pie de la letra la variante amplia de ECC de la forma esbozada por los tribunales ad-hoc. En particular, por ejemplo, si bien el TEL pareció aceptar las tres variantes de la doctrina de ECC, expresó su disconformidad con la aplicación de la variante amplia para crímenes que requieren intención especial (*dolus specialis*) como el terrorismo, ya que consideró que constituiría una seria anomalía legal condenar a una persona como coautor de un delito que requiere *dolus specialis* sin que esta persona lo posea. Al respecto indicó que parecía una mejor aproximación al derecho penal internacional no permitir condenas bajo ECC III por delitos que requieren *dolus specialis*, ya que sería insuficiente para determinar la culpabilidad de un acusado de participar en una ECC el que haya simplemente previsto la posibilidad de que crímenes

dentro del propósito común pudieran dar lugar a otros crímenes anejos para los que se requería una intención específica. Conforme a lo indicado por este tribunal tal acción estaría mejor enmarcada en otro tipo de responsabilidad accesoria, de asistencia, y no como un tipo de comisión como co-autor (TEL, Sala de Apelaciones, STL-11-01/I, 16/02/2011).

En el caso de la CESL, si bien originalmente aceptó las tres categorías de la doctrina de ECC (CESL, Sala de Apelaciones, *Sesay, Kallon and Gbao*, 26/10/2009), en el caso *Taylor* la Sala de Primera Instancia se apartó de la jurisprudencia original de este tribunal y decidió seguir la jurisprudencia del TEL, determinando que la tercera variante de la doctrina de ECC no era aplicable a delitos que requerían *dolus specialis* (CESL, Sala de Primera Instancia II, *Taylor*, 18/05/2012).

Por su parte, las SECC originalmente estimaron que, sin lugar a dudas, las primeras dos variantes de ECC habían sido reconocidas como formas de responsabilidad penal individual en el derecho internacional consuetudinario durante el periodo relevante para dicho tribunal, pero no así la variante amplia, la que no se encontraba sustentada por práctica estatal consistente y generalizada ni por opinión *juris*, por lo que su aplicación ante dicho tribunal violaría el principio de legalidad (SECC, Sala de Cuestiones Preliminares, *Ieng Thirith et al.*, 20/05/2010). Las SECC destacaron que lo central de la doctrina es el propósito criminal común y la intención compartida por los miembros de la ECC de que el/los crimen(es) que la conforman se cometan (SECC, Sala de Cuestiones Preliminares, *Ieng Thirith et al.*, 20/05/2010; SECC, Sala de Corte Suprema, *KHIEU Shamphân and Nuon Chea*, 23/11/2016).

Sin embargo, analizando en más detalle la doctrina en un fallo posterior, la Sala de Corte Suprema de las SECC estimó que el plan común podía incluir crímenes cuya comisión no es ni deseada ni cierta, de la misma manera en la que es suficiente para la comisión de ciertos crímenes que el sujeto actúe con *dolus eventualis*. Lo fundamental es que, en todos los escenarios, existe un acuerdo de voluntades, expreso o implícito, respecto del crimen por aquellos que acordaron el plan común. En la medida en que no se espera que los que acuerdan el plan común lleven adelante el *actus reus* de los crímenes personalmente, pero cuentan con que otros lo harán, esto puede ser construido como

una forma de autoridad delegada para que el autor directo decida respecto de la implementación última del *actus reus*. Por el contrario, si el crimen no estuvo contemplado por el plan común y su comisión fue una decisión autónoma del autor directo, no habrá base para su imputación a otros (SECC, Sala de Corte Suprema, *KHIEU Shamphân and Nuon Chea*, 23/11/2016).

En cuanto al elemento mental, la Sala de Corte Suprema de las SECC recalcó que lo requerido era que el acusado y los otros miembros de la ECC compartieran la intención de llevar adelante el plan común. Para ciertos crímenes, como el asesinato, ello implicará dolo directo o *dolus eventualis*, en cambio, para crímenes que requieren dolo específico, se requerirá que el acusado haya actuado con dolo directo o dolo eventual de que en la implementación del plan se pudieran cometer dichos crímenes y, además el/ella debía haber actuado con el *dolus specialis* requerido. Por lo tanto, sin que éste fuera el estándar requerido, dependiendo del escenario concreto y a fin de determinar si actuó con la intención requerida, pudiera ser apropiado considerar si el acusado sabía que existía la probabilidad sustancial de que los crímenes se cometieran (ECCC, Sala de Corte Suprema, *KHIEU Shamphân and Nuon Chea*, 23/11/2016). En consecuencia, la Sala de Corte Suprema de las SECC no desestimó por completo la variante amplia de ECC, sino que, sin distinguir entre las distintas variantes, aceptó la parte central que los tribunales ad-hoc esbozaron como variante amplia, permitiendo que un acusado fuera responsable de crímenes por los que solo contaba con *dolus eventualis*. En lo que se aleja de la teoría de los tribunales ad-hoc es en el estándar de previsibilidad, al requerir que el acusado debía saber que existía la probabilidad sustancial de que los crímenes se cometieran y al exigir, en los casos de crímenes que requería *dolus specialis*, que el acusado contara también con éste.

En este contexto, es posible argumentar, como lo hace Michael Scharf (2019b), que cualquiera que haya sido el estatus de la variante amplia de ECC al tiempo relevante para las SECC, los múltiples precedentes emitidos por los tribunales nacionales e internacionales con posterioridad a esa fecha han “madurado” debidamente la doctrina de ECC III, para que ésta pueda ser considerada como norma de derecho internacional consuetudinario en la actualidad. Pese a las críticas, sin duda la teoría de la ECC continuará siendo aplicada en el futuro y

seguirá evolucionando. De esta manera, los contornos de la doctrina, y particularmente de su variante amplia, seguirán siendo refinados a fin de mejorar la eficacia y legitimidad de este modo de responsabilidad (Scharf, 2019b).

En efecto, en su fallo más reciente la Sala de Apelaciones del MRITP en el caso *Karadžić* nuevamente reafirmó la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc y rehusó revisar el estándar fijado por la Sala de Apelaciones del TIPY. Si bien *Karadžić* no fue hallado culpable de genocidio bajo ECC III, sino por su variante básica —estimando que el genocidio en Srebrenica era parte de un plan común y el acusado no solo contribuyó a la implementación del mismo, sino que también contaba con la intención de cometerlo— la Sala de Apelaciones del MRITP sí confirmó su condena bajo la variante amplia por los crímenes de lesa humanidad de deportación, otros tratos inhumanos y persecución, el que también requiere intención discriminatoria especial por parte del perpetrador directo (MRITP, Sala de Apelaciones, *Karadžić*, 20/03/2019).

Pese a las controversias que la teoría ha provocado en la doctrina y jurisprudencia internacionales, el MRITP reafirmó la aplicación de ECC III, aún más, insistiendo en que el estándar de previsibilidad que impone era un estándar simplemente de posibilidad y no de probabilidad sustancial. Por lo tanto, reiteró que para adscribir responsabilidad por la tercera forma de ECC, es necesario que el acusado tenga la intención de cometer los crímenes que forman parte del plan común y que haya sido previsible para éste que aquellos crímenes que escapaban al plan común pudieran perpetrarse por otros miembros de la ECC o una o más personas usadas por éstos y el acusado voluntariamente hubiera asumido tal riesgo al unirse o continuar participando en la ECC (MRITP, Sala de Apelaciones, *Karadžić*, 20/03/2019).

3. CONCLUSIONES

Así como ocurrió con su decisión de jurisdicción, que extendió los límites del derecho internacional humanitario acelerando la formación de la norma consuetudinaria por la que hoy en día entendemos que la responsabilidad por crímenes de guerra se aplica no solo a conflictos armados internacionales sino también a los conflictos internos

(Scharf, 2019a), el paradigmático caso *Tadić* y la jurisprudencia del TIPY también transformó para siempre los principios de responsabilidad individual por crímenes internacionales aplicando y refinando el concepto de ECC.

En la actualidad, la teoría de ECC es un sólido concepto de coautoría aplicable en aquellas situaciones en que existe una pluralidad de individuos que comparten un propósito criminal común y coordinan sus esfuerzos para cometer un crimen y en el que el rol específico de los participantes se encuentra difuso debido a la naturaleza y escala masiva y compleja de los crímenes. Sin lugar a dudas, sus dos primeras variantes se han reafirmado como parte del derecho internacional consuetudinario y son generalmente aplicables a la persecución de crímenes internacionales. La tercera categoría, sin embargo, ha sido fuente de mayor discrepancia.

Como se describe en las secciones anteriores, conforme a la jurisprudencia del TIPY, la variante amplia de ECC permite asignar responsabilidad a los distintos actores involucrados en extensas campañas de crímenes internacionales por aquellos delitos que, escapando al plan común, pueden considerarse como una consecuencia natural y previsible del mismo. Aún más, a través de esta figura el TIPY y el TIPR admitieron la posibilidad de que una persona pudiera ser considerada responsable de genocidio, incluso sin contar con la intención genocida especial requerida por el delito y bastando solo con demostrar que era razonablemente previsible al acusado que un acto genocida pudiera llegar a cometerse y que se cometería, de ser el caso, con dolo genocida. En efecto, la jurisprudencia del TIPY ha sido constante en reiterar que, en la medida que se establezca el estándar de “previsibilidad razonable y consecuencia natural”, un acusado puede ser considerado criminalmente responsable de cualquier crimen que exceda lo acordado por la empresa criminal común, incluso genocidio.

Sin embargo, debido a lo controvertido de tal interpretación, si bien es posible argumentar que el proceso de cristalización de esta tercera variante de ECC como parte del derecho consuetudinario ha avanzado muchísimo en las últimas décadas, teniendo en cuenta los múltiples casos en los que ha sido aplicada respecto de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, parece necesario precisar que esto no alcanza a aquellos crímenes que requieren *dolus specialis*, co-

mo el crimen de genocidio. Respecto de tales crímenes, consideraciones esenciales de justicia han llevado a otros tribunales a alejarse de la aplicación de la variante amplia de ECC, por lo que parece quizás más pertinente abandonarla como concepto de coautoría.

En efecto, admitir que un sujeto puede ser hallado responsable como coautor de un delito que requiere *dolus specialis* sin contar con él y contando solo con *dolus eventualis* respecto del mismo, parece ser una extensión inadmisibile del principio de culpabilidad. Por otra parte, las consideraciones de política pública y necesidad planteadas en apoyo de su aplicación, no parecen suficientemente convincentes como para ignorar o desestimar el principio de culpabilidad, elemento fundamental del derecho penal moderno. Lo mismo sucede con el argumento de que el menor grado de culpabilidad puede ser tenido en cuenta al momento de la imposición de la sentencia.

A este respecto, parece que una mejor aproximación sería construir la variante amplia de ECC en los casos de delitos anexos que requieren *dolus specialis* como una forma de responsabilidad accesoria, que permita considerar a los acusados como responsables accesorios y no principales de los delitos que requieren *dolus specialis* y que han sido cometidos por los otros miembros de la ECC o por quienes éstos hayan usado como herramientas para cometer tales crímenes.

REFERENCIAS

Doctrina

- Badar, M. E. (2013). *The concept of mens rea in international criminal law. The case for a unified approach*. Oxford: Hart Publishing.
- Cassese, A. (2009). Amicus Curiae brief of Professor Antonio Cassese and members of the Journal of International Criminal Justice on joint criminal enterprise. *Criminal Law Forum*, 289.
- Cryer, R. (2014). Imputation and Complicity in Common Law States. A (partial) view from England and Wales. *Journal of International Criminal Justice*, 12, pp. 267 y ss.
- Danner, A. M., y Martínez, J. S. (2005). Guilt Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*, 93(1), pp. 75 y ss.

- Fletcher, G. P., y Ohlin, J. D. (2005). Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case. *Journal of International Criminal Justice*, 3, pp. 539 y ss.
- Jain, N. (2014). *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law: Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*. Hart Publishing.
- Olásolo, H. (2009). Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional. *InDretT Revista Para El Análisis Del Derecho*, 3.
- Scharf, M. P. (2019a). How the *Tadić* Appeals Chamber Decision Fundamentally Altered Customary International Law. En Sterio, M. y Scharf, M. P. (Eds.). *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Scharf, M. P. (2019b). The Once and Future Doctrine of Joint Criminal Enterprise. En Sterio, M. y Scharf, M. P. (Eds.). *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Van Sliedregt, E. (2007). Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide. *Journal of International Criminal Justice*, 5, 184.

Jurisprudencia internacional

Corte Especial para Sierra Leona

- CESL, SCSL-03-01-T, Prosecutor v. *Charles Ghankay Taylor*, Judgement (Trial Chamber II 18 May 2012).
- CESL, SCSL-04-15-A, Prosecutor v. *Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Appeal Judgment (Appeals Chamber 26 October 2009).
- CESL, SCSL-2004-16-A, Prosecutor v. *Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, Appeal Judgment (Appeals Chamber 22 February 2008).

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales

- MRITP, MICT-13-55-A, Prosecutor v. *Radovan Karadžić*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 20 March 2019).

Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya

- SECC, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), *Ieng Thirith et al.*, Decision on the appeals against the co-investigative judge's order on joint criminal enterprise (JCE) (Pre-Trial Chamber 20 May 2010).

SECC, 002/19-09-2007-ECCC/SC, *KHIEU Shamphân* and *Nuon Chea*, Appeal Judgement (Supreme Court Chamber 23 November 2016).

SECC, 002/19-09-2007/ECCC/TC, *KHIEU Shamphân* and *Nuon Chea*, Summary of Judgement (Trial Chamber 16 November 2018).

Tribunal Especial del Líbano

TEL, STL-11-01//AC/R176bis, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber 16 February 2011).

Tribunal Penal Internacional de Ruanda

TPIR, André Rwamakuba v. The Prosecutor, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide (Appeals Chamber 22 October 2004).

TPIR, ICTR-00-61-A, *Jean-Baptiste Gatete* v. Prosecutor, Appeal Judgement (Appeals Chamber 9 October 2012).

TPIR, ICTR-01-76-A, Prosecutor v. *Aloys Simba*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 27 November 2007).

TPIR, ICTR-98-44-A, *Édouard Karemera* and *Matthieu Ngirumpatse* v Prosecutor, Appeal Judgement (Appeals Chamber 29 September 2014).

TPIR, ICTR-98-44-AR72.5 and ICTR-98-44-AR72.6, *Édouard Karemera* et al. v. Prosecutor, Decision on Jurisdictional Appeals: Joint Criminal Enterprise (Appeals Chamber 12 April 2006).

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY, IT-00-39-A, Prosecutor v. *Momčilo Krajišnik*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 17 March 2009).

TPIY, IT-00-39-T, Prosecutor v. *Momčilo Krajišnik*, Judgement (Trial Chamber I 27 September 2006).

TPIY, IT-04-74-T, Prosecutor v. *Jadranko Prlić* et al., Judgement (Trial Chamber III 29 May 2013).

TPIY, IT-05-87/1-A, Prosecutor v. *Đorđević, Vlastimir*, Appeals Judgement (Appeals Chamber 27 January 2014).

TPIY, IT-05-88-A, Prosecutor v. *Vujadin Popović* et al., Appeal Judgement (Appeals Chamber 30 January 2015).

TPIY, IT-94-1-A, Prosecutor v. *Duško Tadić*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 15 July 1999).

TPIY, IT-95-5/18-AR72.4, Prosecutor v. *Radovan Karadžić*, Decision on Prosecution's motion appealing Trial Chamber's Decision on JCE III foreseeability (Appeals Chamber 25 June 2009).

TPIY, IT-95-11-A, Prosecutor v. *Milan Martić*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 8 October 2008).

- TPIY, IT-95-14-A, Prosecutor v. *Tihomir Blaškić*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 29 July 2004).
- TPIY, IT-97-24-A, Prosecutor v. *Milomir Stakić*, Appeal Judgement (Appeals Chamber 22 March 2006).
- TPIY, IT-97-25-A, Prosecutor v. *Milorad Krnojelac*, Appeal Judgment (Appeals Chamber 17 September 2003).
- TPIY, IT-98-30/1-A, Prosecutor v. *Miroslav Kvočka* et al., Appeal Judgement Appeals Chamber 28 February 2005).
- TPIY, IT-99-36-A, Prosecutor v. *Radoslav Brđanin*, Appeals Judgment (Appeals Chamber 3 April 2007).
- TPIY, IT-99-36-A, The Prosecutor v. *Radoslav Brđanin*, Decision on Interlocutory Appeal (Appeals Chamber 19 March 2004).
- TPIY, IT-99-37-AR72, The Prosecutor v. *Milutinović* et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise (Appeals Chamber 21 May 2003).

Capítulo 17

La responsabilidad por genocidio conforme al concepto de responsabilidad del superior

Tomas K. Manguel

INTRODUCCIÓN

La noción de responsabilidad penal del superior es uno de los más debatidos en cuanto a los modos de autoría y participación en el ámbito del derecho penal internacional. Al día de hoy aún no hay consenso respecto de los alcances de este modo de atribución de responsabilidad penal. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TIPR) han desarrollado una vasta —aunque no uniforme— jurisprudencia con relación a la responsabilidad penal del superior, que no ha sido necesariamente recogida por el Estatuto de Roma (ER) o su jurisprudencia.

Este particular modo de atribución de responsabilidad penal es una creación jurídica propia del derecho penal internacional, ya que no existe antecedente alguno en la legislación interna. Fue aplicado por primera vez en el juicio del General del Ejército Japonés Tomoyuki Yamashita en 1946 por el Tribunal Militar de Estados Unidos en Manila. Allí, el Tribunal Militar sentó las bases de una atribución especial de responsabilidad penal fundada en la jerarquía de los comandantes, quienes en su rol tienen el deber de prevenir violaciones contra las leyes de la guerra. En esa dirección, la CSJ de Estados Unidos, ante la cual fue llevado el caso luego de la condena de Yamashita por el Tribunal Militar, sostuvo que el *jus in bello* presupone que los comandantes tienen el deber de evitar la violación de sus normas, ya que son en cierta medida responsables por los actos de sus subordinados (Corte Suprema de Estados Unidos, *Caso Yamashita*, 4/02/1946).

Tal como advierte Greenwood (2004), este principio, que fue luego recogido en 1977 en el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo Adicional I de los Convenios) es de extrema importancia, ya que expresa el deber del Estado de controlar

las conductas de sus fuerzas armadas. El Protocolo Adicional I de los Convenios, en sus dos párrafos del artículo 86 establece la obligación general de los Estados para reprimir infracciones graves que deriven del incumplimiento del deber de actuar y describe la situación del deber de actuar. Concretamente expresa:

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción (Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, 1977, artículo 86).

Este último párrafo, que determina la responsabilidad paralela de los superiores y sus subordinados, debe leerse conjuntamente con el art. 87 de dicho instrumento, el cual establece que los Estados parte deberán exigir a sus jefes militares que impidan las violaciones de los Convenios y del Protocolo, y en su caso, las repriman y denuncien a los autoridades correspondientes.

Esta doctrina, señala Werle (2017), permite responsabilizar penalmente al dirigente militar o superior civil por aquellos crímenes del orden internacional cometidos por sus subordinados, y en consecuencia, deberá ser el superior quien responda por los mismos cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios.

Este modo de atribución de responsabilidad penal resulta vital en el ámbito del derecho penal internacional, ya que los delitos que se cometen en ese contexto poseen dos rasgos distintivos: pluralidad de víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos y pluralidad de autores integrantes de estructuras marcadamente jerárquicas. Estas circunstancias impactan al mismo tiempo en cuestiones relativas al proceso penal y recolección de pruebas, toda vez que, como indica el profesor Roxin al desarrollar la teoría de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, en estos delitos el grado de responsabilidad es generalmente indirectamente proporcional a la materia-

lidad del acto criminal (Roxin, 2000). Resulta por supuesto más fácil responsabilizar a quien tiene las manos manchadas con sangre que al autor de escritorio, por lo que este modo de atribución de responsabilidad deviene esencial en la investigación y persecución de crímenes internacional, ya que con el estándar tradicional de prueba incriminante y las categorías clásicas de autoría y participación, resultaría prácticamente imposible criminalizar a los “verdaderos responsables” de los crímenes más crueles cometidos contra la humanidad.

Aún más, desde los comienzos del desarrollo del derecho penal internacional, se ha advertido que son muy pocos los casos donde los crímenes han sido cometidos por iniciativa propia de los miembros subordinados de las fuerzas armadas. Por el contrario, las mayores atrocidades de la historia han tenido en mayor o menor medida cierta injerencia de los superiores que han tolerado la comisión de delitos internacionales o no han supervisado debidamente a sus subordinados, extremo que como apunta Triffterer (2016), permite concluir que la comisión de estos delitos, o al menos la mayoría de ellos, era previsible por parte de sus superiores. Y en este sentido, si bien los superiores tienen otras obligaciones como proteger a sus subordinados, obtener ventaja militar y, en definitiva, ganar una batalla, ello no los exime del deber de observar que sus subordinados cumplan con el derecho internacional humanitario.

1. EL LEGADO DEL TPIY EN EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR

Por supuesto el principal aporte del TPIY fue el reconocimiento normativo de este modo de atribución de responsabilidad en su Estatuto (ETPIY), que como se vio, sólo había sido reconocido hasta ese momento por el Protocolo Adicional I de los Convenios de 1977.

De este modo, ETPIY intentó definir la atribución de responsabilidad en su art. 7(3), el cual establece:

El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto hayan sido cometidos por un subordinado, no exime a su superior de responsabilidad penal si él sabía o tenía razones para suponer que su subordinado estaba a punto de cometer tales actos o

que los cometió, y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para reprimir a los perpetradores.

Sin embargo, la definición normativa adoptada no se destacó por su claridad y precisión, por lo cual correspondía ahora al TPIY darle un marco a través de su jurisprudencia a los alcances a este modo de atribución de responsabilidad, y principalmente, a sus elementos constitutivos, lo cual fue logrado con cierta consistencia y de modo uniforme.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad penal del superior, el TPIY señaló que obedece a la autoridad y jerarquía que ejercen los comandantes, toda vez que “están preparados más que cualquier persona para ejercer control sobre sus tropas y las armas que utilizan, pudiendo evitar infracciones (...) asegurando el uso racional de los medios de combate y manteniendo disciplina” (TPIY, Caso *Hadžihasanović*, 15/03/2006, para. 66; Caso *Halilović*, 16/11/2005, para. 85).

Al mismo tiempo, uno de los grandes aportes consistió, frente a la ambigüedad de la redacción normativa, en caracterizar los elementos constitutivos de esta forma de atribución de responsabilidad. Conforme fue caracterizado por el TPIY en el caso *Delalic* (TPIY, Caso *Delalic*, 16/11/1998) deben estar presentes tres requisitos: debe existir una relación superior-subordinado (*de facto* o *de iure*, y puede extenderse a civiles); el superior debe saber o ignorar de forma imprudente que el subordinado se propone cometer un crimen de derecho internacional o que ya lo ha cometido; y el superior debe omitir la realización de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión del hecho *Delictivo* o para perseguir penalmente al autor¹. Dichos requisitos fueron sostenidos a lo largo del tiempo por la jurisprudencia del TPIY, en casos como *Aleksovski* (TPIY, 25/06/1999) y *Blaškić* (TPIY,

¹ Para los requisitos generales del concepto de responsabilidad del superior, Véase. A Cassese, *International Criminal Law: Cases and Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 208, 209; Ambos, K. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Uruguay, Konrad- Adenauer-Stiftung, 2005), pp. 333, 334; H. Olasolo, *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013), pp. 772-809; C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law* (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010); G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2017), pp. 388-400.

3/03/2000), que confirmaron y/o complementaron los principios oportunamente sentados en *Delalic*.

Asimismo, respecto a las medidas “necesarias y razonables” el TPIY ha explicado que las “medidas necesarias” son aquellas que resultan apropiadas como para eximirlo de su deber, ya que permiten inferir que de modo genuino intentó castigar o reprimir; mientras que las “medidas razonables” se refieren a las que el superior tenía el poder de llevar a cabo dentro de sus posibilidades (TPIY, Caso *Popović et al.*, 30/01/2015, párr. 1927).

En el plano subjetivo, el TPIY sostuvo también en *Delalic* (TPIY, Caso *Delalic*, 16/11/1998) que el superior debe tener conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer crímenes; o poseer una información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, debiendo profundizar mediante investigaciones adicionales si se cometieron dichas violaciones o iban a ser cometidas.

Si bien el presente trabajo se centra en los aportes efectuados por el TPIY, no podemos dejar de mencionar la enorme contribución realizada por el TPIR, el cual analizó por primera vez la responsabilidad penal del superior en el caso *Akayesu*, donde si bien señaló como discutible la posibilidad de responsabilizar a los superiores civiles, sentó las bases para aplicar esta figura en el marco del TPIR (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998). Posteriormente, en *Kayishema et al.* (TPIR, 21/05/1999) adoptó la postura de la decisión del TPIY en *Celebici* e hizo referencia a la normativa del artículo 28 del ER, aceptando entonces que la responsabilidad de los superiores también está comprendida en el art. 6 (3) del ETPIR.

Así las cosas, el desarrollo jurisprudencial efectuado por el TPIY y el TPIR permite afirmar que, a partir del caso *Yamashita*, el principio de responsabilidad penal del superior se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional humanitario, y existe consenso en cuanto a la necesidad de apelar a esta forma de atribución de responsabilidad en casos de crímenes en masa, donde por lo general el superior ostenta una enorme responsabilidad con respecto a las conductas de sus subordinados.

Asimismo, resulta palmario que también que el *mens rea* no puede determinarse sobre la base de una responsabilidad objetiva o “vica-

rious liability”, ni puede ser requerido un conocimiento efectivo, siendo aceptado el criterio finamente adoptado por los estatutos de los tribunales ad hoc y de la CPI, que exige que el superior “haya tenido motivos para saber” acerca de la comisión de los delitos de sus subordinados (Baig, 2013).

Ahora bien, estos serían resumidamente los puntos acerca de los cuales hay consenso. Aquellos donde no los hay, son hasta cierto grado preocupantes, ya que están vinculados nada más ni nada menos que a la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad. Es decir, sabíamos que necesitábamos de una máquina, la construimos, y ahora que la tenemos, no sabemos exactamente qué es ni cómo usarla.

2. NATURALEZA JURÍDICA

2.1. *Desarrollo jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda*

La cuestión más discutida en torno a esta figura radica en su naturaleza jurídica: ¿es un delito independiente de omisión propia, o de comisión por omisión? ¿Se trata de un modo de autoría o de participación? Determinar estas cuestiones deviene esencial al momento de analizar el mens rea del autor, en particular en los delitos como el de genocidio —eje central de este trabajo—, que requieren una ultraintencionalidad.

De este modo, el ETPIY y el ETPIR [art. 6(3)] describen tipos penales omisivos de los dirigentes consistentes en la no adopción de las medidas necesarias y razonables a su disposición para cumplir con los deberes a su cargo. Y es justamente esa condición de superiores jerárquicos que fundamenta su deber de evitar, prevenir y someter a las autoridades competentes los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por sus subordinados (Olasolo, 2013). Tal como señala el Profesor Olasolo:

[L]a característica más sobresaliente del concepto de responsabilidad del superior en los arts. 7 (3) ETPIY y 6(3) ETPIR es la ausencia de un nexo causal entre el incumplimiento por el superior de sus deberes de evitar y castigar, y la comisión de los delitos por sus subordinados (Olasolo 2013, p. 809).

Dicha característica resultará esencial a fin de establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal del superior. Pero antes de ingresar en dicha cuestión —que será tratada en profundidad en la siguiente sección—, veamos cuál ha sido la interpretación efectuada por los Tribunales ad hoc.

En el famoso caso *Delalic* —“*Celebici Camp*”—, el TPIY, entendió que el superior puede incurrir en responsabilidad, no sólo por haber ordenado, instigado o planeado actos criminales ejecutados por sus subordinados, sino también por no haber prevenido o reprimido los delitos de sus subordinados (TPIY, Caso *Delalic*, 16/11/1998, párrs. 331-333). Dicho enfoque fue reafirmado por la Sala de Apelaciones, oportunidad en la que sostuvo que el principio conforme al cual los militares y otros superiores pueden ser responsabilizados por los actos de sus subordinados deriva de un criterio uniforme del derecho convencional y consuetudinario (TPIY, Caso *Delalic*, 20/02/2001, párr. 195).

Conforme esta postura, entonces, la responsabilidad del superior comportaría un supuesto de comisión por omisión, donde el fundamento de dicha responsabilidad radica en el status del superior, donde su injusto radica en no haber evitado, en una especie de calidad de garante, los delitos cometidos por sus subordinados.

Sin embargo, como se indicó al comienzo de este acápite, no ha sido uniforme la postura adoptada por la jurisprudencia del TPIY.

En efecto, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krnjelac* ha explicado que “cuando se trata de responsabilidad del superior, al acusado no se le imputan los delitos de sus subordinados, sino el incumplimiento de su deber de ejercer el control como superior” (TPIY, Caso *Krnjelac*, 17/09/2003, párr. 171). Según esta postura, la omisión del superior configuraría un delito de omisión pura o propia, donde el fundamento de su responsabilidad radica, en su propia infracción de deber, habiendo omitido prevenir o reprimir los delitos de sus subordinados, pero no responde por aquellos como si él mismo los hubiese cometido.

Tal como advierte Olasolo (2013, p. 1086), dicha postura ha sido luego mantenida, en otros casos el TPIY, en los que se sostuvo que la responsabilidad del superior constituye una forma de responsabilidad subsidiaria *sui generis*, que difiere de aquella responsabilidad indi-

vidual establecida en el art. 7 (1) del ETPIY (TPIY, Caso *Halilović*, 16/11/2005, párrs. 42 y 54; TPIY, Caso *Hadžihasanović*, 15/03/2006, párr. 66; Sala de Primera Instancia TPIY). Señala dicho autor que en los casos citados la expresión “naturaleza sui generis” pareciera hacer referencia a que este modo de atribución de responsabilidad configura un delito de omisión pura o propia cuyo fundamento radica en el deber que pesa sobre los superiores de tomar todas las medidas necesarias y razonables para evitar y sancionar los delitos cometidos por sus subordinados.

Así, el TPIY señaló que el comandante no responde por los delitos cometidos por sus subordinados, sino por haber infringido su propio deber de actuar, y la responsabilidad que le quepa deberá ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos por sus subordinados, pero no como si hubiera cometido los delitos por sí mismo (Caso *Halilović*, 16/11/2005, párr. 54). De ello se deriva entonces que el comandante no comparte el mismo injusto que sus subordinados; estos últimos, al ser los perpetradores, ostentan mayor responsabilidad que la que pesa sobre su superior. Por esta razón, y conforme el principio de proporcionalidad de las penas, éstas deberán ser más leves que aquellas impuestas a los subordinados/perpetradores, toda vez que el injusto de la conducta del superior se fundamenta en su infracción/omisión al deber de evitar y castigar los delitos cometidos por aquellos.

Además, se señaló que la responsabilidad penal del superior del art. 7 (3) del ETPIY, comparte ciertas similitudes con la participación, en cuanto ambos son accesorios al perpetrador o autor material. La diferencia radica en que mientras la participación presupone una contribución activa al autor principal, aquella se caracteriza por la mera omisión de prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados (TPIY, Caso *Orić*, 30/06/2006). Ello significa –y así fue sentido por el Tribunal de Juicio, que el superior responde por su propia infracción del deber de actuar, y no comparte la misma responsabilidad de aquellos subordinados que cometieron directamente el delito.

En idéntica dirección, el TPIR en el caso *Mpambara*, sostuvo que:

[L]a responsabilidad por omisión surge (...) cuando al acusado se le imputa un deber de prevenir que otras cometan un delito o sancionarlos si lo hacen. El fundamento de la culpabilidad no es por haber participado en la comisión de un delito, pero por haber permitido que otra persona

cometa un delito que el acusado estaba obligado a prevenir o sancionar... En todo caso, la responsabilidad surgida de una infracción de cumplir un deber de prevenir o sancionar requiere que se pruebe: (i) que el acusado se encuentre obligado por una deber legal específico de prevenir un delito; (ii) que el acusado sepa y deliberadamente haya reusado cumplir con su deber legal (TPIR, Caso *Mpambara*, 11/09/2006, párr. 25-27)².

Lo hasta aquí expuesto denota una clara similitud entre lo que venimos definiendo como responsabilidad del superior y aquellos delitos que hoy se conocen como delitos de infracción de deber. Cabe recordar que la teoría de los delitos de infracción de deber fue formulada por primera vez por Claus Roxin, referente obligado en materia de autoría y participación, en su ya clásico trabajo autoría y dominio del hecho. Fue el profesor de Múnich el que sentó las bases para los posteriores estudios de Gunther Jakobs y su discípulo español Javier Sánchez Vera Gómez Trelles, quienes desarrollaron de manera más acabada y sistemática la categoría.

Explica Roxin (2000) que la investigación sobre quien haya de ser considerado la "figura central" del ilícito, no se lleva a cabo de igual manera para todos los delitos ni siguiendo los mismos criterios. Es por ello necesario diferenciar dos tipos de delitos. Comúnmente nos encontramos con aquellos delitos en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible. En esta clase de delitos es considerado autor quien domina el hecho descrito en el tipo. Como es por demás conocido, Roxin los ha denominado a esta clase de delitos de "dominio del hecho". Ahora bien, junto a esta clase de delitos conviven algunos tipos penales, en los cuales el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol. Para estos tipos, que Roxin ha denominado delitos de infracción de deber, el dominio del hecho es irrelevante. En esta clase de delitos, como ya se mencionó, no es determinante el dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona

² En varios casos el TPIR adoptó esta misma posición, entre otros TPIR, Caso *Rutaganira*, 14/03/2005 y Caso *Ntagerura et al*, 7/07/2006.

del autor. Autor de esta clase de delitos sólo podría ser quien lesione un deber que específicamente le obliga.

En esta división entre delitos de dominio y de infracción de deber ve Roxin un reflejo de la realidad social: en efecto, los tipos del delito de infracción de deber tratan de proteger la “capacidad de función” de diversos “campos de la vida que ya se encuentran preformados” mientras que, en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, “según el Derecho, debiera haber dejado intacto”. Roxin aclara, por último, que la diferencia entre el delito de dominio y el de infracción de deber no responde a dos conceptos de autor distintos, sino a la diversa estructura de los tipos penales correspondientes.

Estas aproximaciones fueron recogidas por Jakobs, quien al igual que Roxin diferencia entre dos categorías, estableciendo una clasificación bifronte de los delitos. Aquellos en los cuales el autor es competente por su organización defectuosa —delitos de dominio— y los delitos de infracción de deber. Las dos clases de delitos responden a dos fundamentos diferentes de la imputación. En los primeros se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización. En los segundos, en virtud de una relación de carácter institucional. Estamos, como puede observarse, ante dos motivos diferentes de imputación: por un lado, como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias” y por otro, la imputación con causa en ciertas instituciones. En este último supuesto existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor.

Explica Jakobs (1997) que el hombre no sólo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado, condicionado por una serie de instituciones preexistentes. Se tiene “un status especial como madre, como hijo, como miembro del Estado, etc., etc.” (p. 791 y ss.) y a su vez estos status vienen definidos por un az de derechos y deberes. Estas instituciones tienen un contenido positivo, el mandato de edificar de forma general o parcialmente un mundo en común, lo que sobre todo significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, la cual no sólo compensa los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestar la ayuda, sino que colocan al receptor de la ayuda en mejor posición.

En esto reside el punto de partida del desarrollo llevado a cabo por Jakobs en la teoría del delito de infracción de deber: la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor. Entre las instituciones que menciona el profesor de Bonn se encuentran la relación paterno-filial, la “confianza especial” y los “deberes genuinamente estatales”.

En general la institución se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad al hecho. En palabras de Sánchez Vera:

Las instituciones son razones estabilizadas de solidaridad, estabilizadas, porque la fundamentación o no fundamentación individual de una solidaridad motivada en el amor, en la compasión o en la esperanza de reciprocidad carece de importancia. Los padres tienen que ocuparse de su hijo, también, aunque no lo quieran. El estado ayuda en caso de catástrofe también a aquellos ciudadanos que no le resultan útiles. Todo suceso acaecido en el ámbito de ese ‘mundo en común’ es imputado, y ello con independencia de que exista o no una organización previa por parte de aquel a quien se imputa (Sánchez Vera Gómez-Trelles, 2002, p. 41 y ss.).

Por todo ello, el *quantum* con el que determinado sujeto participa en los delitos de infracción de deber es irrelevante. Se trata de garantizar la existencia de un bien jurídico ante cualquier peligro o, en su caso, ante algunos determinados.

Las expectativas negativas, o de no dañar, tratan en definitiva de que las esferas de libertad permanezcan separadas. La Ley determina los deberes jurídicos de forma exclusivamente negativa, en forma de prohibiciones generales frente a los demás —deberes de abstenerse— y no en forma de mandatos dirigidos directamente al destinatario de la norma —deberes de actuar—. Según la institución del *neminem ledere*, no se debe perturbar a los demás en el ejercicio de su libertad (Sánchez Vera Gómez-Trelles, 2002). Sin embargo, de dicha institución se deduce que las relaciones que ella garantiza no agotan, ni mucho menos, las relaciones de la sociedad. Muy por el contrario, hay otras instituciones positivas que también requieren ser atendidas por el Derecho penal.

Junto a estos deberes negativos, que incumben a todos los ciudadanos, nos encontramos con una serie de deberes positivos que obligan a determinados grupos de personas según la posición que ocupan

dentro de la sociedad. En palabras de Jakobs (1997), el derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber.

Para ponerlo con un ejemplo, si un peatón cualquiera observa cómo un niño de corta edad amenaza con caer a un estanque de gran profundidad y, a pesar de ello, se aleja del lugar para no tener que salvarlo, responderá —en principio— únicamente por la omisión del deber de socorro, ya que, al tratarse de un tercero cualquiera, no se encuentra obligado a edificar un mundo en común de fomento y cuidado de los bienes jurídicos del menor. En cambio, si el peatón no es uno cualquiera, sino que es el padre del niño, responderá, por un delito de homicidio. A pesar de que se trata del mismo niño necesitado de la misma ayuda y a pesar de que la situación que proviene la necesidad de ayuda es idéntica; a pesar de que el niño hubiese podido ser salvado igualmente por el peatón o el padre, existe un aspecto que diferencia ambos supuestos: solo al padre incumbe el mandato de edificar un mundo en común de cuidado y fomento de los bienes jurídicos relacionados con su hijo (Sánchez Vera Gómez-Trelles, 2002).

La sociedad actual se encuentra, en efecto, configurada de tal manera que el Derecho penal no puede conformarse con garantizar la libertad individual en el sentido de la institución negativa, sino que además debe ampliar el círculo de deberes jurídicos. El Estado no puede renunciar a tener en cuenta las instituciones positivas, de la misma manera que no puede renunciar a la idea de la libertad. El Derecho penal actual no puede conformarse con un sistema de no interferencia, esto es, un sistema basado en los delitos de dominio, en el que, como es sabido, únicamente se intentan mantener los distintos ámbitos de organización indemnes. Y es que, en el Derecho penal, como en la sociedad misma, no es la persona el único rol que entra en juego como principio de identificación de las expectativas, sino que, junto a él, también se han de tener muy en cuenta roles como el de padre, marido, tutor, funcionario, juez, etc. También, pues, las expectativas que se dirigen a estos roles asociados a instituciones positivas se encuentran institucionalizadas, esto es, pueden ser esperadas normativamente en Derecho, pues las instituciones positivas también identifican a la sociedad.

Por último, cabe señalar, como advierte Meloni (2007), que la jurisprudencia del TPIY, al reconocer a la responsabilidad del superior como un modo autónomo de responsabilidad, que surge y se encuentra limitada a la omisión del superior de actuar, no resulta necesario demostrar un nexo de causalidad entre dicha omisión y la conducta de sus subordinados. En este sentido, refiere, tal como fuera afirmado por el TPIY, que si fuese exigida esa relación causal para atribuir la responsabilidad penal del superior, no habría diferencia alguna entre este modo de atribución de responsabilidad, y aquellos modos de participación contemplados en el art. 7 (1) ETPIY.

2.2. *Artículo 28 ER*

Conforme el ER, el superior es penado por haber incumplido el deber de supervisión de sus subordinados, al no haber prevenido o reprimido la comisión de los delitos cometidos por aquellos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el ETPIY y su jurisprudencia más reciente —en cuanto a que se trata de un delito de omisión propia o pura—, el ER ha sido interpretado de maneras diversas por académicos y por la propia CPI, no siendo posible arribar al día de hoy a afirmaciones irrefutables respecto a su naturaleza jurídica.

Una de las diferencias más importantes entre la letra de los estatutos de los tribunales ad hoc y del ER, es que este último, sí requiere uno nexo de causalidad, o hablando de delitos de omisión, el término más correcto sería, nexo de evitación.

El artículo 28 ER dispone en su inciso a) respecto de la responsabilidad del jefe militar, que este será penalmente responsable:

[...] por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando [...]

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (Estatuto de Roma, 1998).

Dicho nexo de evitación o relación de riesgo se exige también con relación al superior civil en su inciso b):

En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinado, cuando:

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (Estatuto de Roma, 1998).

La CPI en el caso *Bemba* señaló que dicho nexo de causalidad o evitación sólo es exigible con relación al incumplimiento del deber de los superiores de evitar los delitos cometidos por sus subordinados, pero no cuando se trata del deber de sancionar o denunciar dichos delitos. Ello obedece, conforme señalaron allí los jueces, a que la infracción al deber de reprimir o denunciar sólo puede surgir durante o luego de la comisión del delito, y, por lo tanto, “es ilógico concluir que la omisión relativa a esos dos deberes puede causar retroactivamente los crímenes que habrán de cometerse” (CPI, Caso *Bemba*, 15/06/2009, párr. 423-424). Asimismo, advirtieron que los tribunales ad hoc no reconocen dicho nexo de causalidad como un elemento de la responsabilidad del superior³.

³ En efecto, la SCP II en la nota al pie 550 de la decisión, detalla expresamente las provisiones y jurisprudencia de los tribunales internacionales que, a diferencia del ER, no exigen el nexo de causalidad como requisito de la responsabilidad del superior:

“... ICTY, Prosecutor v. Delalic et al, Case No. IT-96-21-T, “Judgment”, 16 November 1998, para. 398; ICTY, Prosecutor v. Blaškić, Case No. 1T-95-14-A, “Appeals Chamber Judgment”, 29 July 2004, para. 77, ICTY, Prosecutor v. Hadžihasanović et al, Case No. IT-01-47-T, “Appeal Chamber Judgment”, 22 April 2008, paras 38-39; ICTY, Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-A, “Appeals Chamber Judgment”, 17 December 2004, paras 830-832;

Específicamente, en cuanto al nexo de causalidad, los jueces explicaron que:

[n]o sería práctico predecir exactamente qué hubiese sucedido si el comandante hubiese cumplido con su obligación de prevenir delitos. Por lo tanto, no se requiere una relación de causalidad directa que tenga que ser demostrada entre la omisión del superior y el crimen cometido por sus subordinados. Por lo tanto, la Sala considera razonable que para responsabilizar al superior en los términos del art. 28 (a) ER, sólo es necesario demostrar que su omisión elevó el riesgo de que esos delitos se cometan (CPI, Caso *Bemba*, 15/06/2009, párr. 425)

De esta manera, en relación con el deber del superior de tomar todas las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar los delitos de sus subordinados, la cuestión que se plantea es si el artículo 28 ER atribuye al superior responsabilidad principal a título de autor, o responsabilidad accesoria a título de partícipe, por los delitos cometidos por sus subordinados. Señala Olasolo (2013, p. 813) que “[e]l término “en razón de” parecería indicar que los superiores deberían, en principio, ser considerados como autores en “comisión por omisión” de los delitos cometidos por sus subordinados”. Y en efecto, este nexo de evitación o relación de riesgo, necesario en la “omisión de evitar”, es propio de los delitos de comisión por omisión, y al estar prevista esta modalidad normativamente, se estaría resguardando el principio *de nulla crimen sine lege*, quedando ahora sí abiertas las puertas a la posibilidad de responsabilizar al superior por los actos ilícitos ejecutados llevados a cabo por sus subordinados.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 (1993) 32 ILM p. 1159, as amended by Security Council Resolution 1660 of 28 Feb. 2006, Art. 7(3); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (1994) 33 ILM p. 1602, as amended by Security Council Resolution 1534 of 26 Mar. 2004, Art. 6(3); Statute of the Special Court for Sierra Leone, UNTS vol. 2178, p. 138, U.N. Doc. S/2002/246, 16 Jan. 2002, Appendix II, Art. 6(3); Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, as amended on 27 Oct. 2004, Doc. No. NS/RKM/1004/006, unofficial translation by the Council of Jurists and the Secretariat of the Task Force, revised on 26 August 2007, Art. 29”.

Una interpretación posible es que el “no haber reprimido o sancionado” configurará un delito de omisión pura basado en la infracción o incumplimiento de las obligaciones del superior —conforme la jurisprudencia de los tribunales ad hoc—, mientras que la infracción del superior consistente en “no haber evitado” los delitos que cometieron sus subordinados, configurará un delito de comisión por omisión u omisión impropia, que como tal es más grave y requiere un nexo de evitación o relación de riesgo entre dicha infracción y el delito internacional cometido por sus subordinados. En este último caso, lo que se estaría reprochando al superior es haber contribuido mediante su inacción a la comisión del delito llevado a cabo por su subordinado, y no la mera infracción a los deberes jurídicos que le incumbían en su calidad de comandante.

En esta misma dirección, Blanco (2007) opina que, en estos últimos casos, el superior es castigado no por su mera inactividad, sino porque dicha inactividad está conectada o vinculada con la realización de un delito por parte de sus subordinados. De este modo, el fundamento del injusto radica en estos casos, no en su inactividad como tal —como sucede en los delitos de omisión propia—, sino en la no evitación de los delitos de sus subordinados, que constituyen el “resultado” del delito, supuesto que el citado autor denomina como “delitos de comisión por omisión específicamente regulados”.

Sin embargo, tal como advierte Olasolo (2013) si la responsabilidad del superior configura un supuesto de “comisión por omisión”, aquel debería cumplir con los mismos requisitos del *mens rea* exigidos para la comisión activa de dichos delitos. Esto supondría que —con excepción a los delitos que contienen elementos subjetivos específicos en su definición— los superiores deben poseer el elemento subjetivo general requerido por el art. 30 ER. Además, sería necesario que omitiesen su deber de prevenir motivados por todo dolo especial exigido por la definición de los delitos en cuestión.

En este sentido sostiene que mientras el art. 30 ER acepta, dependiendo la interpretación de las Salas del CPI, el dolo directo o eventual, el art. 28(a) (i) ER sólo requiere que el comandante cumpla con el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber”. Asimismo, y respecto a los superiores no militares, el artículo 28 (b) (i) ER, re-

queriría un estándar aún menor que el dolo eventual, de imprudencia manifiesta o temeridad consciente.

Por tanto, concluye Olasolo que a pesar de la expresión “en razón de” empleada en el art. 28(a) y (b) ER, las omisiones de tomar todas las medidas necesarias y razonables a disposición de los superiores para evitar la comisión de delitos por sus subordinados no pueden ser calificadas como supuestos de “comisión por omisión” de tales delitos. Por el contrario, deberían ser calificadas como supuestos de responsabilidad accesoria, en el que el incumplimiento de los superiores facilita la comisión de los delitos por sus subordinados.

En este sentido, Meloni (2007) diferencia las cuatro modalidades de omisión previstas en el art. 28 ER como: 1) omisión intencional de prevenir; 2) omisión imprudente de prevenir; 3) omisión intencional de castigar; y 4) omisión imprudente de castigar. Sostiene que si bien, como señala Olasolo, “en principio” no sería viable hablar de comisión por omisión en el segundo supuesto (omisión imprudente de prevenir), sí sería viable en el primer supuesto (omisión intencional de prevenir). En este último caso, señala, también podría el comandante ser considerado un cómplice de los delitos de sus subordinados, si con su falta de supervisión, buscó de modo intencional realizar una contribución sustancial a los delitos de sus subordinados. Respecto de los supuestos 3 y 4, configurarían simplemente delitos de infracción de deber.

Existe otra parte importante de la doctrina para la cual, el artículo 28 ER es un delito de omisión pura (como sostuvo la jurisprudencia reciente del TPIY) y no distingue entre ambas modalidades de omisión de evitar y omisión de reprimir o denunciar.

Kai Ambos (2007), al analizar este modo de atribución de responsabilidad, señala, en primer término, que en el borrador del ER se suprimió una disposición general que definía la omisión, y que, por ende, permitiese, que cualquier delito pudiese ser cometido por omisión. En ese sentido, refiere, los delegados secundaron la perspectiva francesa que rechazaba la responsabilidad general por omisión impropia, debido a una interpretación estricta del principio de legalidad. Una cláusula de estas características está prevista, entre otros, en Italia, Alemania y España. En efecto, este último en su artículo 11 establece

una cláusula general en la que equipara la omisión a la acción en los casos en que la infracción al deber del autor equivalga a su causación.

De este modo, Ambos afirma que,

[e]l artículo 28 puede ser caracterizado como un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) ya que él hace responsable al superior únicamente por la ausencia de supervisión y control propio de sus subordinados, mas no, al menos no ‘directamente’, por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son ‘directamente’ imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquellos que tengan efectiva ocurrencia, esto significa que el superior no es responsable por una omisión impropia o —para usar un término más adecuado— por una comisión por omisión (*unechtes Unterlassungsdelikt*) (Ambos, 2007, p. 158-159).

En cuanto al *mens rea*, el artículo 28 prevé la responsabilidad de los superiores por actos de sus subordinados respecto de los cuales estaba al tanto, pero también por actos que le eran desconocidos pero que “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”. En este último supuesto, se estaría responsabilizando a los superiores por negligencia respecto de actos dolosos de sus subordinados, extremo que en opinión de Ambos no pareciera ser compatible con el principio de culpabilidad⁴, y consecuentemente “obligaría” —para mantener cierta coherencia— a interpretarlo como un delito de omisión pura.

Pero esta solución, como el propio Ambos admite (2007) es, sólo de *lege lata*, como “‘la única salida de este impasse lógico’ consistente en la creación de un delito separado, que él denomina de ‘falta de supervisión debida’, y que, por ende, merece un castigo más benigno que la omisión intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos intencionales” (p. 189). Sin embargo, dicha conclusión respecto al impacto en la determinación de las penas, se da de bruce con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que sostuvieron la necesidad de imponer penas más severas a los superiores por ese

⁴ Esto es lo que planteaba la antigua teoría de la “prohibición de regreso”, según la cual es impune la cooperación culposa en una realización dolosa y plenamente responsable del tipo: según esta teoría, no responde penalmente por homicidio culposo quien deja por ahí un revolver cargado o un cuchillo, con los cuales alguien mata dolosamente a otro (Roxin, 2018, p. 305).

incumplimiento que aquellas impuestas a sus subordinados, los autores materiales (Sala de Primera Instancia TPIY, Caso *Blaškić*, 2000).

Si bien Ambos se inclina por rechazar el concepto de responsabilidad del superior como un modo de complicidad, al comienzo algunas leyes y cortes nacionales consideraron que los comandantes militares debían responder penalmente por no haber prevenido o reprimido las conductas criminales de sus subordinados, ya que al haber actuado de esa manera de algún modo cooperaron en la comisión de esos delitos. En ese sentido, la Orden Francesa sobre crímenes de guerra del 28 de agosto de 1944, preveía en su artículo 4 que “cuando un subordinado es juzgado como el autor material de un crimen de guerra, y no les cabe la misma responsabilidad a sus superiores, estos últimos deben ser considerados cómplices toda vez que organizaron o toleraron las conductas criminales de sus subordinados” (Baig, 2013, p. 182).

En esta misma dirección, la Sala de Apelaciones de la CPI en el caso *Lubanga* ha afirmado que los “actos que constituyen una mera contribución en la comisión de un crimen son dependientes de ‘si el autor actúa’ y por tanto solo accesorios al acto principal de ‘comisión de un de un crimen” (CPI, Caso *Lubanga*, 1/12/2014, párr. 467-468). Advierte Kiss (2016) que estas características aparecen ambas en la responsabilidad del superior, “en tanto: (i) él contribuye en la comisión del delito, debe ser “cuasi-causal”; y (ii) no hay responsabilidad del jefe si el subordinado no actúa, no existe la tentativa de responsabilidad como superior” (p. 49). Así, concluye, “aplicando esta jurisprudencia, el superior detentaría una responsabilidad de naturaleza accesoria” (p. 49).

Ambos (2007), que, como vimos, sostiene que la responsabilidad del superior configura un supuesto de omisión pura, señala que en los supuestos en que la no evitación del superior es negligente, estaríamos ante un supuesto de complicidad, pero en los términos del art. 25 (3) (c) ER, no estaríamos hablando entonces de responsabilidad del superior, sino de simple complicidad omisiva.

Triffterer (2016), no comparte esta postura, toda vez que la complicidad, como todos los modos de responsabilidad individual descritos en el art. 25 (3), incluida la complicidad (c) ER, hacen referencia a modos de participación activa, mientras que la responsabilidad del superior está construida justamente sobre la base de la una interven-

ción omisiva, siendo suficiente para imputar responsabilidad según esta modalidad, que “[...] a raíz de la falta de control o intervención, se hayan cometido crímenes que, de otro modo, probablemente no se hubiesen sido cometidos” (p. 1096). Admite dicho autor la posibilidad de que en determinadas circunstancias la inactividad del superior consista en alguna forma de participación directa, agravando la responsabilidad del superior, pero en este caso, señala, prevalecerá, por *lex specialis* dicha participación activa, lo cual no significa que la responsabilidad del superior se “transforme” en complicidad, sino que se aplica otro de los modos de atribución de responsabilidad contemplados, como se indicó, en el art. 25 (3) ER.

Por su parte Meloni (2007), recoge la idea del art. 28 como una responsabilidad *sui generis*, tal como fue sostenido al comienzo por el TPIY (Caso *Halilović*, 16/11/2005; TPIY, Caso *Hadžihasanović*, 15/03/2006). Dicha autora advierte que no existe este modo de atribución de responsabilidad en el derecho doméstico, y que es una especie híbrida de varios conceptos. Por un lado, la primera diferencia con la complicidad, es que mientras el art. 28 ER admite la modalidad imprudente, aquel modo de participación exige que el cómplice tenga conocimiento de que está haciendo una contribución al autor para facilitar la comisión de un delito, y que dicha contribución tenga un efecto directo y sustancial en su comisión. Por otro lado, a diferencia de lo que sucede con los de omisión pura, la responsabilidad del superior depende necesariamente de la comisión de los delitos por parte de sus subordinados, y dicha conexión es tal, que incluso la determinación de la pena del superior estará directamente ligada en su proporción con los delitos de sus subordinados que no evitó o no denunció. De este modo, no siendo precisamente complicidad ni un delito nuevo e independiente de omisión pura, concluye que es un modo de atribución de responsabilidad penal especial para delitos internacionales.

3. EL ELEMENTO SUBJETIVO

En primer lugar, cabe recordar que según el art. 28 sólo se puede hacer responsable al superior de los delitos cometidos por el subordinado cuando tuvo conocimiento de ello o al menos debió tenerlo. Ya en los procesos sucesivos al Juicio de Núremberg seguidos ante

tribunales militares estadounidenses se advierte una responsabilidad del superior por imprudencia, concepto que fue luego recogido por el art. 86.2 del Protocolo Adicional 1 y posteriormente en el art. 7.3 y 6.3, del ETPIY y del ETPIR (Werle, 2017).

Al mismo tiempo, en el caso *Akayesu* (TPIR, Caso *Akayesu*, 2/09/1998), el TPIR descartó la posibilidad de criminalizar al superior, como se hizo en Yamashita, por responsabilidad objetiva, siendo necesario para responsabilizarlo penalmente probar su intención criminal.

Paralelamente y en esta misma línea de pensamiento, el TPIY sostuvo que el superior debe tener conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer crímenes (TPIY, Caso *Delalic*, 16/11/1998). Sin embargo, introdujo una novedad en cuanto al estándar de conocimiento: ya no sería suficiente con que el superior “debía haber sabido”, modificando dicho conocimiento constructivo por “tenía razones para saber”, en términos más similares a los establecidos en el art. 86 del Protocolo Adicional de 1977.

De este modo, los tribunales *ad hoc*, introdujeron el test de “sabía” o “debía haber sabido”, que se basa en los conceptos de conocimiento efectivo (sabía) o constructivo (debía haber sabido). Conforme este nuevo paradigma jurídico, los superiores solo podrán ser responsables si no hicieron uso de todos los medios a su alcance para conocer acerca de la comisión de los delitos de sus subordinados, y en ciertas circunstancias, tenía que haber sabido, por lo que dicha omisión constituiría una infracción a los deberes propios del superior (Triffterer, 2016).

Así las cosas, la infracción de deber de obtener información de acuerdo a sus capacidades ya no atraería aparejada la responsabilidad del superior. Por el contrario, conforme este nuevo planteo, el test “debía haber sabido” quedará configurado cuando el superior: a) tenga conocimiento efectivo de los delitos de sus subordinados o, b) debía haber sabido de dichos delitos sobre la base de información disponible (Triffterer, 2016).

Este cambio jurisprudencial no es un dato menor, ya que no se le exige al superior que busque activamente información que dé cuenta de los delitos de sus subordinados, sino que sólo será responsable si hizo caso omiso de información disponible que ya tenía a su alcance.

3.1. *Responsabilidad del superior en delitos que requieren una ultra-intencionalidad: el supuesto del delito de genocidio*

¿Qué sucede en los casos en los que se requiere un elemento subjetivo distinto al dolo? Lo que se conoce como *dolus specialis* o ultra-intencionalidad. El ejemplo más paradigmático es el delito de genocidio, que requiere una intención especial del perpetrador de destruir al grupo protegido (Schabas, 2007). Esto quiere decir que nadie puede ser autor de genocidio si no actúa (u omite) con esa intención.

Ahora bien, la cuestión en torno a si se requiere que el superior comparta ese dolo especial del perpetrador del delito de genocidio, dependerá de cada una de las posturas adoptadas respecto a su naturaleza jurídica. La respuesta no será igual si se considera al superior autor de un delito de omisión impropia, que si se lo considera autor de un delito de omisión pura, que si se lo considera un mero cómplice del delito perpetrado por sus subordinados.

En el supuesto que hagamos una diferenciación de la omisión de denunciar y la omisión de evitar, en el primer supuesto no hará falta que comparta ese dolo especial, ya que el superior es autor de una infracción de deber, cuyo mens rea es aquel exigido por el delito de omisión pura, independiente del delito cometido por su subordinado y que él omitió prevenir y/o denunciar. Son delitos distintos, autores de distintos hechos (uno no hizo lo que debía y el otro hizo aquello que estaba prohibido), con distintos elementos subjetivos que los componen.

Como ha indicado la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krnjelac*, es suficiente con que el superior tenga a su alcance información de naturaleza general que le alerte que sus subordinados podrán estar motivados por el propósito específico en qué consiste el dolo especial en cuestión, no siendo necesario entonces que el comandante, como autor del de un delito de omisión pura, comparta esa ultra-intencionalidad.

Esta ha sido la postura adoptada por la Sala de Juicio en el caso de *Karadžić*. Allí el TPIY lo encontró responsable del delito de genocidio en calidad de superior [art. 7 (3)] por no haber denunciado los delitos cometidos por sus subordinados. La Sala de Juicio afirmó que Karadžić infringió su deber de castigar los asesinatos cometidos por

sus subordinados que tuvieron lugar con anterioridad a que formara parte de la empresa criminal conjunta en la noche del 13 de julio de 1995.

De este modo, y sin perjuicio de que por las reglas del concurso la Sala de Juicio no lo condenó por el delito de genocidio en los términos del artículo 7 (3) ETPIY —toda vez que ya lo había encontrado culpable de dicho delito en los términos del art. 7(1) ETPIY en calidad de autor como miembro de la empresa criminal conjunta tendente a exterminar a los bosnio musulmanes del enclave de Srebrenica—, sí lo encontró responsable en calidad de superior por no haber denunciado los delitos cometidos por sus subordinados. La Sala de Juicio sostuvo que Karadžić,

[...] omitió su deber de reprimir los asesinatos ocurridos con anterioridad a que formara parte de la empresa criminal conjunta de Srebrenica en la noche del 13 de julio de 1995. Si bien tenía que haber adoptado medidas para investigar esos crímenes y reprimir a sus perpetradores, ya sea apenas tuvo conocimiento o inmediatamente después, el acusado libró órdenes [en ese sentido] el 23 de marzo y el 1 de abril de 1996, más de 8 meses de transcurridos los asesinatos en cuestión. En su capacidad de Comandante Supremo, el acusado tenía el deber de hacer más que aquello (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párr. 5847).

Para llegar a dicha conclusión, el TPIY tuvo por probado: a) los crímenes perpetrados por los subordinados: cientos de asesinatos de hombres bosnio-musulmanes que tuvieron lugar entre el 12 y el 14 de julio de 1995 en Potočari, en el prado de Sandići, a orillas del río Jadar; alrededor de 50 asesinatos en el pueblo de Bratunac, y otros miles cometidos en un depósito de la Cooperativa Agrícola de Kravica, b) la relación superior-subordinado (Karadžić tenía autoridad *de jure* sobre el Ejército de la República Srpska —VRS—), y c) que omitió tomar las medidas necesarias y razonables.

En cuanto al *mens rea*, determinó que tenía, o debía haber tenido, conocimiento de dichos delitos, considerando que se le informó de diversos delitos cometidos inmediatamente después de la caída del enclave de Srebrenica, circunstancia que tendrían que haber puesto en conocimiento de Karadžić de que miembros del Ejército de la República Srpska habían asesinado a cientos de bosnio musulmanes detenidos bajo la custodia del VRS. En virtud de ello, la Sala de Juicios concluyó que “el acusado poseía suficiente información

alarmante que justificaba mayores averiguaciones para determinar si otros actos prohibidos habían sido cometidos” (TPIY, Caso *Karadžić*, 24/03/2016, párrs. 5837-5846).

Karadžić fue condenado a 40 años de prisión por delitos de crímenes de guerra, lesa humanidad y por delito de genocidio. Dicha condena, de enorme trascendencia y suma importancia en la lucha del TPIY contra la impunidad de los crímenes más aberrantes para la humanidad, fue recientemente confirmada por la Sala de Apelaciones del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (Sala de Apelaciones MRITP), aumentando la pena impuesta a prisión perpetua.

En cuanto a la responsabilidad del superior, *Karadžić* había argumentado ante la Sala de Apelaciones que él no tenía conocimiento de los crímenes que se habían llevado a cabo en el depósito de Kravica, y que resultaba erróneo que dicho conocimiento pudiera ser inferido exclusivamente por ostentar el cargo de Presidente de la República Srpska.

Sin embargo, los argumentos fueron desechados por la Sala de Apelaciones, señalando que la Sala de Juicio había determinado correctamente que *Karadžić* tenía información concreta acerca de los asesinatos de entre 755 y 1016 hombres bosnios musulmanes detenidos en Kravica, extremo que resultaba suficiente para dar lugar a su obligación de investigar estos crímenes y otros relacionados con Srebrenica y castigar a sus autores (MRITP, *Karadžić*, 20/03/2019, párrs. 640-644).

Tal como se advierte, al analizar el *mens rea*, se omite deliberadamente cualquier análisis en torno a demostrar la ultraintencionalidad propia del delito de genocidio “intención de destruir, viéndose agotado el *mens rea* del autor por el hecho de que tuvo o debía haber tenido conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados, extremo que, reitero, resultó suficiente para la mayoría del Tribunal para encontrarlo responsable, en calidad de superior, por no “haber tomado medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para reprimir a los perpetradores”, conforme lo dispuesto por el art. 7 (3) ETPIY.

Dicha postura se condice con la posición adoptada por el TPIY en cuanto a que la responsabilidad del superior configura una omisión

pura, que se agota con el incumplimiento del superior de su deber de prevenir o sancionar los delitos de sus subordinados, y, por ende, no se requiere que el superior comparta el dolo específico de sus subordinados.

Del mismo modo, si se entiende a la responsabilidad del superior como un modo de participación, comparto la postura de Kiss (2016) en cuanto no es necesario que el superior posea la intención específica de destruir al grupo, sino que basta con que haya sabido (o debiera haber sabido) que los subordinados estaban actuando con esta intención. Esto es compatible, como señala dicho autor, con un concepto restrictivo de autoría, según el cual “el delito” sólo se le atribuye a los autores “mientras que los cómplices son culpables por su participación en el delito los jefes son responsables de los crímenes que cometen sus subordinados en razón de haber desatendido su deber de ejercer un control apropiado” (p. 14). Explica así que la responsabilidad del superior también accesoria ya que depende del comportamiento del autor del hecho, de manera tal que no se le imputan entonces los delitos de sus subordinados, sino que los superiores responden por los delitos cometidos por aquellos, en razón de no haber ejercido un control apropiado. En este sentido señala que “si en verdad se le imputasen los delitos debería ser necesario, cuando el crimen requiriese una intención específica, que el superior actúe u omita con tal intención” (p. 14).

En efecto, desde la perspectiva subjetiva, es uniforme la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y de la CPI, en cuanto el colaborador debe actuar con conocimiento de que su aporte contribuye a la comisión del hecho principal, siendo suficiente con que el colaborador conozca los elementos esenciales del crimen que comete el autor principal. Sin embargo, los “propósitos especiales” del autor, como puede ser la intención destructiva del crimen de genocidio, no tienen que ser compartidos por el colaborador, basta con que éste sepa que el autor principal actúa con ese propósito (Werle, 2017)

El hecho de que el dolo especial sólo debe poseerlo el perpetrador, y no necesita ser compartido por el partícipe, sirve también para fundamentar desde el *mens rea*, por qué la responsabilidad del superior es un modo de complicidad y no de autoría.

Conforme señala Olasolo (2013) los apartados (a) (i) y (b) (i) del art. 28 ER no requieren que los superiores militares y no militares, para incurrir en responsabilidad penal, actúen con el mismo dolo especial exigido por los delitos cometidos por sus subordinados. Por el contrario, indica, será suficiente con que los superiores militares hubieren debido saber que sus subordinados poseían el dolo especial de que se trate, o que los superiores no militares deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados poseían dicho dolo especial.

En este sentido, se pregunta Olasolo: ¿cómo puede la no evitación imprudente de un delito convertir a un superior en autor del mismo, si los autores físicos deben actuar, al menos, con dolo eventual para incurrir en responsabilidad penal? De este modo, si se considera entonces que el superior es cómplice del delito de sus subordinados, no se requiere que posea el dolo especial de sus subordinados, quienes son en definitiva autores del delito de genocidio (Olasolo, 2013).

De este modo, se advierte que en el delito de genocidio, como en aquellos delitos que requieren una ultraintencionalidad, el *mens rea* que deba poseer el superior dependerá de la posición que se adopte respecto a la naturaleza jurídica de este modo particular de atribución de responsabilidad, la cual también variará de acuerdo a cuál de las cuatro modalidades omisivas contenidas en el artículo 28 ER nos estamos refiriendo.

4. CONCLUSIÓN

La responsabilidad del superior es una de las pocas creaciones auténticas del derecho penal internacional que nació para dar respuesta a posibles lagunas de punibilidad respecto de aquellos casos en los que el superior, militar o civil, no previno o reprimió —pudiendo hacerlo— los delitos cometidos por sus subordinados.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* intentó, ante la ambigüedad de sus respectivos estatutos, desarrollar una jurisprudencia clara e uniforme en cuanto a los alcances y contenidos de este modo de atribución de responsabilidad. Si bien en sus comienzos adoptó la postura que consideró la responsabilidad de superior como un modo de comisión por omisión, finalmente afirmó que se trata de una omi-

sión pura, que genera responsabilidad del superior que, habiendo tenido razones para saber de los delitos cometidos o que iban a cometer sus subordinados, no hizo nada para prevenir o sancionar los mismos. Dichos tribunales lograron, podemos decir exitosamente, establecer un estándar más estricto del *mens rea*, suprimiendo totalmente la posibilidad de criminalizar a los superiores por una mera responsabilidad objetiva fundamentada exclusivamente en el cargo ostentado. Asimismo, adoptaron definitivamente la posibilidad de extender dicha responsabilidad, nos sólo a los comandantes, sino también a los superiores civiles.

El mencionado desarrollo jurisprudencial de los tribunales *ad hoc* intentó ser recogido en el ER, previendo los distintos estándares del *mens rea*, la responsabilidad del comandante y del superior civil, y discriminando, dependiendo de quien se trate, el grado de conocimiento exigido para uno y para otro. Asimismo, se incorporó el nexo de causalidad, ausente en los estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia y de Ruanda.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió con el TPYR y el TPIR, la CPI no ha logrado aún establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior. A ello se suma que hasta el momento los jueces, en sus sentencias, no han recurrido en demasía a este modo de atribución de responsabilidad, circunstancia que genera la sensación de que el mismo se está dejado lentamente de lado y está siendo reemplazado por los modos más tradicionales de responsabilidad contemplados en el artículo 25 ER.

Por último, la cuestión respecto a cuál es el *mens rea* requerido de los superiores en aquellos delitos que, como el genocidio, exigen una intención específica, la respuesta dependerá de la posición adoptada con relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior.

Al mismo tiempo, la naturaleza jurídica estará determinada por alguna de las cuatro modalidades omisivas del artículo 28 ER al que estemos haciendo referencia. Así entonces:

1) Omisión intencional de prevenir:

a. Si se entiende que configuran supuestos de comisión por omisión, entonces, sólo podrá ser autor de genocidio el comandante que comparta el *dolo especial* de destruir total o parcialmente al grupo protegido.

b. Si se entiende que es complicidad, no resultará necesario que posea el dolo específico del delito de genocidio, siendo suficiente que haya querido realizar un aporte sustancial al delito cometido por sus subordinados.

c. Si se entiende que configuran casos de omisión pura o propia, no resulta necesario que el superior comparta la intención genocida de su subordinado, sino que es suficiente con que conozca la misma o, al menos, tenga motivos para conocerla.

2) Omisión imprudente de prevenir:

La doctrina mayoritaria descarta que pueda configurar casos de comisión por omisión, y de manera residual, lo resuelven como casos de complicidad o de omisión pura:

a. Si se entiende que son supuestos de complicidad, resulta aplicable lo dispuesto en el punto 1.b.

b. Si se entiende que configuran casos de omisión pura, resulta aplicable lo dispuesto en el punto 1.c.

3 y 4) Omisión intencional e imprudente de castigar:

Son delitos de infracción de deber, independientes de los delitos de sus subordinados, y en consecuencia, no se requiere que el comandante comparta la intención específica de los delitos de sus subordinados.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2007). *La Corte Penal Internacional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Baig, L. (2013). En Cassese/Gaeta (coords.). *International Criminal Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Blanco Cordero, I. (2007). La responsabilidad penal del superior civil como forma de participación. Una aproximación desde el Derecho penal internacional. En Sánchez, N. (Coord.). *Dogmática Actual de la autoría y la participación criminal*. Lima: Idemsa.
- Greenwood, C. (2004). Command Responsibility and the *Hadžihanović* Decision. *Journal of International Criminal Justice*, 2, pp. 598 y ss.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (2a ed.). Madrid: Marcial Pons
- Kiss, A. (2016). La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Crimi-

- nal Court). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (1)2016
 Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3128109>
- Meloni, C. (2007). Command Responsibility - Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior? *Journal of International Criminal Justice*, 5
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal* (7a ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2018). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (2a ed.). Lima: Grijley.
- Sánchez Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación Delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Schabas, W. (2007). *An Introduction To The International Criminal Court* (3a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Triffterer O. (2016) en Triffterer O. y Ambos K. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, p. 1059.
- Werle, G. (2017). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

- CPI. (15 de junio de 2009). Caso *Jean Pierre Bemba*. No. ICC-01/05-01/08
- CPI. (1 de diciembre de 2014). Caso *Thomas Lubanga*. No. ICC-01/04-01/06-3121.
- CPI. (21 de marzo de 2016). Caso *Jean Pierre Bemba Gombo*. No. ICC-01/05-01/08-3343.

Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales

- MRITP. (20 de marzo de 2019). Caso *Radovan Karadžić*. No. MICT-13-55-A

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. (2 de septiembre de 1998). Caso *Jean Paul Akayesu*. No. ICTR-96-4
- TPIR. (11 de septiembre de 2006). Caso *Jean Mpambara*. No. ICTR-01-65
- TPIR. (7 de julio de 2006). Caso *André Ntagerura, Emanuel Bagambiki, Samuel Imanishimwe*. No. ICTR-99-46-A.
- TPIR. (14 de marzo de 2005). Caso *Vincent Rutaganira*. No. ICTR-95-1C.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY. (25 de junio de 1999). Caso *Zlatko Aleksovski*. No. ICTY-95-14/1-T.
- TPIY. (3 de marzo de 2000). Caso *Tihomir Blaškić*. No. ICTY-95-14.

- TPIY. (16 de noviembre de 1998). Caso *Zejnir Delalic, Zdravko Mucic* (Aka “Pavo”), *Hazim Delic* And *Esad Landžo* (Aka “Zenga”). No. ICTY IT-96-21.
- TPIY. (20 de febrero de 2001). Caso *Zejnir Delalic, Zdravko Mucic* (Aka “Pavo”), *Hazim Delic* And *Esad Landžo* (Aka “Zenga”). No. IT-96-21-A.
- TPIY. (15 de septiembre de 2008). Caso *Zejnir Delalic*. No. ICTY IT-04-83.
- TPIY. (15 de marzo de 2006). Caso *Enver Hadžihanović*. No. ICTY-01-47-T.
- TPIY. (16 de noviembre 2005). Caso *Sefer Halilović*. No. ICTY-IT-01-48-T.
- TPIY. (24 de marzo 2016). Caso *Rudovan Karadžić*. No. ICTY-IT-95-5/18.
- TPIY. (17 de septiembre de 2003). Caso *Milorad Krnojelac*. No. ICTY-97-25-A
- TPIY. (30 de junio de 2006). Caso *Naser Orić*. No. ICTY-IT-03-68-T.
- TPIY. (30 de enero de 2015). Caso *Vujadin Popović* et. Al. No. ICTY IT-05-88
- TPIY. (15 de julio de 1999). Caso *Duško Tadić*. No. ICTY-94-1-A.

Capítulo 18

Aportes probatorios para la elaboración de contextos repetidos: particular atención al caso *karadžić*

Enrique Carnero-Rojo^{*}

INTRODUCCIÓN

La expresión “hechos juzgados” (“*adjudicated facts*”) no está definida en las RPP del TPIY y del TPIR (TPIY, *Milošević*, 2003b, p. 3; *Bizimungu* et al., 2004a, para. 4; *Krajišnik*, 2005, para. 13)¹. No obstante, ello no ha impedido que numerosas Salas de dichos tribunales hayan hecho uso de su facultad legal para tomar nota de hechos juzgados en otras actuaciones en vez de requerir prueba para establecer dichos hechos, atendiendo al propósito de dicha facultad: asegurar la economía judicial y reducir la duración de un juicio justo, condensando los procedimientos a lo que es esencial para cada parte sin tener que escuchar de nuevo alegaciones ya probadas en procesos anteriores (*Simić* et al., 1999, p. 4; *Sikirica* et al., 2000, pp. 4-5; *Ntakirutima-*

^{*} Las opiniones expresadas en este capítulo son exclusivamente las personales de su autor y no reflejan en ninguna manera las opiniones de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia o de la Organización de las Naciones Unidas.

Debido al extenso número de decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia citadas en este capítulo, los editores han decidido adoptar para este capítulo un sistema de citación propio, que facilite su identificación.

¹ La regla 94(B) de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL), la regla 160(B) del Tribunal Especial para el Líbano y la regla 115(B) del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP) regulan la toma de nota judicial de hechos juzgados, pero tampoco definen la expresión “hechos juzgados”. El artículo 69(6) y la regla 68 de la Corte Penal Internacional (CPI) no incluyen expresamente la posibilidad de tomar nota judicial de “hechos juzgados” y la jurisprudencia de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya no faculta a los jueces para tomar nota judicial de ningún tipo (Jørgensen, 2010, pp. 697, 718; Klamberg, 2013, p. 476; Heindel, 2016, p. 445).

na, 2001, para. 28; *Semanza*, 2002, para. 22; *Kajelijeli*, 2002, para. 8; *Ljubičić*, 2003, p. 4; *Krajišnik*, 2003, para. 11; *Milošević*, 2003a, p. 3; *Stanković*, 2003, para. 7; *Milošević*, 2003c, para. 35; *Milošević*, 2003d, para. 11; *Mejakić et al.*, 2004, p. 4; *Bizimungu et al.*, 2004b, para. 6; *Bizimungu et al.*, 2004c, paras. 10, 29; *Krajišnik*, 2005, para. 12; *Karemera et al.*, 2006a, para. 39; *Karemera et al.*, 2006c, para. 21; *Perišić*, 2008a, para. 14; *Karadžić*, 2009a, para. 7; *Karadžić*, 2009b, para. 10; *Karadžić*, 2009c, para. 14; *Tolimir*, 2009, para. 6; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 25; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 24; *Karadžić*, 2010b, para. 14; *Karadžić*, 2010c, para. 12; *Setako*, 2011, para. 200; *Mladić*, 2012, para. 11; *Mladić*, 2013, para. 24; *Karadžić*, 2014a, para. 4; *Tolimir*, 2015, para. 23; *Karadžić*, 2019, para. 118). Al mismo tiempo, la toma de nota judicial de hechos juzgados asegura la consistencia y uniformidad de las decisiones sobre cuestiones de hecho para las que una diversidad de resoluciones sería injusta (*Semanza*, 2000, para. 20; *Ntakirutimana*, 2001, para. 28; *Kajelijeli*, 2002, para. 8; *Bizimungu et al.*, 2004b, para. 6; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 10; *Krajišnik*, 2005, para. 12; *Karemera et al.*, 2006a, para. 39; *Karemera et al.*, 2006c, para. 21; *Perišić*, 2008a, para. 14; *Karadžić*, 2009a, para. 7; *Karadžić*, 2009b, para. 10; *Karadžić*, 2009c, para. 14; *Tolimir*, 2009, para. 6; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 24; *Karadžić*, 2010b, para. 14; *Karadžić*, 2010c, para. 12; *Setako*, 2011, para. 200; *Mladić*, 2013, para. 24; *Karadžić*, 2014a, para. 4).

Esta facultad se limita, en un principio, a hechos que han sido disputados por otras partes y declarados probados por otras Salas (*Bizimungu et al.*, 2004b, para. 9; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 13; *Karadžić*, 2019, para. 117), teniendo siempre en cuenta la necesidad de encontrar un equilibrio entre la economía judicial y el derecho a un juicio justo para el acusado (*Simić et al.*, 1999, p. 4; *Sikirica et al.*, 2000, p. 5; *Ntakirutimana*, 2001, para. 28; *Kajelijeli*, 2002, para. 8; *Nyiramasuhuko et al.*, 2002, para. 36; *Ljubičić*, 2003, p. 4; *Krajišnik*, 2003, para. 14; *Milošević*, 2003a, p. 3; *Stanković*, 2003, para. 7; *Mejakić et al.*, 2004, p. 4; *Nikolić*, 2005, para. 12; *Karemera et al.*, 2006a, para. 39; *Karemera et al.*, 2006c, para. 21; *Perišić*, 2008a, para. 14; *Karadžić*, 2009a, para. 7; *Karadžić*, 2009b, para. 10; *Karadžić*, 2009c, para. 14; *Tolimir*, 2009, para. 6; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 25; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 24; *Karadžić*, 2010b, para. 14; *Karadžić*, 2010c, para. 12; *Setako*, 2011, para. 200; *Mladić*, 2013,

para. 24; *Karadžić*, 2014a, para. 4; *Tolimir*, 2015, para. 23; *Karadžić*, 2019, para. 118).

De acuerdo a estos principios, un gran número de casos ante el TPIY han tomado nota judicial de hechos juzgados a petición de la Fiscalía o la Defensa (Stewart, 2009, p. 399; Vriend, 2016, p. 200-215). Por ejemplo, las Salas de Primera Instancia I, II y III en los casos contra *Krajišnik*, *Milošević*, *Prlić* et al. y *Popović* et al. consideraron como hechos juzgados algunas de las alegaciones de la Fiscalía en el contexto de las localidades de Foča, Prijedor (*Krajišnik*, 2003; *Milošević*, 2003d), Busovaža, Mostar, Stupni Do (*Prlić* et al., 2006), Srbrenica y Potočari (*Popović* et al., 2006) al haber sido establecidas por otras Salas en casos anteriores (Abtahi, H. y Dawson, D., 2016, p. 12). Y posteriormente, dichas Salas impusieron condenas en sus sentencias sobre dicha base fáctica, junto con la valoración de otros hechos (*Krajišnik*, 2006, para. 1197; *Prlić* et al., 2013, para. 385; *Popović* et al., 2010, paras. 69-71)².

Esta posibilidad de tomar nota de hechos previamente juzgados, añadida a la regla 94 de las RPP adoptada por los jueces del TPIY en julio de 1998 y por los jueces del TPIR en noviembre de 2000 (*Ntakirutimana*, 2001, para. 24; *Milošević*, 2003b, para. 1; *Milošević*, 2003c, paras. 3, 12), ha estado siempre presente en los tribunales penales internacionales desde Núremberg y Tokio (Stewart, 2003, p. 256; Maitra, 2005, p. 581; Shannon, 2006, p. 101; Jørgensen, 2010, p. 696). No obstante, es una creación única del Derecho internacional procesal penal, que no existe en los sistemas domésticos romano-germánicos o anglosajones (Shannon, 2006, p. 100; Kwon, 2007, p. 369; Vriend, 2016, p. 183). El propósito de este poder de los jueces internacionales es similar al del poder de los tribunales domésticos para considerar probados hechos de conocimiento común: tomando nota de dichos hechos, los procedimientos pueden centrarse directamente en los asuntos que realmente enfrentan a las partes, dejando de lado alegaciones suplementarias tomadas como directamente probadas. Sin embargo, la toma de nota judicial de dichos hechos por el TPIY y el TPIR ofrece riesgos similares a los que presentaría en actuaciones

² El proceso contra *Slobodan Milošević* finalizó antes de la lectura de la sentencia debido al fallecimiento del acusado (*Milošević*, 2006).

domésticas, como el posible menoscabo de los derechos del acusado que de esta manera puede no estar en situación de hacer frente a toda prueba presentada contra él (Mamiya, 2007, p. 4).

En estas circunstancias, es importante identificar la manera en que hechos que ya han sido juzgados por el TPIY pueden ser utilizados para fundamentar un fallo posterior y, sobre todo, hasta qué punto una condena por crímenes tan graves como el genocidio puede basarse en dichos hechos. El caso *Karadžić* presenta una excelente oportunidad para responder a estas preguntas, ya que en este caso la Sala de Primera Instancia tomó nota judicial de más de 2.300 hechos juzgados y el condenado, además de argumentar ante la Sala de Apelaciones el uso supuestamente indebido de dichos hechos juzgados, cuestionó la “constitucionalidad” de esta facultad judicial (*Karadžić*, 2016b, paras. 113-141)³.

En este contexto, este capítulo pretende contribuir al análisis de esta herramienta judicial ante el TIPY explicando primero la jurisprudencia más relevante al respecto (sección 1). Dicha explicación se centra en la manera en que la toma de nota judicial de hechos juzgados es entendida por el TPIY y los requisitos formales y sustantivos establecidos para ella. Seguidamente, el capítulo discute la aplicación de esta institución legal en el caso *Karadžić*. En concreto, se proporciona una explicación de la particular aproximación de la Sala a los hechos juzgados en casos previos, se identifican los hechos juzgados que forman la base de la condena del acusado, y se presenta una valoración de la toma de nota judicial de dichos hechos en el caso (sección 2). Este capítulo concluye con unas breves recomendaciones para asegurar un uso adecuado de esta facultad judicial en actuaciones futuras a la luz del caso *Karadžić* (sección 3).

1. LA TOMA DE NOTA JUDICIAL DE HECHOS JUZGADOS EN ACTUACIONES ANTERIORES

1.1. *Concepto de la toma de nota judicial de hechos juzgados*

La regla 94(A) de las RPP TPIY establece que la Sala de Primera Instancia no requerirá prueba de hechos de conocimiento común

³ La “constitucionalidad” de la regla 94(B) RPP ya había sido discutida previamente (*Perišić*, 2008c, para. 16; *Mladić*, 2013, para. 101).

(“*facts of common knowledge*”), sino que tomará nota judicial de los mismos. A su vez, la Regla 94(B) de las RPP TPIY regula la toma de nota judicial de hechos juzgados (“*adjudicated facts*”) por el Tribunal en actuaciones previas que estén relacionados con los asuntos en litigio en el proceso en curso. Es importante distinguir entre ambos tipos de hechos —juzgados y de conocimiento común—, ya que su naturaleza y los requisitos para la toma de nota judicial de ambos no son los mismos (Maitra, 2005, p. 590-591; Faulkner, 2009, pp. 901-902; Jørgensen, 2010, p. 699-700; Gaynor, 2013, p. 1117).

Como han explicado en múltiples ocasiones tanto el TPIY como el TPIR, hay diferencias notables entre ambos tipos de hechos objeto toma de nota judicial (Kwon, 2007, p. 369). Entre otras, la toma de nota judicial de hechos de conocimiento común es una cuestión legal que normalmente implica que dichos hechos no pueden ser contestados durante el juicio a través de la presentación de pruebas (Semanza, 2005, para. 194; Karemera et al., 2006a, para. 22-23; Karemera et al., 2006b, paras. 8, 11)⁴, mientras que la toma de hechos juzgados con anterioridad conforme a la regla 94(B) establece una *presunción* bien fundada de la exactitud de dichos hechos, que en consecuencia no deben ser probados de nuevo durante el juicio, pero que, sujetos a dicha presunción, pueden ser impugnados, refutados o calificados por la otra parte a través de la presentación de prueba (Ljubičić, 2003, p. 6; Krajišnik, 2003, paras. 16-17; Milošević, 2003a, p. 3; Milošević, 2003b, p. 4; Milošević, 2003c, paras 4, 6, 14-17; Milošević, 2003d, paras. 5, 19; Blagojević y Jokić, 2003, para. 17; Hadžihasanović y Kubura, 2004a, p. 5; Mejakić et al., 2004, pp. 4, 6; Hadžihasanović y Kubura, 2004b, p. 7; Krajišnik, 2005, para. 13; Nikolić, 2005, paras. 10-11; Hadžihasanović y Kubura, 2005, p. 4; Prlić et al., 2006, para. 10; Karemera et al., 2006a, para. 42; Popović et al., 2006, para. 20; Krajišnik, 2006, para. 1197; Karemera et al., 2006c, para. 22; Milošević, 2007a, paras. 23, 29; Milošević, 2007b, para. 16; Šešelj, 2007, para. 8; Stanišić, 2007, para. 33; Perišić, 2008a, para. 15; Perišić, 2008c, para. 21; Karemera et al., 2009, para. 13; Karadžić, 2009a, para. 8; Karadžić, 2009b, para. 11; Karadžić, 2009c, para. 15;

⁴ La Sala de Apelaciones del TPIR concluyó que el genocidio en Ruanda en 1994 es un “hecho de conocimiento común” con respecto al que no cabe disputa (Cupido, 2015, p. 116).

Tolimir, 2009, para. 9; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 26; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 25; *Karadžić*, 2010b, para. 15; *Karadžić*, 2010c, para. 13; *Karadžić*, 2010d, para. 21; *Karadžić*, 2010e, para. 11; *Bagosora et al.*, 2010, para. 7; *Mladić*, 2012, paras. 11, 13; *Tolimir*, 2012, para 76; *Mladić*, 2013, para. 24; *Karadžić*, 2014a, para. 5; *Popović et al.*, 2015, para. 620; *Tolimir*, 2015, para. 24; *Karadžić*, 2016a, paras. 25-26; *Karadžić*, 2019, paras. 120, 123, 128)⁵. En otras palabras, la toma de nota judicial de un hecho juzgado no es una “*presumptio juris et de jure*” o presunción irrefutable, sino una presunción rebatible que está sujeta a refutación o cualificación durante el juicio, de manera que diferentes Salas pueden incluso alcanzar conclusiones diferentes en relación con los mismos hechos teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas presentadas en sus respectivos casos y analizado si alguna de dichas pruebas corrobora o contradice los hechos juzgados (*Stanković*, 2003, para. 9; *Milošević*, 2003c, paras. 21, 24, 32-35; *Milošević*, 2003d, paras. 5, 19; *Hadžibasanović y Kubura*, 2004b, p. 9; *Krajišnik*, 2005, para. 17; *Prlić et al.*, 2006, para. 11; *Popović et al.*, 2006, para. 21; *Karemera et al.*, 2009, para. 21; *Popović et al.*, 2010, para. 71; *Tolimir*, 2012, para 77; *Prlić et al.*, 2013, para. 385; *Karadžić*, 2016a, para. 30).

Este aspecto de la toma de nota judicial de hechos juzgados en otros procesos ha sido objeto de numerosas críticas, tanto académicas (Stewart, 2003, pp. 269-273; Schabas, 2006, p. 491; Heller, 2007, pp. 162-163; O’Sullivan y Montgomery, 2010, pp. 523-525; Fauveau Ivanovic, 2010; Sluiter y Vriend, 2012, pp. 92-93; Schabas y McDermott, 2015, pp. 1646-1647, margen 30; McDermott, 2016, pp. 45-46; Fry, 2016, pp. 31-32; Hafetz, 2018, p. 45) como judiciales (*Milošević*, 2003b, paras. 7, 11, 14; *Mladić*, 2013, para. 103; *Tolimir*, 2015, opinión disidente del Juez Antonetti, pp. 25-26), por su supuesto impacto en la duración de los juicios, en el derecho a la presunción de inocencia y en la inversión de la carga de la prueba hacia el acusado, que debe presentar prueba si quiere impugnar un hecho previamente juzgado. A este respecto, el TPIY ha reiterado que el hecho de que la carga de la prueba recaiga en la parte que pretende refutar

⁵ McDermott se muestra en desacuerdo con esta jurisprudencia y apunta a una lectura de la misma consistente con las decisiones de la CESL (McDermott, 2016, p. 46).

un hecho ya juzgado no afecta al principio general de derecho penal conforme al cual la Fiscalía siempre debe probar la responsabilidad del acusado: los hechos de los que se toma nota ya han sido sujetos a revisión judicial y las partes siguen autorizadas a impugnar dichos hechos durante el juicio a través de la presentación de prueba fehaciente y creíble que ponga en cuestión la veracidad de tales hechos juzgados (*Ljubičić*, 2003, p. 6; *Krajišnik*, 2003, para. 16; *Milošević*, 2003c, paras. 14-15; *Milošević*, 2003d, paras. 11-19; *Krajišnik*, 2005, p. 10; *Popović* et al., 2006, para. 21; *Milošević*, 2007a, para. 29; *Milošević*, 2007b, paras. 16-17; cf. *Šešelj*, 2007, para. 8; *Stanišić*, 2007, para. 32; *Perišić*, 2008a, para 15-34; *Perišić*, 2008c, paras. 21, 23, 48; *Karadžić*, 2009a, para. 8; *Karadžić*, 2009b, para. 11; *Karadžić*, 2009c, paras. 15, 20; *Tolimir*, 2009, paras. 9-10, 32; *Stanišić* y *Simatović*, 2010, para. 26; *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, paras. 25, 45; *Karadžić*, 2010b, para. 15; *Karadžić*, 2010c, para. 13; *Mladić*, 2012, paras. 11, 14; *Tolimir*, 2012, para. 76; *Popović* et al., 2015, para. 620; *Tolimir*, 2015, para. 24; *Karadžić*, 2019, paras. 120, 128). Del mismo modo, el TPIR no ha hecho inferencias sobre la participación de los acusados en los hechos de los que ha tomado nota judicial, sino que ha aclarado expresamente que la carga de probar la culpabilidad de los acusados continúa durante todo el juicio sobre los hombros de la Fiscalía (*Semanza*, 2000, para. 43; *Karemera* et al., 2006a, paras. 37, 42; *Karemera* et al., 2006b, para. 26; *Karemera* et al., 2006c, para. 22; *Karemera* et al., 2009, para. 131)⁶.

Otra diferencia importante entre la toma de nota judicial de hechos de conocimiento común y la toma de nota judicial de hechos juzgados es que la primera es obligatoria si dichos hechos son “notorios” (*Milošević*, 2003b, pp. 3-4; *Semanza*, 2005, para. 194; *Karemera* et al., 2006a, paras. 22-23; *Popović* et al., 2006, para. 3;

⁶ Un argumento similar ha sido esgrimido por la Salas con respecto a la toma de nota judicial de hechos de conocimiento común bajo la regla 94(A), i.e. la toma de nota judicial no viola los derechos del acusado o reduce la carga de la prueba sobre la Fiscalía, sino que es una manera alternativa para la Fiscalía de satisfacer parte de dicha prueba ya que la Fiscalía todavía debe probar la conducta y estado mental del acusado y cómo los hechos del caso constituyen el hecho de conocimiento común (*Semanza*, 2005, para. 192; *Karemera* et al., 2006a, para. 37; *Karemera* et al., 2006b, paras. 16, 21). Vid. también *Bachmann* y *Fatić*, 2015, pp. 218-219.

Karemera et al., 2006b, para. 24; *Karemera et al.*, 2006c, paras. 10, 13; *Milošević*, 2007b, para. 21)⁷, mientras que las Salas tienen *discreción* para tomar nota judicial de hechos que hayan sido juzgados en actuaciones anteriores por una Sala de Primera Instancia o por la Sala de Apelaciones (*Ntakirutimana*, 2001, para. 28; *Kajelijeli*, 2002, para. 14; *Nyiramasubuko et al.*, 2002, para. 40; *Milošević*, 2003b, pp. 3-4; *Milošević*, 2003c, paras. 4-6; *Bizimungu et al.*, 2003, para. 30; *Milošević*, 2003d, para. 5; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004a, p. 4; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Bizimungu et al.*, 2004b, para. 5; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 9; *Krajišnik*, 2005, para. 12; *Nikolić*, 2005, paras. 10-11; *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, p. 4; *Prlić et al.*, 2006, para. 24; *Karemera et al.*, 2006a, para. 41; *Popović et al.*, 2006, para. 3; *Karemera et al.*, 2006b, para. 24; *Karemera et al.*, 2006c, para. 20; *Milošević*, 2007a, para. 23; *Milošević*, 2007b, para. 5; *Stanišić*, 2007, para. 32; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 20; *Karadžić*, 2009a, paras. 7, 13; *Karadžić*, 2009b, para. 10; *Karadžić*, 2009c, para. 14; *Tolimir*, 2009, para. 5; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 24; *Karadžić*, 2010b, paras. 14, 22, 97; *Karadžić*, 2010c, para. 12; *Karadžić*, 2010d, para. 14; *Karadžić*, 2014a, para. 4; *Popović et al.*, 2015, para. 622; *Karadžić*, 2019, nota 325). No obstante, el ejercicio de dicha discreción judicial tiene lugar una vez que la Sala en cuestión ha verificado que cada hecho juzgado satisface los requisitos para la toma de nota judicial (*Prlić et al.*, 2006, para. 12; *Karemera et al.*, 2006a, para. 41; *Popović et al.*, 2006, paras. 4, 15; *Milošević*, 2007a, para. 27; *Milošević*, 2007c, para. 10; *Šešelj*, 2007, para. 9; *Stanišić*, 2007, paras. 32, 46; *Perišić*, 2008a, para. 33; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 20; *Perišić*, 2008b, para. 24; *Perišić*, 2008c, para. 48; *Karadžić*, 2009a, para. 9; *Karadžić*, 2009b, para. 12; *Karadžić*, 2009c, para. 16; *Tolimir*, 2009, paras. 7, 31; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 66; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 24, 44; *Karadžić*, 2010b, para. 16; *Karadžić*, 2010c, para. 14; *Karadžić*, 2014a, para. 6; *Karadžić*, 2019, para. 6).

⁷ Hechos notorios susceptibles de toma de nota judicial bajo la regla 94(A) RPP también pueden ser objeto de nota judicial según la regla 94(B) RPP si están establecidos en una sentencia y reúnen todos los requisitos legales (*Karadžić*, 2009c, para. 19).

1.2. Requisitos para la toma de nota judicial de hechos juzgados

Las Salas del TPIY y del TPIR han interpretado y desarrollado en su jurisprudencia los requisitos de la regla 94(B) RPP para la toma de nota judicial de hechos juzgados en actuaciones anteriores (Jørgensen, 2007, pp. 889-890; Sluiter y Vriend, 2012, p. 85-86; Vriend, 2016, p. 188; *Stanišić y Simatović*, 2018, para. 6; *Karadžić*, 2019, p. 118). Dichos requisitos, sintetizados en diez puntos, pueden clasificarse en formales o sustantivos, atendiendo a si hacen referencia a la manera en que hechos previamente juzgados pueden ser tomados en consideración o al contenido de dicha toma en consideración, respectivamente. En concreto, los requisitos formales se refieren a la necesidad de (i) solicitar la toma de nota judicial o, en todo caso (ii) oír a las partes antes de tomar nota judicial, así como de referirse únicamente a (iii) hechos (iv) concretos y precisos, y (v) en su formulación original. Por su parte, los requisitos sustantivos incluyen la necesidad de que la toma de nota judicial se refiera no solo a (i) hechos relevantes para el proceso en que se consideran y que hayan sido (ii) discutidos (iii) adjudicados y (iv) declarados definitivos en procesos anteriores, sino también que (v) sean ajenos a la responsabilidad penal del acusado.

1.2.1. Solicitud de toma de nota judicial

Para que una Sala tome nota de un hecho juzgado, la Sala debe recibir la solicitud de una parte y, según el tenor literal de la regla 94(B) RPP, debe oír a las demás partes acerca de dicha solicitud (*Kupreškić et al.*, 2001, para. 6; *Milošević*, 2007a, para. 23). No obstante, la Sala puede tomar nota judicial por iniciativa propia, con frecuencia al mismo tiempo que resuelve las peticiones de una de las partes sobre otros hechos juzgados (*Bizimungu et al.*, 2004c, para. 28). Las partes pueden formular solicitudes de toma de nota judicial tras presentar sus pruebas, si bien las Salas tienen esta circunstancia en cuenta cuando consideran dichas solicitudes (*Hadžihasanović y Kubura*, 2005, para. 28). Del mismo modo, las partes pueden solicitar de nuevo la toma de nota judicial de hechos juzgados para los que ya se denegó una solicitud similar en el pasado, aunque las Salas rechazan dichas solicitudes si los hechos todavía no reúnen los requisitos sustantivos para la toma de nota judicial (*Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 28).

1.2.2. Participación de las partes en la toma de nota judicial

Es importante tener en cuenta que las partes deben ser escuchadas *antes* de que la Sala decida tomar nota de un hecho juzgado y que la Sala puede tomar nota de un hecho juzgado incluso si una de las partes objeta a dicha toma de nota (*Kupreškić* et al., 2001, para. 6; *Blagojević* y *Jokić*, 2003, para. 15; *Popović* et al., 2006, para. 3; *Milošević*, 2007a, para. 23; *Tolimir*, 2009, para. 5; *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, para. 24; *Setako*, 2011, para. 200). Una vez que la Sala decide tomar nota judicial de dicho(s) hecho(s), la parte afectada puede ejercer su derecho de impugnar la presunción establecida por la toma de nota judicial (*Milošević*, 2003b, p. 4; *Milošević*, 2003c, para. 17; *Milošević*, 2003d, paras. 5, 19).

1.2.3. Referencia a hechos exclusivamente

Varias Salas han remarcado que la regla 94(B) RPP permite tomar nota judicial de los hechos establecidos por las Salas de Primera Instancia o la Sala de Apelaciones y no de conclusiones legales, interpretaciones o caracterizaciones legales derivadas de dichos hechos o de hechos que comporten una interpretación o caracterización legal (*Simić* et al., 1999, p. 5; *Sikirica* et al., 2000, p. 5; *Semanza*, 2000, para. 35; *Ntakirutimana*, 2001, para. 30; *Ljubičić*, 2003, p. 5; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(ii); *Milošević*, 2003a, p. 3; *Blagojević* y *Jokić*, 2003, para. 16(ii); *Mejakić* et al., 2004, pp. 4-6; *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2004b, p. 5(ii); *Bizimungu* et al., 2004b, paras. 17-21; *Bizimungu* et al., 2004c, para. 16; *Krajišnik*, 2005, para. 14(ii); *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2005, p. 5(ii); *Prlić* et al., 2006, paras. 12.3, 19; *Popović* et al., 2006, nota 16, para. 10; *Karemera* et al., 2006c, para. 23; *Milošević*, 2007a, para. 23; *Milošević*, 2007b, para. 22; *Šešelj*, 2007, paras. 9.5, 15; *Lukić* y *Lukić*, 2008, para. 21; *Karadžić*, 2009a, para. 29; *Karadžić*, 2009b., para. 40; *Karadžić*, 2009c, para. 43; *Tolimir*, 2009, para. 22; *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, para. 37; *Karadžić*, 2010b, para. 76; *Karadžić*, 2010c, para. 46; *Bagosora* et al., 2010, para. 12; *Karadžić*, 2012, para. 16; *Karadžić*, 2014a, para. 8).

Teniendo en cuenta que una conclusión es factual cuando requiere una descripción de las circunstancias del caso y legal si implica una interpretación o aplicación de principios legales (*Nyiramasuhuko* et.

al., 2002, para. 39; Milošević, 2007c, para. 11; Stanišić, 2007, para. 42), las Salas analizan los hechos juzgados caso por caso y determinan, respectivamente, si su contenido fáctico prevalece sobre las conclusiones y caracterizaciones legales contenidas en el mismo o si el hecho juzgado contiene conclusiones de naturaleza “esencialmente” legal (Krajišnik, 2005, para. 15; Popović et al., 2006, para. 10; Milošević, 2007a, paras. 27(iv), 33; Milošević, 2007b, para. 22; Stanišić, 2007, paras. 34, 42; Perišić, 2008a, paras. 15, 16(iii), 25; Lukić y Lukić, 2008, paras. 20(f), 25; Perišić, 2008b, para. 14; Perišić, 2008c, para. 32; Karadžić, 2009a, paras. 9(f), 29; Karadžić, 2009b, paras. 12(f), 40; Karadžić, 2009c, paras. 16(f), 43; Tolimir, 2009, paras. 8(f), 22; Stanišić y Simatović, 2010, paras. 24(iii), 39; Stanišić y Župljanin, 2010, paras. 24.6, 37; Karadžić, 2010b, paras. 16(f), 76; Karadžić, 2010c, paras. 14(f), 46; Karadžić, 2010d, para. 17; Mladić, 2013, para. 25; Karadžić, 2014a, paras. 6(f), 8; Karadžić, 2019, nota 325). A este respecto, algunos términos legalmente significativos pueden usarse también en un sentido fáctico para describir víctimas, objetos o situaciones (e.g. “civiles”, “ataque indiscriminado”, “torturados”, “población civil”, etc.) (Perišić, 2008c, para. 34; Karadžić, 2009a, para. 30; cf. Stanišić y Simatović, 2010, para. 42; Karadžić, 2010b, para. 79; Karadžić, 2010c, para. 47).

Sobre esta base, las Salas generalmente toman nota de fallos relacionados con el *actus reus* o la *mens rea* de un crimen porque dichos fallos son considerados conclusiones de naturaleza fáctica (Krajišnik, 2005, para. 15; Stanišić, 2007, para. 42; Perišić, 2008a, para. 25; Perišić, 2008b, para. 14; Perišić, 2008c, para. 32; Karadžić, 2009a, paras. 29, 31; Stanišić y Simatović, 2010, para. 39; Karadžić, 2010b, paras. 76, 79) (en relación con la regla 94(A), Karemera et al., 2006a, para. 29). Por el contrario, las Salas no toman nota de hechos juzgados cuando la terminología legal contenida en ellos (e.g. “asesinato”, “violación”, “intencionalmente”, “condición civil”, “traslado forzoso”, “legítimo objetivo militar”, “limpieza étnica”, etc.) los convierte en conclusiones esencialmente legales (Stanišić, 2007, para. 42; Perišić, 2008a, para. 26; Karadžić, 2009b, para. 45; Karadžić, 2009c, para. 45; Tolimir, 2009, para. 23; Stanišić y Župljanin, 2010, nota 118; Karadžić, 2010c, para. 48).

En todo caso, nada impide que una Sala, teniendo en cuenta los derechos del acusado, saque conclusiones legales basadas en hechos

así establecidos más allá de toda duda razonable, incluso si dichos hechos han sido establecidos en apelación (*Kvočka* et al., 2000, p. 6; *Krajišnik*, 2003, para. 14). No obstante, la toma de nota judicial de un hecho juzgado está limitada al hecho como tal y no a la prueba que fue considerada por otra Sala para juzgar dicho hecho (*Mladić*, 2012, para. 15).

1.2.4. Referencia a hechos concretos y precisos

Los hechos de los que se toma nota judicial deben representar de manera precisa los fallos inequívocos, concretos e identificables de otra Sala [*Ljubičić*, 2003, p. 5; *Krajišnik*, 2003, para. 15(i); *Blagojević* y *Jokić*, 2003, para. 16(i); *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2004b, p. 7; *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2005, p. 5(ii); *Prlić* et al., 2006, paras. 12.2, 18; *Popović* et al., 2006, para. 6; *Karemera* et al., 2006c, para. 23; *Milošević*, 2007a, para. 27(i); *Šešelj*, 2007, paras. 9.1), 14; *Stanišić*, 2007, paras. 34, 37; *Perišić*, 2008a, paras. 16(i), 18; *Lukić* y *Lukić*, 2008, para. 20(b); *Perišić*, 2008b, para. 8; *Perišić*, 2008c, para. 27; *Karadžić*, 2009a, paras. 9(b), 18; *Karadžić*, 2009b, para. 12(b); *Karadžić*, 2009c, para. 16(b); *Tolimir*, 2009, paras. 8(b), 13; *Stanišić* y *Simatović*, 2010, para. 24(i); *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, paras. 24.2), 30; *Karadžić*, 2010b, paras. 16(b); *Karadžić*, 2010c, para. 14(b); *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(b)]. Para determinar si los hechos juzgados cumplen este requisito, deben examinarse con referencia al lugar de la decisión donde aparecen, al periodo de la acusación en el caso *a quo*, al conjunto de la petición de toma de nota judicial, y a otros hechos juzgados en la misma sentencia, en defecto de lo cual las Salas no pueden tomar nota judicial de dichos hechos (*Krajišnik*, 2005, para. 14(i); *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2005, p. 6; *Popović* et al., 2006, paras. 6, 8; *Karemera* et al., 2006c, para. 23; *Milošević*, 2007a, para. 27(i); *Stanišić*, 2007, para. 37; *Stanišić*, 2007, paras. 34, 40; *Perišić*, 2008a, para. 18; *Lukić* y *Lukić*, 2008, para. 20(d); *Perišić*, 2008b, paras. 8, 22; *Perišić*, 2008c, para. 44; *Karadžić*, 2009a, para. 17; *Karadžić*, 2009b, para. 21; *Karadžić*, 2009c, para. 29; *Tolimir*, 2009, paras. 13-14; *Stanišić* y *Simatović*, 2010, paras. 28, 56; *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, para. 30; *Karadžić*, 2010b, paras. 31, 36; *Karadžić*, 2010c, paras. 23, 25-27; *Karadžić*, 2014a, para. 12). Además, no se puede tomar nota de hechos juzgados que están inex-

tricablemente mezclados con otros que no cumplen estos requisitos o con hechos accesorios que oscurecen el hecho principal (*Prlić* et al., 2006, para. 12.2); *Popović* et al., 2006, para. 6; *Tolimir*, 2009, para. 13; *Karadžić*, 2010b, para. 31; *Karadžić*, 2010c, para. 23; *Karadžić*, 2014a, para. 12).

Del mismo modo, peticiones vagas y generalizadas de que se tome nota judicial de hechos juzgados en otras actuaciones son generalmente rechazadas, dado que una petición de toma de nota judicial bajo la regla 94(B) RPP requiere señalar específicamente los párrafos o partes de la sentencia de los que se solicita que se tome nota judicial, y debe referirse a hechos tal y como han sido determinados por la otra Sala, de manera precisa y sin hacer inferencias de dichos hechos [*Kupreškić* et al., 2001, para. 12; *Ntakirutimana*, 2001, para. 43; *Nyiramasuhuko* et al., 2002, para. 37; *Stanković*, 2003, para. 16; *Bizimungu* et al., 2004a, para. 6; *Bizimungu* et al., 2004b, paras. 13-15, 17; *Bizimungu* et al., 2004c, paras. 13, 18-19; *Krajišnik*, 2005, para. 13; *Nikolić*, 2005, para. 56; *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2005, p. 4; *Popović* et al., 2006, para. 9; *Milošević*, 2007a, para. 27(v); *Šešelj*, 2007, para. 9.1); *Stanišić*, 2007, paras. 34, 41; *Perišić*, 2008a, para. 15; *Perišić*, 2008a, para. 18; *Lukić* y *Lukić*, 2008, para. 20(e); *Karadžić*, 2009a, para. 9(e); *Karadžić*, 2009b, para. 12(e); *Karadžić*, 2009c, para. 16(e); *Tolimir*, 2009, paras. 8(c), 15; *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, paras. 24.5, 35; *Karadžić*, 2010b, para. 16(e); *Karadžić*, 2010c, para. 14(e); *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(e)]. Asimismo, dado que un mismo párrafo de una sentencia puede contener más de un hecho probado, las solicitudes de toma de nota judicial deben indicar claramente el hecho o los hechos de los que se pide que se tome nota (*Bizimungu* et al., 2004b, para. 13; *Bizimungu* et al., 2004c, para. 19; *Nikolić*, 2005, para. 55), sin que se pueda dejar en manos de los jueces que deciden dichas solicitudes la identificación del texto relevante de la sentencia de otra Sala (*Karadžić*, 2009c, paras. 41-42; *Karadžić*, 2010b, para. 75). Por dicho motivo, una Sala no puede tomar nota judicial de una sentencia en su totalidad (*Kupreškić* et al., 2001, para. 12; *Ljubičić*, 2003, p. 5; *Krajišnik*, 2003, para. 14).

No obstante, la toma de nota judicial no depende de la presencia de notas al pie en la sentencia de la que se quiere tomar nota ni de la inclusión en las mismas de una referencia a la base probatoria de la que se deriva el hecho juzgado; tan solo es necesario que el hecho

juzgado en cuestión pueda identificarse en el texto de dicha sentencia, sin que la Sala que toma nota tenga la tarea de determinar si la otra Sala editó correctamente el texto o las notas de su sentencia (*Karadžić*, 2009a, paras. 16, 20; *Karadžić*, 2009b, paras. 37-38, 43; *Karadžić*, 2009c, paras. 40, 49; *Karadžić*, 2010b, para. 90; *Karadžić*, 2010c, para. 44).

1.2.5. Referencia a hechos en su formulación original

Las Salas toman nota judicial de los hechos juzgados por otras Salas en su literalidad, sin admitir parafraseos o errores con respecto al original (*Milošević*, 2003a, p. 4; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 7; *Prlić et al.*, 2006, para. 16). Dicho de otro modo, las Salas deben asegurarse caso por caso de que los hechos juzgados de los que toman nota están formulados en la misma forma o en una manera sustancialmente similar a como fueron formulados por la Sala en cuya decisión aparecen para evitar ambigüedades y errores de interpretación (*Blagojević y Jokić*, 2003, para. 16(iv); *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 28; *Krajišnik*, 2005, paras. 14(vi), 21; *Popović et al.*, 2006, para. 7; *Karemera et al.*, 2006c, para. 23; *Milošević*, 2007a, para. 27(ii); *Stanišić*, 2007, paras. 34, 38; *Perišić*, 2008a, paras. 16(vii), 32; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 20(c); *Perišić*, 2008b, para. 22; *Perišić*, 2008c, para. 44; *Karadžić*, 2009a, paras. 9(c), 21, 26; *Karadžić*, 2009b, paras. 12(c), 22-23; *Karadžić*, 2009c, paras. 16(c), 35-36; *Tolimir*, 2009, paras. 8(d), 17; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 24(vii); *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 24.3), 31; *Karadžić*, 2010b, paras. 16(c), 49, 63; *Karadžić*, 2010c, paras. 14(c), 29, 36; *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(c); *Karadžić*, 2019, nota 325).

Del mismo modo, los hechos de los que se toma nota no deben ser formulados de manera engañosa o incongruente con el resto de hechos juzgados para los que se solicita la toma de nota judicial, sino que deben leerse en el contexto de la sentencia de la que han sido extraídos (*Karemera et al.*, 2006a, para. 55; *Popović et al.*, 2006, para. 8; *Karemera et al.*, 2006c, para. 19; *Milošević*, 2007a, para. 27(iv); *Stanišić*, 2007, paras. 34, 40; *Perišić*, 2008a, para. 32; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 33; *Perišić*, 2008b, para. 22; *Perišić*, 2008c, para. 44; *Karadžić*, 2009a, paras. 9(d), 27; *Karadžić*, 2009b, paras. 12(d), 24, 29, 34; *Karadžić*, 2009c, paras. 16(d), 34, 39; *Tolimir*, 2009, paras.

8(e), 19; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 56; *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 24.4, 33; *Karadžić*, 2010b, paras. 16(d), 49, 67-68, 71; *Karadžić*, 2010c, paras. 14(d), 29, 31, 40; *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(d); *Karadžić*, 2019, nota 325).

Por el mismo motivo, la Sala no toman nota de un hecho juzgado si deniegan tomar nota de uno o más hechos juzgados que rodean a dicho hecho (*Popović et al.*, 2006, para. 8; *Perišić*, 2008a, para. 32; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 20(d); *Perišić*, 2008b, para. 22; *Perišić*, 2008c, para. 44; *Karadžić*, 2009a, paras. 9(d), 28; *Karadžić*, 2009b, para. 12(d); *Karadžić*, 2009c, para. 16(d); *Tolimir*, 2009, para. 19; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 56; *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 33-34; *Karadžić*, 2010b, paras. 16(d), 41; *Karadžić*, 2010c, para. 14(d); *Karadžić*, 2014a, paras. 6(d), 18-20). No obstante, la Sala que toma nota judicial puede corregir pequeñas imprecisiones o ambigüedades tanto tipográficas como de contenido en las propuestas de las partes, así como combinar dichas propuestas para que la toma de nota judicial sea consistente con el significado de las sentencias referidas, siempre que no haga cambios sustantivos ni introduzca información nueva en los hechos juzgados (*Popović et al.*, 2006, paras. 7, 24; *Karremera et al.*, 2006c, para. 23; *Šešelj*, 2007, para. 17; *Stanišić*, 2007, para. 38; *Perišić*, 2008a, para. 21; *Perišić*, 2008b, para. 10; *Perišić*, 2008c, para. 29; *Karadžić*, 2009a, para. 22; *Karadžić*, 2009b, paras. 24, 28; *Karadžić*, 2009c, para. 37; *Tolimir*, 2009, para. 17; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 31; *Karadžić*, 2010b, para. 65; *Karadžić*, 2010c, para. 39; *Mladić*, 2013, paras. 28, 32-33, 35, 70, 72; *Karadžić*, 2014a, para. 10; *Stanišić y Simatović*, 2018, para. 7).

1.2.6. Referencia a hechos relevantes

El primer requisito sustantivo para que una Sala tome nota judicial de hechos juzgados en procesos anteriores es que dichos hechos sean de alguna relevancia para el caso que juzga la Sala [*Ljubičić*, 2003, p. 5; *Milošević*, 2003d, para. 18; *Blagojević y Jokić*, 2003, para. 15; *Hadžihanović y Kubura*, 2004a, pp. 5-6; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Niyitegeka*, 2004, para. 16; *Hadžihanović y Kubura*, 2005, p. 7; *Popović et al.*, 2006, para. 5; *Milošević*, 2007a, para. 27(i); *Karadžić*, 2009a, para. 9(a); *Karadžić*, 2009b, para. 12(a); *Karadžić*, 2009c, para. 16(a); *Tolimir*, 2009, paras. 8(a), 11; *Stanišić y Simatović*, 2010,

para. 24(ii); *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 24.1), 29; *Karadžić*, 2010b, para. 16(a); *Karadžić*, 2010c, para. 14(a); *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(a)]. Por ejemplo, hechos juzgados en otros casos pueden ser relevantes para presentar una imagen más amplia en la que los crímenes alegados fueron supuestamente cometidos (*Stanković*, 2003, para. 11; *Milošević*, 2003d, para. 15; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 34) o para aclarar la dimensión geográfica y temporal de los crímenes contenidos en el acta de acusación (*Milošević*, 2007b, para. 14; *Stanišić*, 2007, para. 36; *Karadžić*, 2009c, paras. 25, 28). Este requisito se debe a que la toma de nota judicial no puede hacerse sin tener en cuenta la limitación de admitir únicamente pruebas con suficiente valor probatorio y relevantes para el procedimiento en curso (*Semanza*, 2002, paras. 14, 23; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004a, p. 5; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 9; *Krajišnik*, 2005, para. 17). A fin de evitar el riesgo de admitir como prueba hechos irrelevantes y, en consecuencia, sobrecargar el registro probatorio, las Salas tienen discreción para analizar si los hechos juzgados para los que se solicita que se tome nota judicial están relacionados de algún modo con los cargos proferidos contra alguno de los acusados (*Nikolić*, 2005, para. 17; *Semanza*, 2005, para. 189; *Popović et al.*, 2006, para. 5; *Stanišić*, 2007, para. 35; *Perišić*, 2008a, paras. 16(ii), 22; *Lukić y Lukić*, 2008, paras. 20(a), 35; *Perišić*, 2008b, para. 12; *Perišić*, 2008c, para. 30; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 29; *Karadžić*, 2009a, paras. 13-14; *Tolimir*, 2009, para. 11; *Karadžić*, 2010b, paras. 22-23; *Karadžić*, 2010c, para. 18; *Bagosora et al.*, 2010, para. 8).

En otras palabras, la regla 94(B) no puede utilizarse para buscar la admisión automática de hechos juzgados en otros procesos, sobre todo si la petición se hace directamente ante la Sala de Apelaciones (*Nikolić*, 2005, para. 17; *Prlić et al.*, 2006, para. 11; *Bagosora et al.*, 2010, para. 8). En consecuencia, la parte que solicita la toma de nota judicial de hechos juzgados con anterioridad debe demostrar cómo dichos hechos están relacionados con los asuntos en litigio en el caso que juzga la Sala (*Nyiramasuhuko et al.*, 2002, para. 40; *Milošević*, 2003d, p. 9; *Bizimungu et al.*, 2004a, para. 4; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 9; *Bizimungu et al.*, 2004b, paras. 7, 14, 17, 25; *Bizimungu et al.*, 2004c, paras. 11, 25; *Nikolić*, 2005, para. 11; *Prlić et al.*, 2006, para. 9; *Popović et al.*, 2006, para. 5; *Karemera et al.*, 2006c, para. 20; *Šešelj*, 2007, paras. 9.3), 12; *Stanišić*, 2007, paras.

34-35; *Karadžić*, 2010b, para. 23; *Karadžić*, 2010c, para. 18). En caso de apelación, la solicitud de toma de nota judicial de hechos juzgados debe indicar cómo cada hecho juzgado está relacionado con uno o más motivos de apelación (*Nikolić*, 2005, para. 55).

Como mínimo, se requiere que los hechos estén conectados con los cargos proferidos contra el acusado, si bien las Salas no pueden establecer dicha conexión con completo conocimiento y derivar las consecuencias para el fallo sino hasta escuchar toda la prueba del juicio (*Stanković*, 2003, paras. 8, 15; *Karadžić*, 2009a, para. 14; *Karadžić*, 2009d, para. 11; *Karadžić*, 2010b, para. 22; *Karadžić*, 2010c, para. 18). Como consecuencia (Vriend, 2016, pp. 186-187), las Salas examinan el peso y la relevancia de los hechos probados tomando en consideración todas las pruebas presentadas por las partes (*Krajišnik*, 2005, para. 17; *Prlić* et al., 2006, para. 11; *Popović* et al., 2006, para. 21; *Krajišnik*, 2006, para. 1197; *Tolimir*, 2009, para. 10; *Popović* et al., 2010, para. 71; *Tolimir*, 2012, para. 77; *Prlić* et al., 2013, para. 385; *Stanišić* y *Simatović*, 2013, para. 37; *Karadžić*, 2019, para. 128). En todo caso, las Salas no toman nota de hechos juzgados sobre asuntos que tienen una relación remota o indirecta con los asuntos que están juzgando, dado que hacerlo no serviría para reducir la duración del juicio (*Ntakirutimana*, 2001, para. 27; *Bizimungu* et al., 2004b, para. 7; *Bizimungu* et al., 2004c, para. 11; *Karadžić*, 2009c, paras. 23-24).

1.2.7. Referencia a hechos contenciosos

Hasta la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Apelaciones en el año 2003 (*Milošević*, 2003b), los hechos de los que se tomaba nota judicial bajo la regla 94(B) RPP no debían estar sujetos a una disputa razonable entre las partes en el caso en el que se tomaba nota de ellos (*Simić* et al., 1999, p. 4; *Sikirica* et al., 2000, p. 5; *Ntakirutimana*, 2001, para. 29; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(vi); *Milošević*, 2003a, p. 3). Hasta entonces, este requisito era considerado como crítico para la toma de nota judicial de hechos juzgados, ya que dichos hechos eran aceptados por la Sala con la toma de nota judicial y no podían por tanto dar lugar a una presunción (*Milošević*, 2003a, p. 4; *Milošević*, 2003b, para. 9). Si había una disputa sobre los hechos, se consideraba que no debía ser resuelta por toma de nota judicial,

sino que debía determinarse en cuanto al fondo después de que las partes hubiesen tenido la oportunidad de presentar pruebas y argumentos (*Ntakirutimana*, 2001, para. 29; O’Sullivan y Montgomery, 2010, p. 521). No obstante, a partir de la mencionada decisión de la Sala de Apelaciones, la toma de nota judicial bajo la regla 94(B) RPP está abierta a hechos disputados por las partes, dando lugar a una presunción “*juris tantum*” o presunción rebatible (*Milošević*, 2003c, para. 29; *Milošević*, 2003d, para. 5; *Krajišnik*, 2005, nota 45; *Prlić et al.*, 2006, para. 10; *Popović et al.*, 2006, nota 19; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 37; *Karadžić*, 2009a, para. 35; *Tolimir*, 2009, nota 30)⁸. En concreto, la Sala de Apelaciones aclaró que la regla 94(B) se refiere a hechos establecidos entre otras partes en otros procesos sobre la base de las pruebas presentadas por dichas partes y que, en cuanto tales, dichos hechos no pueden ser concluyentes en procesos con otras partes que no tuvieron oportunidad de impugnarlos y que disfrutaban del derecho a hacerlo en sus procesos (*Karemera et al.*, 2006a, paras. 40, 42). En todo caso, datos relativos al trasfondo histórico o geográfico de una situación no están generalmente sujetos a disputa y en consecuencia las Salas tomaron nota de ellos desde el principio (*Milošević*, 2003a, p. 4).

1.2.8. Referencia a hechos adjudicados

Hechos “verdaderamente adjudicados” (“*truly adjudicated*”) son aquellos que responden a la carga de la prueba que pesa sobre el Fiscal y son determinados por la Sala más allá de toda duda razonable, y no aquellos basados en un acuerdo entre las partes de un proceso anterior, tales como los hechos acordados que apuntalan un acuerdo de

⁸ No obstante, algunas Salas del TPIY y del TPIR determinaron que la Sala de Apelaciones en *Milošević* no había aclarado suficientemente este punto (*Blagojević y Jokić*, 2003, para. 17) y continuaron requiriendo que los hechos juzgados no debían estar sujetos a disputa razonable entre las partes para que se pudiera tomar nota judicial de los mismos [*Mejakić et al.*, 2004, p. 4; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 8; *Orić*, 2004, p. 2; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 22; *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, p. 6(vi); *Šešelj*, 2007, para. 9.4)]. Igualmente, como apunta McDermott (2016, p. 46), la Sala de Apelaciones de la CESL parece haber descartado la posibilidad de tomar nota judicial de hechos sujetos a una disputa razonable (*Norman et al.*, 2005, para. 31).

culpabilidad o los que resultan de declaraciones voluntarias de culpabilidad, dado que la admisión de los hechos por las partes no da fe de la realidad ni del carácter indiscutible de tales hechos (*Sikirica* et al., 2000, p. 5; *Semanza*, 2000, para. 34; *Ntakirutimana*, 2001, paras. 26, 41; *Kajelijeli*, 2002, para. 14; *Nyiramasuhuko* et al., 2002, para. 40; *Milošević* 2002, p. 3; *Ljubičić*, 2003, p. 5; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(vii); *Milošević*, 2003a, p. 3; *Blagojević* y *Jokić*, 2003, para. 16(ii); *Mejakić* et al., 2004, pp. 4, 6; *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2004b, p. 8; *Orić*, 2004, p. 2; *Bizimungu* et al., 2004b, para. 7; *Bizimungu* et al., 2004c, paras. 11, 23; *Krajišnik*, 2005, para. 14(iii); *Hadžihasanović* y *Kubura*, 2005, p. 6(vii); *Prlić* et al., 2006, para. 9; *Popović* et al., 2006, para. 11; *Milošević*, 2007a, para. 27(iii); *Šešelj*, 2007, para. 9.6); *Stanišić*, 2007, paras. 34, 43; *Perišić*, 2008a, paras. 16(iv), 27; *Lukić* y *Lukić*, 2008, para. 20(g); *Perišić*, 2008b, para. 16; *Perišić*, 2008c, para. 35; *Karadžić*, 2009a, paras. 9(g), 32; *Karadžić*, 2009b, para. 12(g); *Karadžić*, 2009c, para. 16(g); *Tolimir*, 2009, paras. 8(g), 25; *Stanišić* y *Simatović*, 2010, para. 24(iv); *Stanišić* y *Župljanin*, 2010, paras. 24.7), 38; *Karadžić*, 2010b, para. 16(g); *Karadžić*, 2010c, para. 14(g); *Bagosora* et al., 2010, paras. 10-11; *Karadžić*, 2012, para. 10; *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(g); *Popović* et al., 2015, para. 622; *Karadžić*, 2019, nota 325).

En consecuencia, hechos “adjudicados” son aquellos sobre los que el TPIY y el TPIR ha deliberado y emitido un fallo en una ocasión previa en otro proceso (*Bizimungu* et al., 2003, para. 34; *Nikolić*, 2005, para. 45; *Lukić* y *Lukić*, 2008, paras. 30-31), sin que obste que los mismos hechos hayan sido establecidos en otros procesos sobre la base de un acuerdo entre las partes (*Popović* et al., 2006, para. 11; *Karadžić*, 2009b, para. 47) o que su importancia haya sido menor que en el caso para el que se toman nota (*Popović* et al., 2015, para. 622; *Stanišić* y *Simatović*, 2018, para. 7). Del mismo modo, también se consideran “adjudicados” los hechos determinados por una Sala sobre pruebas que no han sido impugnadas por las partes (*Perišić*, 2008c, para. 35; *Karadžić*, 2009b, para. 46; *Karadžić*, 2012, para. 17), sin que sea relevante el tipo de prueba —testifical o documental— utilizada por la Sala para adjudicar el hecho del que se toma nota (*Karadžić*, 2009b, para. 14; *Karadžić*, 2009c, para. 18; *Karadžić*, 2010b, para. 18; *Karadžić*, 2010c, para. 16). Por el contrario, son hechos acordados entre las partes y no verdaderamente adjudicados aquellos para

los que la nota al pie en la sentencia original cita los hechos acordados como fuente primaria de autoridad (*Popović et al.*, 2006, para. 11; *Perišić*, 2008a, para. 27; *Perišić*, 2008b, para. 16; *Perišić*, 2008c, para. 35; *Karadžić*, 2009b, para. 48; *Karadžić*, 2009c, para. 46; cf. *Tolimir*, 2009, para. 26; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 38; *Karadžić*, 2010b, para. 81).

En el caso de fallos judiciales basados en parte en pruebas y en parte en admisiones, las Salas no toman nota judicial de dichos hechos si no está claro que la convicción más allá de toda duda razonable en dichos fallos se basa en la prueba presentada durante el juicio correspondiente ante otra Sala (*Krajišnik*, 2005, para. 14(iii); *Popović et al.*, 2006, para. 11; *Karadžić*, 2009a, para. 32; *Tolimir*, 2009, para. 25; *Stanišić y Simatović*, 2010, paras. 45-46; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 38). Del mismo modo, hechos “adjudicados” son aquellos contenidos en las partes de la sentencia dedicados al “fallo” (“*findings*”) de la Sala y no los comprendidos en la “introducción” a dicho fallo, dado que esta parte de la sentencia no incluye conclusiones sobre asuntos sometidos a disputa por las partes sino a menudo una mera exposición del contexto histórico relevante (*Ntakirutimana*, 2001, para. 37; *Bizimungu et al.*, 2004b, paras. 9-10, 24; *Bizimungu et al.*, 2004c, paras. 13-15, 20).

1.2.9. Referencia a hechos declarados definitivos

Tanto el TPIY como el TPIR han determinado que solo los hechos en una sentencia, de la que no ha habido apelación, o con respecto a la cual cualquier proceso de apelación o revisión ha concluido, pueden verdaderamente ser considerados como “hechos juzgados” de acuerdo al significado de la regla 94(B) RPP (*Kupreškić et al.*, 2001, paras. 6, 12; *Ntakirutimana*, 2001, paras. 26, 42; *Kajelijeli*, 2002, para. 14; *Nyiramasuhuko et al.*, 2002, para. 40; *Milošević* 2002, p. 3; *Semanza*, 2002, para. 13; *Ljubičić*, 2003, pp. 5-6; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(iii); *Milošević*, 2003b, p. 4; *Bizimungu et al.*, 2003, para. 34; *Milošević*, 2003d, para. 5; *Blagojević y Jokić*, 2003, para. 16(iii); *Bizimungu et al.*, 2004a, paras. 4, 7-8; *Mejakić et al.*, 2004, p. 4; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 8; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 24; *Krajišnik*, 2005, para. 14(iv); *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, p. 5(iii); *Prlić et al.*, 2006, paras. 12.1, 15.2, 17; *Popović et al.*,

2006, para. 14; *Karemera et al.*, 2006c, para. 23; *Milošević*, 2007a, para. 27(ii); *Šešelj*, 2007, paras. 9.2), 16; *Stanišić*, 2007, paras. 34, 45; *Perišić*, 2008a, paras. 16(v), 28; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 20(i); *Perišić*, 2008b, para. 18; *Perišić*, 2008c, para. 37; *Karadžić*, 2009a, para. 9(i); *Karadžić*, 2009b, para. 12(i); *Karadžić*, 2009c, para. 16(i); *Tolimir*, 2009, paras. 8(h), 30; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 24(v); *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 24.9, 43; *Karadžić*, 2010b, para. 16(i); *Karadžić*, 2010c, para. 14(i); *Bagosora et al.*, 2010, para. 7; *Setako*, 2011, para. 200; *Mladić*, 2013, para. 25; *Karadžić*, 2014a, para. 6(i); *Karadžić*, 2019, nota 325). Ello se debe a que asumir como “juzgados” hechos establecidos en una sentencia que está pendiente de apelación supondría ignorar la posibilidad de que la Sala de Apelaciones pueda revisar dichos hechos.

En consecuencia, solo hechos identificados en sentencias para las que la apelación está terminada pueden ser objeto de toma de nota judicial en casos posteriores (*Krajišnik*, 2003, para. 14; *Bizimungu et al.*, 2004a, para. 5; *Karemera et al.*, 2006c, para. 73), sin que obste que apelaciones relativas a los mismos hechos en otros procesos no hayan concluido todavía (*Popović et al.*, 2006, para. 14) ni que procesos contra alguna de las personas mencionadas en dichos hechos estén todavía en marcha (*Karadžić*, 2009b, para. 53). Del mismo modo, el mero hecho de que una sentencia haya sido apelada no implica de por sí que todos los hechos juzgados en dicha sentencia deban ser excluidos de una posible toma de nota judicial. Los hechos juzgados que no estén cubiertos por la apelación no se verán afectados por una sentencia futura y se puede, por tanto, con un enfoque cauteloso, tomar nota judicial de ellos antes de que el proceso de apelación concluya (*Ljubičić*, 2003, p. 6; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(iv); *Milošević*, 2003c, para. 34; *Blagojević y Jokić*, 2003, para. 19; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 8; *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, p. 6(iv); *Prlić et al.*, 2006, para. 15.3; *Tolimir*, 2009, para. 30; *Mladić*, 2013, paras. 92, 94).

1.2.10. Referencia a hechos que no fundamentan la responsabilidad del acusado

La Salas de Primera Instancia determinaron inicialmente que los hechos de los que se toma nota judicial no deben tender, de manera directa o indirecta, a incriminar o dar fe de la culpabilidad de acu-

sado [Ljubičić, 2003, p. 5; Krajišnik, 2003, para. 15(v); Stanković, 2003, para. 10; Blagojević y Jokić, 2003, para. 16(v); Hadžihasanović y Kubura, 2004b, p. 8; Krajišnik, 2005, para. 14(v); Hadžihasanović y Kubura, 2005, p. 6(v); Prlić et al., 2006, paras. 12.4, 20; Karemera et al., 2006c, para. 23; Šešelj, 2007, para. 9.7)]. En consecuencia, si bien algunas Salas tomaron nota judicial de fallos relacionados con el *actus reus* o la *mens rea* de un crimen (Krajišnik, 2005, para. 15), varias Salas no tomaron nota judicial de hechos juzgados al considerar que tenían que ver con la culpa o inocencia del acusado o que eran fundamentales para el caso de la Fiscalía (Milošević, 2002, p. 3; Stanković, 2003, para. 17; Bizimungu et al., 2004c, paras. 21-22). De manera aparentemente contradictoria con esta jurisprudencia (Jørgensen, 2010, pp. 708-709; McDermott, 2016, p. 45), la Sala de Apelaciones del TPIR determinó en el caso *Karemera et al.* que:

La toma de nota judicial bajo la regla 94(B) está de hecho disponible solamente para hechos juzgados que inciden, al menos en cierto sentido, en la responsabilidad penal del acusado”, [ya que] “hechos que no están relacionados, directamente o indirectamente, con esa responsabilidad penal no son relevantes para la cuestión que se adjudicará en el juicio (*Karemera et al.*, 2006a, para. 48).

Siguiendo esta lógica, la circunstancia de que los hechos en cuestión constituyan elementos de algunos crímenes que usualmente la Fiscalía debe probar no implica que no se pueda tomar nota judicial de ellos [*Karemera et al.*, 2006a, para. 29, en relación con la regla 94(A)].

Del mismo modo, aunque la jurisprudencia inicial indicó que los hechos de los que se podía tomar nota judicial debían ser analizados con gran precaución para no tomar nota de aquellos que tendían a incriminar al acusado (*Stanković*, 2003, para. 10), la Sala de Apelaciones aclaró más tarde que el derecho del acusado a la presunción de inocencia se ve afectado únicamente cuando la Sala determina que los hechos de los que toma nota judicial son suficientes para establecer la responsabilidad del acusado (*Karemera et al.*, 2006a, para. 47; *Karemera et al.*, 2006b, para. 26; *Karadžić*, 2009a, para. 36; *Karadžić*, 2009c, para. 53). No obstante, si bien la regla 94(B) RPP puede utilizarse discrecionalmente en relación con hechos que inciden menos directamente en la responsabilidad del acusado si no se comprometen

sus derechos (Karemera et al., 2006a, paras. 52-53; Karemera et al., 2006c, para. 18; Milošević, 2007a, para. 30; Karadžić, 2010d, para. 19; Mladić, 2013, para. 81), dicha regla no puede utilizarse para tomar nota judicial de hechos juzgados en otros casos relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental de uno o más de los acusados, ya que proceder de esa manera afecta a derechos procesales tales como el derecho del acusado a oír y confrontar los testigos en su contra (Karemera et al., 2006a, paras. 50-51; Popović et al., 2006, para. 12; Karemera et al., 2006c, paras. 18, 23; Milošević, 2007a, paras. 27(iii); Milošević, 2007b, para. 16; Stanišić, 2007, paras. 34, 44; Perišić, 2008a, paras. 16(vi), 29; Lukić y Lukić, 2008, paras. 20(h), 22-23; Perišić, 2008b, para. 20; Perišić, 2008c, para. 40; Karadžić, 2009a, para. 9(h); Karadžić, 2009b, paras. 12(h), 52; Karadžić, 2009c, para. 16(h); Tolimir, 2009, paras. 8(g), 27; Stanišić y Simatović, 2010, paras. 24(vi), 49-50; Stanišić y Župljanin, 2010, nota 96; Stanišić y Župljanin, 2010, paras. 24.8, 39, 42; Karadžić, 2010b, paras. 16(h), 82; Karadžić, 2010c, para. 14(h); Karadžić, 2010d, para. 19; Mladić, 2013, paras. 25, 39, 80; Karadžić, 2014a, para. 6(h); Popović et al., 2015, para. 620; Karadžić, 2019, nota 325, paras. 117, 121-122).

Dicho de otra manera, si bien es posible tomar nota judicial de hechos juzgados relativos a la existencia de los crímenes, el *actus reus* y la *mens rea* sobre los que se apoya la responsabilidad del acusado por dichos crímenes deben ser probados por medios diferentes a la toma de nota judicial (Karemera et al., 2006a, para. 52; Popović et al., 2006, para. 13; Milošević, 2007b, para. 16; Perišić, 2008a, para. 24; Perišić, 2008c, para. 42; Karadžić, 2009a, para. 7; Karadžić, 2009b, para. 10; Karadžić, 2009c, para. 14; Tolimir, 2009, para. 27; Karadžić, 2010b, para. 14; Karadžić, 2010c, para. 12).

No obstante, el acercamiento de las Salas de Primera Instancia a esta cuestión sobre la base de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones (Karemera et al., 2006a, para. 52; Milošević, 2007b, para. 16; Mladić, 2013, para. 81; Popović et al., 2015, para. 620; Karadžić, 2019, paras. 121-122) ha sido dispar, sobre todo en casos de (co-)autoría indirecta en los que hay hechos juzgados en procesos anteriores que constituyen la base delictiva sometida a examen (Vriend, 2016, p. 194). En línea con esta jurisprudencia, algunas Salas han tomado nota judicial de hechos juzgados relacionados con la conducta de los autores de los crímenes por los que se alega la responsabilidad del

acusado (co-autores, cómplices, subordinados, etc.) al considerar que hacerlo no se refiere a si la conducta del acusado satisface los elementos físicos y mentales de la forma de responsabilidad alegada contra el mismo y, en consecuencia, no afecta a la carga del Fiscal de probar dicha responsabilidad (Popović et al., 2006, para. 13; Karemera et al., 2006c, para. 23; Stanišić, 2007, para. 44; Perišić, 2008a, para. 30; Perišić, 2008b, paras. 20, 25; Perišić, 2008c, para. 41; Karadžić, 2009b, para. 50; Karadžić, 2009c, para. 53; Tolimir, 2009, para. 28; Stanišić y Župljanin, 2010, para. 39; Karadžić, 2010b, para. 82; Karadžić, 2010c, para. 15). Por el contrario, otras Salas han rechazado proceder de la misma manera al considerar que tales hechos juzgados potencialmente fundamentan la responsabilidad del acusado (Šešelj, 2007, para. 13; Perišić, 2008b, para. 21; Stanišić y Simatović, 2010, para. 53; Stanišić y Župljanin, 2010, para. 46).

1.3. Margen de discrecionalidad en la toma de nota judicial de hechos juzgados

Como hemos indicado en la sección 1.1, una vez satisfechos los requisitos formales y sustantivos para la toma de nota judicial de hechos juzgados en actuaciones anteriores por otras Salas, la Sala en cuestión tiene *discreción* para tomar dicha nota judicial (Vriend, 2016, p. 191). De cara al ejercicio de esta discreción, las Salas consideran si tomar nota judicial de un hecho juzgado sirve los “intereses de la justicia” (Krajišnik, 2005, para. 12; Hadžihanović y Kubura, 2005, p. 4; Popović et al., 2006, paras. 4, 15; Karemera et al., 2006c, para. 23; Milošević, 2007a, para. 28; Milošević, 2007c, para. 10; Stanišić, 2007, paras. 32, 46; Lukić y Lukić, 2008, para. 20; Karadžić, 2009a, para. 9; Karadžić, 2009b, paras. 12, 54; Karadžić, 2009c, para. 16; Tolimir, 2009, paras. 7, 31; Stanišić y Simatović, 2010, para. 25; Stanišić y Župljanin, 2010, paras. 24, 44; Karadžić, 2010b, para. 16; Karadžić, 2010c, para. 14; Mladić, 2013, para. 25; Karadžić, 2019, nota 325). No obstante, esta última expresión no es unívoca y varias Salas han entendido incluidos en ella varios factores para no tomar nota de hechos juzgados, a pesar de satisfacer todos los requisitos de la regla 94(B) RPP identificados en la sección anterior. En concreto, las Salas se han negado a tomar nota de hechos juzgados sobre la base de que hacerlo no serviría los “intereses de la justicia” cuando la toma

de nota judicial (i) no respeta los derechos del acusado y/o la equidad del proceso (ii) contradice fallos anteriores sobre el mismo asunto (iii) no es suficientemente clara, o (iv) concierne cuestiones referentes al núcleo del caso en cuestión.

1.3.1. Respeto a los derechos del acusado y a un juicio justo

La toma de nota judicial de hechos juzgados no debe impactar en el derecho del acusado a un juicio justo, incluidos la presunción de inocencia y el derecho a un juicio público (*Simić et al.*, 1999, p. 4; *Sikirica et al.*, 2000, p. 4; *Ljubičić*, 2003, pp. 4, 6; *Krajišnik*, 2003, paras. 14, 15(viii); *Milošević*, 2003a, p. 3; *Blagojević y Jokić*, 2003, para. 18; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 8; *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, p. 6(viii); *Karemera et al.*, 2006a, paras. 39, 41; *Milošević*, 2007a, para. 28; *Milošević*, 2007b, para. 5; *Milošević*, 2007c, para. 10; *Šešelj*, 2007, para. 9.8); *Stanišić*, 2007, paras. 32, 46; *Tolimir*, 2009, para. 32; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 45; *Mladić*, 2013, para. 24; *Tolimir*, 2015, para. 23; *Karadžić*, 2019, para. 118). Como resultado, la discrecionalidad expresamente concedida a las Salas para tomar nota de hechos juzgados en actuaciones anteriores, guiada por el objetivo de asegurar la economía judicial y promover una jurisprudencia consistente (*Ntakirutimana*, 2001, para. 31; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Bizimungu et al.*, 2004b, paras. 8, 11; *Bizimungu et al.*, 2004c, paras. 12, 18), está sometida y limitada por la obligación de respetar los derechos del acusado y asegurar un juicio justo (*Semanza*, 2001, para. 10; *Ntakirutimana*, 2001, para. 28; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Krajišnik*, 2005, para. 12; *Nikolić*, 2005, para. 12; *Popović et al.*, 2006, para. 16; *Karemera et al.*, 2006c, para. 23; *Perišić*, 2008b, para. 24; *Perišić*, 2008c, para. 48; *Karemera et al.*, 2009, para. 20; *Setako*, 2011, para. 200).

En este sentido, especialmente desde que la Sala de Apelaciones abriera la puerta a la toma de nota judicial de hechos juzgados diferentes a hechos de trasfondo o de tipo histórico (Kwon, 2007, p. 371), las Salas han hecho uso de su discreción para ponderar la conveniencia de tomar nota judicial de hechos juzgados en relación con (i) la admisión al por mayor de hechos de una sentencia basados en la evaluación de la prueba llevada a cabo por otra Sala, ya que dicha toma de nota judicial estaría en conflicto con el derecho del acusado

a un juicio justo (*Milošević*, 2003a, p. 4; *Milošević*, 2003d, para. 9; *Krajišnik*, 2005, para. 16); (ii) la admisión de un gran número de hechos juzgados y con muchos detalles que, considerados en su conjunto, comprometen la equidad del proceso o la rapidez de las actuaciones al imponer al acusado una carga excesiva para refutarlos y frustran el objetivo de economía judicial (*Milošević*, 2003d, paras. 7-8; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Krajišnik*, 2005, paras. 16, 22; *Popović et al.*, 2006, para. 16; *Karemera et al.*, 2006c, paras. 23, 76; *Tolimir*, 2009, para. 32; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 69; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 45; *Karadžić*, 2010c, para. 54); (iii) el carácter amplio, tendencioso, falta de significación, exceso en detalle, numeroso y repetitivo de los hechos juzgados en relación con otras pruebas admitidas en el juicio, ya que el intento del acusado de refutar un número elevado de hechos juzgados puede requerir de tiempo y recursos considerables que afecten negativamente a la economía judicial y a la rapidez del proceso, especialmente si ya se ha presentado prueba con respecto a las mismas alegaciones (*Milošević*, 2003d, paras. 10-12, 15, 17; *Blagojević y Jokić*, 2003, para. 23; *Mejakić et al.*, 2004, pp. 5-6; *Bizimungu et al.*, 2004c, para. 22; *Krajišnik*, 2005, para. 16; *Popović et al.*, 2006, para. 16; *Karemera et al.*, 2006c, paras. 23, 51, 76; *Perišić*, 2008b, para. 11; *Karadžić*, 2009b, para. 59-60; *Karadžić*, 2009c, para. 51; *Tolimir*, 2009, para. 34; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 48; *Karadžić*, 2010c, para. 53; *Karadžić*, 2012, para. 12; *Karadžić*, 2014a, para. 21); (iv) la falta de suficiente relevancia de los hechos juzgados en relación con el caso (*Mejakić et al.*, 2004, p. 5); y (v) la falta de acceso del acusado a las pruebas que fundamentan los hechos juzgados de los que una Sala toma nota judicial (*Karemera et al.*, 2006c, para. 29; *Karadžić*, 2009a, para. 16). Conforme a estos criterios, las Salas han ejercido su discrecionalidad para admitir como mínimo hechos juzgados relativos a los antecedentes históricos, geográficos y políticos de cada caso (*Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004a, p. 5; *Hadžihasanović y Kubura*, 2004b, p. 9; *Hadžihasanović y Kubura*, 2005, pp. 7-8).

1.3.2. Consistencia con fallos anteriores

La toma de nota judicial de un mismo hecho juzgado haciendo referencia a varias sentencias no solo es innecesaria y no promueve

la economía judicial, sino que puede ser materialmente inconsistente dependiendo del contenido y lenguaje de cada sentencia (*Popović et al.*, 2006, para. 17; *Karadžić*, 2009b, para. 55; *Karadžić*, 2010b, para. 91). Para evitarlo, las Salas solo toman nota judicial haciendo referencia a más de una sentencia (i) cuando tales notas son relevantes al mismo hecho juzgado y no contienen lenguaje contradictorio, y (ii) cuando las sentencias no son inconsistentes entre sí ni con el hecho juzgado (*Ntakirutimana*, 2001, para. 38; *Popović et al.*, 2006, para. 17; *Stanišić*, 2007, nota 148; *Karadžić*, 2009b, paras. 56-58; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 49).

1.3.3. Claridad del hecho juzgado

La toma de nota judicial bajo la regla 94(B) RPP se aplica a hechos claramente juzgados por otras Salas y no a las opiniones de otras Salas o a meras referencias hechas por otras Salas a pruebas presentadas por las partes sin aclarar si aceptan dichas pruebas como hechos relevantes (*Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 47; *Karadžić*, 2009a, paras. 33-34; *Karadžić*, 2010b, para. 93; *Karadžić*, 2012, paras. 10-11; *Karadžić*, 2014a, paras. 16, 21). En consecuencia, las Salas han hecho uso de su discreción para rechazar la toma de nota judicial como hechos juzgados de resúmenes de testimonios o de cargos incluidos en sentencias que no van acompañados por la valoración de los mismos hecha por otras Salas (*Karadžić*, 2009a, para. 33; *Karadžić*, 2012, para. 10). Por las mismas razones de claridad, las Salas han rechazado tomar nota de hechos juzgados que por su fuente u otra razón podrían causar confusión en el caso que están tratando (*Popović et al.*, 2006, para. 17; *Lukić y Lukić*, 2008, para. 27; *Karadžić*, 2009c, para. 37; *Karadžić*, 2010c, para. 32), han tomado nota solamente de las partes más específicas y concretas de un hecho juzgado o las han completado (*Popović et al.*, 2006, para. 18; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 27; *Karadžić*, 2010b, paras. 38-39; *Karadžić*, 2010c, para. 26; *Mladić*, 2013, para. 58) y han corregido pequeñas imprecisiones o ambigüedades en los hechos juzgados al tomar nota judicial (*Popović et al.*, 2006, paras. 7, 25; *Karemera et al.*, 2006c, para. 23; *Stanišić*, 2007, para. 38; *Perišić*, 2008a, para. 21; *Perišić*, 2008b, para. 10; *Perišić*, 2008c, para. 29; *Karadžić*, 2009a, para. 22; *Karadžić*, 2009b, paras. 24, 28; *Tolimir*, 2009, paras. 17, 37; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para.

31; *Karadžić*, 2010b, paras. 41, 53, 65, 72, 94; *Karadžić*, 2010c, paras. 37, 39; *Mladić*, 2013, paras. 28, 32-33, 35).

1.3.4. Referencia a cuestiones centrales del caso

Para asegurarse de que el derecho del acusado a un juicio justo no se ve afectado, las Salas pueden ejercer su discreción para decidir no tomar nota judicial de hechos juzgados relativos a “*cuestiones centrales*” de los casos que están tratando (*Popović et al.*, 2006, para. 19; *Karemera et al.*, 2006c, para. 23), tales como hechos que conciernen la culpabilidad o inocencia del acusado (*Bizimungu et al.*, 2004c, para. 22). A este respecto, las Salas pueden tomar nota de hechos juzgados relacionados directa o indirectamente con la responsabilidad del acusado, incluyendo la existencia y actividades de personas con una intención criminal común (*Karemera et al.*, 2006c, para. 40; *Mladić*, 2013, paras. 81, 85), pero deben ejercer su discreción para determinar si los hechos juzgados de los que se quiere tomar nota conciernen o no el *actus reus* y la *mens rea* del acusado (*Karemera et al.*, 2006a, para. 52; *Mladić*, 2013, para. 81; *Karadžić*, 2019, para. 121). En todo caso, las Salas deben ser cautelosas en sus decisiones de tomar nota judicial de hechos que son centrales para determinar la responsabilidad del acusado en lugar de escuchar testimonio sobre dichos hechos (*Karemera et al.*, 2006a, para. 53; *Karemera et al.*, 2006c, paras. 18, 41; *Milošević*, 2007a, paras. 31-32; *Milošević*, 2007a, opinión disidente del Juez Harhoff, para. 6; *Perišić*, 2008c, para. 42), tales como alegaciones específicas contra el acusado, acciones u omisiones de terceros por las que se arguye la responsabilidad del acusado y asuntos altamente disputados (*Tolimir*, 2009, paras. 29, 33; *Stanišić y Župljanin*, 2010, paras. 41, 46; *Tolimir*, 2015, para. 33).

2. LA TOMA DE NOTA JUDICIAL DE HECHOS JUZGADOS EN EL CASO KARADŽIĆ

2.1. Aproximación a la toma de nota judicial de hechos juzgados en el caso *Karadžić*

En el caso *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia III resolvió favorablemente cinco peticiones de la Fiscalía para tomar nota de hechos

juzgados en casos anteriores, y en consecuencia tomó nota de 2,379 hechos bajo la regla 94(B) RPP en junio, julio y octubre de 2009 y en junio de 2010 (*Karadžić*, 2019, para. 109; *Karadžić*, 2016a, paras. 25 y 6165, en referencia a *Karadžić*, 2009a; *Karadžić*, 2009b; *Karadžić*, 2009c; *Karadžić*, 2010b; *Karadžić*, 2010c). Por el contrario, la única petición de la Defensa para la toma de nota judicial de hechos juzgados fue rechazada por la Sala (*Karadžić*, 2016a, para. 6167, en referencia a *Karadžić*, 2014a).

En dichas decisiones, la Sala ejerció su discreción a la hora de tomar nota judicial siguiendo expresamente las pautas legales fijadas por la jurisprudencia identificada en las secciones 1.2-1.3 *supra*. En concreto, la Sala de Primera instancia analizó si los hechos juzgados eran relevantes, concretos y precisos, presentados de forma clara en su formulación original, sin incluir conclusiones de naturaleza esencialmente legal, no basados en un acuerdo entre las partes, no relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado, y no sujetos a apelación o revisión (*Karadžić*, 2009a, para. 9; *Karadžić*, 2009b, para. 12; *Karadžić*, 2009c, para. 16; *Karadžić*, 2010b, para. 16; *Karadžić*, 2010c, para. 14).

En aplicación de dichas pautas, la Sala tomó nota judicial de hechos relacionados con crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra adjudicados en los casos *Duško Tadić*, *Kunarac et al.*, *Krštić*, *Krnojelac*, *Stakić*, *Galić*, *Brđanin*, *Blagojević* y *Jokić*, *Krajišnik*, y *Dragomir Milošević*. No obstante, la Sala expresamente aclaró que el requisito de que los hechos juzgados no estuvieran relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado le impedía tomar nota de hechos juzgados relativos a la supuesta intención de *Karadžić* de destruir a los bosnios musulmanes en cuanto tales (*Karadžić*, 2009c, para. 20).

Tras adoptar dichas decisiones, la Sala de Primera Instancia aclaró en su sentencia que (i) al final del juicio decidió el valor probatorio de los hechos juzgados de los que había tomado nota judicial; (ii) de manera consistente con la jurisprudencia relevante del TPIY, presumió la exactitud de los hechos juzgados de los que había tomado nota judicial, pero dicha presunción pudo ser rebatida por las partes durante el juicio; y (iii) dichos hechos fueron analizados tomando en consideración todas las pruebas del caso (*Karadžić*, 2010d, para. 22;

Karadžić, 2016a, paras. 25-27). En consecuencia, la Sala se apoyó en hechos juzgados en otros casos cuando no se había presentado prueba para rebatirlos, mientras que no lo hizo así y consideró que la presunción de exactitud de los hechos juzgados había sido rebatida cuando *Karadžić* presentó prueba creíble contra dichos hechos o cuando la prueba presentada por la Fiscalía era inconsistente con tales hechos (*Karadžić*, 2016a, paras. 27-28). Asimismo, la Sala no consideró como corroboradores de las pruebas presentadas aquellos hechos juzgados que habían sido probados en otros procesos sobre la base del testimonio prestado por el mismo testigo llamado a declarar en el caso *Karadžić* (*Karadžić*, 2016a, paras. 30-31). Esta aproximación fue posteriormente ratificada en apelación (*Karadžić*, 2019, paras. 130-131).

2.2. *Hechos juzgados relativos a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en la sentencia del caso Karadžić*

Siguiendo esta aproximación a la regla 94(B) RPP, la Sala de Primera Instancia declaró probada en su sentencia la comisión de algunos de los crímenes alegados contra *Karadžić* sobre la base *inter alia* de hechos juzgados en casos previos de los que había tomado nota judicial anteriormente. En particular, la Sala partió de hechos adjudicados en los casos *Duško Tadić*, *Kunarac et al.*, *Krnjelac*, *Stakić*, *Brđanin* y *Krajišnik* y, tras analizar la prueba presentada por la Defensa afín de revertir su presunta veracidad, afirmó que dichos hechos constituían la base fáctica de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en (i) varios municipios de Bosnia oriental como Bijeljina, Bratunac, Foča, Rogatica, Sokolac, Vlasenica y Zvornik (*Karadžić*, 2016a, paras. 624, 657, 679, 780, 903, 923, 994, 1070-1071, 1201, 1207, 1271, 1276); (ii) en municipios de la denominada región autónoma de Krajina como Banja Luka, Bosanski Novi, Ključ, Prijedor y Sanski Most (*Karadžić*, 2016a, paras. 1410, 1429, 1455, 1483, 1544, 1637, 1774, 1778, 1913, 1973); y (iii) en municipios del área de Sarajevo como Hadžići, Ilidža, Novi Grad, Novo Sarajevo, Pale y Vogošća (*Karadžić*, 2016a, paras. 2100, 2112, 2152, 2157, 2193, 2196, 2231, 2237, 2280, 2331, 2347, 2430).

Del mismo modo, la Sala determinó en su sentencia la existencia de la base fáctica de los crímenes de lesa humanidad y de guerra co-

metidos en Sarajevo apoyándose *inter alia* en los hechos juzgados en los casos *Galić y Dragomir Milošević* de los que había tomado nota con anterioridad (*Karadžić*, 2016a, paras. 3968-3970, 4497, 4542-4544, 4600-4601).

Por último, en lo que respecta a Srebrenica, la Sala declaró probada la base fáctica de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en los municipios de Potočari, Bratunac y Zvornik apoyándose no solo en la prueba presentada durante el juicio, sino también en los hechos juzgados en los casos *Krštić y Blagojević y Jokić* de los que la Sala había tomado nota previamente (*Karadžić*, 2016a, paras. 5141, 5145, 5154, 5205, 5286, 5303, 5306, 5354, 5382, 5413, 5464).

En todos estos escenarios, la Sala consideró los argumentos y las pruebas documentales y testificales aportadas por *Karadžić* para rebatir tales hechos juzgados y, aunque en ocasiones determinó que generaban algunas dudas sobre los mismos (*Karadžić*, 2016a, nota 2788), en su inmensa mayoría no los encontró relevantes (*Karadžić*, 2016a, notas 1988, 2166, 2828, 2845, 2847, 2943, 3042-3043, 14248), fiables (*Karadžić*, 2016a, notas 2096, 2479, 2489, 2793, 2797, 2820, 2834, 2847, 2888-2889, 2895, 2928, 2933, 2943, 2951, 2953, 2969, 2976, 3029, 3048, 3557, 3838, 4396, 4420, 4998, 5000, 5010, 5348, 9069; paras. 4263, 4345, 4455, 4493, 5200), creíbles (*Karadžić*, 2016a, notas 1994, 2107, 2836, 2926-2927, 2977, 3039, 3632, 12007; paras. 4243, 4251-4252, 4498, 4598) o suficientes (*Karadžić*, 2016a, notas 5087, 15069; paras. 4265, 4602) para rebatir tales hechos.

No obstante, en ocasiones la Sala consideró que, a pesar de haber tomado nota de algunos asesinatos juzgados en los casos *Krnojelac y Krajišnik* (*Karadžić*, 2009c, hecho 765; *Karadžić*, 2010b, hechos 2398-2399), no tenía prueba suficiente acerca de las circunstancias de dichos fallecimientos para llegar a una conclusión al respecto en relación con el caso *Karadžić* (*Karadžić*, 2016a, para. 872). En otras ocasiones, la Sala no se apoyó en algunos hechos incriminatorios juzgados en los casos *Krštić, Krnojelac y Blagojević* de los que había tomado nota (*Karadžić*, 2009c, hecho 849; *Karadžić*, 2009b, hechos 1602, 1609, 1733-1735) porque caían fuera del marco temporal o material del caso *Karadžić* (*Karadžić*, 2016a, notas 2937, 17542). Del mismo modo, no se basó en otros hechos juzgados en los casos *Krštić*,

Galić y Dragomir Milošević de los que había tomado nota (*Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 303, 317; *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1697-1704; *Karadžić*, 2010c, hechos 2931-2932) porque eran inconsistentes con algunas de las pruebas presentadas por la Fiscalía (*Karadžić*, 2016a, paras. 3701, 4139, 5222, nota 13832). Además, la Defensa logró rebatir con su prueba algunos de los hechos juzgados en los casos *Galić y Dragomir Milošević* de los que la Sala había tomado nota (*Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 183-188, 200-204, 206-208; *Karadžić*, 2010c, hecho 3044), en relación con tiroteos y bombardeos en Sarajevo en noviembre de 1993, mayo de 1994, y mayo y junio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3834, 3965, 4437, 4473).

2.2.1. Crímenes cometidos en Bosnia oriental, la región autónoma de Krajina y el área de Sarajevo

La Sala se apoyó *inter alia* en hechos juzgados en casos anteriores para declarar probados crímenes de lesa humanidad de asesinato, exterminio, traslado forzoso, actos inhumanos y persecución a través de asesinatos, torturas, violaciones, sometimiento a condiciones de vida inhumanas, detención ilegal, trabajos forzados, saqueo y destrucción de la propiedad (*Karadžić*, 2016a, paras. 2463, 2481, 2484, 2498, 2506, 2511-2512, 2518, 2521, 2530, 2538, 2547, 2559, 2570), así como crímenes de guerra de asesinato (*Karadžić*, 2016a, para. 2455) cometidos contra bosnios musulmanes y croatas entre 1991 y 1995 en los municipios de Bijeljina, Batković, Bratunac, Foča, Buk Bijela, Rogatica, Sokolac, Vlasenica Zvornik, Banja Luka, Bosanski Novi, Ključ, Prijedor, Sanski Most, Hadžići, Ilidža, Novi Grad, Novo Sarajevo, Pale y Vogošća.

En concreto, sobre la base de hechos juzgados en el caso *Krajišnik*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Fuerzas serbias mataron civiles no serbios no uniformados durante y después de la toma de control de Bijeljina en abril de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 618-624, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2243, 2245, 2246);

– Bosnios musulmanes fueron despedidos de sus puestos y dejaron de recibir sus pagas tras la toma de control de Vlasenica por parte de la policía y los soldados serbobosnios en abril de 1992, a diferencia

de los trabajadores serbobosnios (*Karadžić*, 2016a, para. 1120, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2686);

– Unidades paramilitares como las fuerzas de Arkan estaban presentes en abril de 1992 en la ciudad de Sokolac y los pueblos colindantes, en algunas de cuyas escuelas policías y soldados serbobosnios cometieron más tarde crímenes de detención y maltrato de bosnios musulmanes (*Karadžić*, 2016a, paras. 1049, 1070-1071, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2675, 2678-2683);

– Fuerzas serbias atacaron y tomaron el control de varios pueblos en la municipalidad de Zvornik en abril de 1992, incluido Divič, del que bosnios musulmanes huyeron y no pudieron regresar por la acción de las fuerzas serbias, que en mayo de 1992 transportaron a dicha población y la obligaron a dirigirse a pie hacia territorio musulmán (*Karadžić*, 2016a, paras. 1269, 1271, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2735, 2771);

– Bosnios musulmanes que regresaron a Zvornik en abril de 1992 tuvieron que firmar una promesa de lealtad a las autoridades serbobosnias para mantener su empleo (*Karadžić*, 2016a, para. 1276, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2734);

– Fuerzas serbobosnias bombardearon Iliđža en abril de 1992, tomaron el control de esta población en mayo de 1992, requisaron apartamentos de bosnios musulmanes, y detuvieron a miles de bosnios musulmanes que fueron asesinados, maltratados y obligados a cavar trincheras o recoger cadáveres durante su detención entre junio y noviembre de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 2128, 2130, 2134, 2141, 2144, 2147-2148, 2157, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2573-2574, 2633-2634, 2636, 2640, 2665);

– Fuerzas serbias bombardearon Novo Sarajevo en abril de 1992, violaron a mujeres bosnio musulmanas mientras registraban las casas en dicha localidad, y golpearon y obligaron a detenidos bosnio musulmanes a cavar trincheras y fosas en junio de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 2262, 2264, 2669, 2276-2279, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2582, 2584-2585, 2617, 2630-2632, 2638);

– Centenares de bosnios musulmanes de pueblos de Bratunac fueron detenidos, golpeados y maltratados severamente por fuerzas serbias en una escuela en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 767, 769, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2325-2327);

- Policía y soldados serbobosnios sacaron de sus casas en Rogatica a bosnios musulmanes, golpeando a los varones, y los encerraron en una escuela de educación secundaria en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, para. 985, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2505);

- Autoridades serbobosnias de Banja Luka ordenaron a los empresarios en mayo de 1992 que desalojaran de sus apartamentos a sus trabajadores que no eran serbios para alojar a las familias de soldados serbios fallecidos, bajo amenaza de ser reprendidos en caso de no hacerlo (*Karadžić*, 2016a, para. 1374, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2226, 2228);

- Reservistas serbios armados y policías asaltaron la municipalidad de Hadžići en mayo de 1992 y bosnios musulmanes y croatas de dicha población la abandonaron o fueron detenidos, fueron golpeados y sufrieron abusos sexuales (*Karadžić*, 2016a, paras. 2084-2086, 2102, 2104, 2108, 2114, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2564, 2566-2567, 2571, 2615-2618);

- Fuerzas serbias incendiaron un pueblo musulmán en la municipalidad de Pale y expulsaron a sus habitantes en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 2313, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2591), al mismo tiempo que las autoridades serbias de Pale organizaron el transporte y la detención de la población no serbia, que fue gravemente maltratada (*Karadžić*, 2016a, paras. 2320, 2334, 2335, 2339-2340, 2345-2346, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2641-2642, 2644-2647, 2671-2672);

- Fuerzas serbias impidieron con disparos la huida de mujeres, niños y ancianos de Novi Grad, mataron a una veintena de hombres tras lanzar un ataque, y destruyeron una mezquita en mayo y junio de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 2183-2186, 2195, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2608-2610, 2662), además de detener a bosnios musulmanes con escasa agua y comida, y matar a un grupo de ellos en junio de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 2198, 2201, 2213, 2234, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2626, 2628-2629, 2667);

- Bosnios musulmanes y croatas detenidos en el campo Batković en Bijeljina entre junio de 1992 y diciembre de 1995 no fueron provistos de condiciones sanitarias adecuadas ni de suficiente comida durante

su detención, y fueron golpeados y forzados a mantener relaciones sexuales (*Karadžić*, 2016a, paras. 651, 653, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2256);

– Bosnios musulmanes detenidos en el campo de Sušica fueron obligados a llevar a cabo diferentes tipos de trabajo desde julio de 1992, incluyendo enterrar cadáveres, cavar trincheras y transportar munición a las líneas de combate, y algunos de ellos fueron asesinados por guardias de dicho campo sin ninguna consecuencia (*Karadžić*, 2016a, paras. 1195, 1203, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2713, 2717);

– Fuerzas serbias atacaron un pueblo musulmán en la municipalidad de Vogošća en mayo de 1992 y arrestaron a centenares de bosnios musulmanes (*Karadžić*, 2016a, paras. 2380-2381, 2385, 2397, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2598-2601), que entre agosto de 1992 y enero de 1993 permanecieron detenidos y sujetos a maltrato y trabajo forzoso (*Karadžić*, 2016a, paras. 2414-2416, 2426, 2428, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hechos juzgados 2648-2655); y

– Bosnios musulmanes que permanecieron en Bijeljina en septiembre de 1992 sufrieron un plan para su expulsión a través del miedo (*Karadžić*, 2016a, paras. 671, 679, en referencia a *Karadžić*, 2010b, hecho juzgado 2264).

Asimismo, sobre la base de hechos juzgados en los casos *Krnoje-lac* y *Kumarac et al.*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Fuerzas serbias atacaron y tomaron el control de Foča en abril de 1992; limitaron el movimiento, arrestaron, detuvieron y causaron heridas a un gran número de civiles, en su mayoría bosnios musulmanes; registraron y quemaron casas de bosnios musulmanes, dejando a salvo las casas de bosnios serbios; y saquearon los negocios de los primeros durante y después de dicho ataque (*Karadžić*, 2016a, paras. 855-857, 859-865, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 730, 741-744, 747, 749-756, 766-768, 770-780, 813, 822, 902-907, 909-910);

– Bosnios musulmanes fueron golpeados y asesinados por fuerzas serbias en pueblos y bosques cercanos a Foča en mayo y julio de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 868-869, 871-874, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 752, 760-761, 763-765; *Karadžić*, 2010b,

hechos juzgados 2398-2401, 2407), y otros civiles del mismo grupo étnico fueron golpeados y trasladados en abril a almacenes militares en Foča donde fueron torturados (*Karadžić*, 2016a, para. 876, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 782-786);

– Civiles bosnios musulmanes que habían sido arrestados por fuerzas serbias fueron detenidos en KP Dom Foča sin cargos y sin ser informados de sus derechos, y sufrieron problemas físicos y psicológicos como consecuencia *inter alia* de las frecuentes palizas propinadas por los soldados, la falta de comida, el insuficiente tratamiento médico, la falta de contacto con el exterior y el trabajo forzado (*Karadžić*, 2016a, paras. 883, 889-890, 892-895, 899-902, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 825-832, 841-846, 848-860, 863, 864-875, 877-879, 881, 888);

– Soldados serbios violaron a varias mujeres y niñas musulmanas en Buk Bijela en julio de 1992, sin que sus quejas a la policía sirvieran de nada (*Karadžić*, 2016a, para. 913, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 787-790); y

– Civiles musulmanes fueron detenidos de manera ilegal en escuelas e instalaciones deportivas en Foča en condiciones no higiénicas y sin provisión de suficiente comida, y soldados y policías acudieron allí a violar a mujeres y niñas y las llevaron a diferentes casas para dicho propósito entre agosto y octubre de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 915-917, 919-922, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 787, 791-797, 800-801, 803-806, 808-821).

Por último, sobre la base de hechos juzgados en los casos *Duško Tadić*, *Stakić* y *Brđanin*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Comandantes del campo de detención de Manjača en la municipalidad de Banja Luka estaban al tanto y trataron de esconder a mediados de 1992 el maltrato infligido a los detenidos y el consiguiente fallecimiento de algunos de ellos entre junio y noviembre de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 1400, 1429, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 578-580, 592-593);

– Soldados serbobosnios saquearon objetos de valor y dinero de bosnios musulmanes en varios pueblos en la municipalidad de Bosanski Novi en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 1447, 1449-1450, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 658, 661), y

bombardearon, quemaron y destruyeron mezquitas en esta municipalidad en mayo y junio de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 1453-1455, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 665-666);

– Civiles bosnios musulmanes detenidos en un estadio de fútbol en Bosanski Novi entre mayo y julio de 1992 fueron golpeados, insultados y humillados por soldados serbobosnios (*Karadžić*, 2016a, para. 1477, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 636-640);

– Cientos de varones musulmanes fueron detenidos y sometidos a abusos físicos y humillaciones por parte de fuerzas serbobosnias en una escuela en la municipalidad de Ključ en junio de 1992, con el conocimiento de las autoridades municipales (*Karadžić*, 2016a, paras. 1538-1541, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 939-941, 943-944);

– Serbios fueron animados a aceptar una política de discriminación contra los que no eran serbios en Prijedor en febrero de 1992, y la policía serbia instigó por radio a destruir mezquitas e incluso bosnios musulmanes en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 1582, 1604, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 1024, 1094);

– Varios pueblos musulmanes de la municipalidad de Prijedor fueron bombardeados en mayo de 1992, dejando intactas solo las casas serbias en su mayoría (*Karadžić*, 2016a, para. 1619, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hecho juzgado 1279), y más de cincuenta bosnios musulmanes y croatas de la zona fueron arrestados, detenidos y ejecutados por serbobosnios armados (*Karadžić*, 2016a, para. 1631, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 1053-1055);

– El plan de las autoridades serbias era reducir el número de musulmanes en Prijedor al 10% o menos, y los residentes no serbios que abandonaban Prijedor desde junio de 1992 tenían que transferir su propiedad a las autoridades serbias, en contraste con los residentes serbobosnios (*Karadžić*, 2016a, paras. 1903, 1910, 2731, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 1093, 1101);

– Musulmanes y croatas en el campo de detención de Omarska en la municipalidad de Prijedor entre mayo y agosto de 1992 eran a menudo obligados a firmar confesiones falsas sobre actos cometidos contra serbios después de su interrogatorio, y eran humillados, amenazados de muerte, golpeados y a menudo asesinados tras dicho interrogatorio (*Karadžić*, 2016a, paras. 1763-1765, en referencia a

Karadžić, 2009c, hechos juzgados 1135, 1152, 1154, 1169-1171, 1179, 1182);

– Serbobosnios no identificados mataron a disparos a más de cien detenidos no serbios cuando estaban siendo transportados desde el campo de detención de Omarska en agosto de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 1776-1778, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hechos juzgados 1188, 1220-1222); y

– Fuerzas serbobosnias con armas automáticas mataron a civiles desarmados miembros de una familia musulmana en la municipalidad de Sanski Most en agosto de 1992 (*Karadžić*, 2016a, para. 1971, en referencia a *Karadžić*, 2009c, hecho juzgado 1315).

2.2.2. Crímenes cometidos en Sarajevo

Apoyándose *inter alia* en hechos juzgados de los que había tomado nota con anterioridad, la Sala concluyó en su sentencia que crímenes de lesa humanidad de asesinato y crímenes de guerra de homicidio, ataques ilegales contra la población civil y terror fueron cometidos en Sarajevo entre 1992 y 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4618, 4628, 4635).

En concreto, sobre la base de hechos juzgados en el caso *Galić*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Un civil fue asesinado y 12 fueron heridos al ser alcanzados por disparos de francotiradores serbobosnios en Sarajevo mientras paseaban, recogían agua, jugaban o viajaban en autobús o tranvía en diciembre de 1992 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3939, 3948, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 147-151, 154-155), en abril de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3864, 3874, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 157-159, 161-164), en julio de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3797, 3805, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 165-172), en septiembre de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3905-3906, 3914, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 175-182), en noviembre de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3956, 3964, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 183-188), en enero de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3811-3812, 3819, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 189-197), en mayo de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3823, 3830, en referencia a

Karadžić, 2009a, hechos juzgados 200-204, 206-208), en junio de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3672-3673, 3681, 3684, 3838, 3844, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 210-214, 216-221, 224-230, 232-233), y en julio de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3919, 3930, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 234-244); y

– Al menos 190 personas fueron asesinadas y más de 180, en su gran mayoría civiles, fueron heridas de gravedad como consecuencia del bombardeo serbobosnio de hospitales, mercados, campos de fútbol y puntos de abastecimiento de agua y de ayuda humanitaria en Sarajevo en junio de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4061, 4063, 4080, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 251-262, 264, 266), en julio de 1993 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4089, 4102-4103, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 272-282), en enero de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4111, 4129, en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 283, 286-295, 297-304), y en febrero de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4141-4142, 4159, 4175, 4227, 4243 en referencia a *Karadžić*, 2009a, hechos juzgados 316-322, 324, 332, 334, 336, 338-342).

Asimismo, sobre la base de hechos juzgados en el caso *Dragomir Milošević*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Un civil fue asesinado y al menos 14 fueron heridos al ser alcanzados por disparos de ametralladoras o francotiradores serbobosnios en Sarajevo mientras andaban por la calle o viajaban en tranvía en octubre de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3686-3688, 3696, 3701, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 2921-2929, 2931-2932), en noviembre de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3706, 3715, 3725, 3730-3733, 3740, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 2939-2946, 2955-2963, 2965-2969), en febrero de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3748-3749, 3752, 3760, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 2979-2985), y en marzo de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 3767-3768, 3771, 3776, 3879-3880, 3887, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 2986, 2990-2998, 3000, 3004-3005); y

– Al menos 40 personas fueron asesinadas y más de 125 fueron heridas de gravedad, en su gran mayoría civiles, como consecuencia del bombardeo serbobosnio de hospitales, mercados, plazas, centros

de salud y centros sociales en Sarajevo en mayo de 1992 (*Karadžić*, 2016a, para. 4031, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 2883-2884), en diciembre de 1994 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4255, 4261, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 3029-3030, 3032), en abril de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4396-4397, 4400, 4412, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 3034, 3036-3041), en mayo de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4421-4422, 4424, 4426, 4436-4437, 4444-4445, 4451, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 3043-3051-3057), en junio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4459, 4472, 4480, 4490, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 3058-3064), y en agosto de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 4268-4269, 4329, 4340, en referencia a *Karadžić*, 2010c, hechos juzgados 3078, 3081, 3083).

2.2.3. Crímenes cometidos en Srebrenica

La Sala se apoyó *inter alia* en hechos juzgados en casos anteriores para declarar probados crímenes de genocidio (*Karadžić*, 2016a, paras. 5668, 5673), crímenes de lesa humanidad de asesinato, exterminio, traslado forzoso y persecución a través de asesinatos y tratos crueles e inhumanos (*Karadžić*, 2016a, paras. 5612, 5620, 5642, 5645, 5652, 5673), así como crímenes de guerra de asesinato (*Karadžić*, 2016a, para. 5611) cometidos contra bosnios musulmanes de Srebrenica en 1995 en los municipios de Potočari, Bratunac y Zvornik.

En concreto, sobre la base de hechos juzgados en los casos *Krštić* y *Blagojević y Jokić*, la Sala de Primera Instancia en el caso *Karadžić* declaró probado que:

– Fuerzas serbobosnias prendieron fuego a casas y almiarses y se llevaron de Potočari a bosnios musulmanes el 12 y 13 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5075-5077, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1503-1504, 1507, 1509-1510);

– Fuerzas serbobosnias desplazaron en autobuses, camiones y a pie a más de 20,000 mujeres, niños y ancianos bosnio musulmanes de Potočari hasta territorio controlado por bosnios musulmanes entre el 12 y el 13 de julio de 1995. Al mismo tiempo, transportaron a los hombres y muchachos de dicho grupo a Bratunac, sin distinguir entre civiles y militares y quemando sus tarjetas de identidad y objetos per-

sonales (*Karadžić*, 2016a, paras. 5095, 5101-5103, 5107-5110, 5112, 5117-5119, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1549-1550, 1552, 1573-1575, 1581-1584, 1586, 1663-1667);

- Los cuerpos de nueve civiles ejecutados fueron encontrados por los cascos azules en el área de Potočari el 12 de julio de 1995 y soldados serbobosnios ejecutaron a un bosnio musulmán en la misma zona el 13 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5138, 5144, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1651, 1662);

- Fuerzas serbobosnias separaron a 10 o 15 varones bosnio musulmanes que viajaban en un autobús desde Potočari el 13 de julio de 1995, les condujeron a una escuela en Tišća donde les interrogaron y les golpearon, y les dispararon tras transportarlos en un camión (*Karadžić*, 2016a, paras. 5147-5150, 5152, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1737-1739, 1744-1746);

- De una columna de entre 10,000 y 15,000 hombres y muchachos que habían huido de Potočari, fuerzas serbobosnias saquearon y detuvieron sin comida y con escasa agua a 2,000 bosnios musulmanes en un prado en Sandići y a otros 3,000 en el campo de fútbol de Nova Kasaba el 13 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5037, 5162-5164, 5174, 5176, 5182-5183, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1598, 1604, 1611, 1614, 1617-1619, 1621, 1730-1732);

- Fuerzas serbobosnias transportaron a 15 bosnios musulmanes que habían sido capturados de la columna que huía de Srebrenica, incluyendo un niño de 15 años, a la vera del río Jadar en Bratunac, donde los ejecutaron el 13 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5190, 5192, 5195, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1689-1691);

- Fuerzas serbobosnias transportaron a la ciudad de Bratunac el 13 de julio de 1995 a bosnios musulmanes que habían sido detenidos anteriormente en Potočari, los detuvieron en hangares, autobuses y escuelas sin proporcionarles agua, los maltrataron físicamente, los asesinaron y los enterraron en fosas comunes excavadas en Glogova (*Karadžić*, 2016a, paras. 5292-5296, 5298-5302, 5305, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1625, 1668-1688);

- Fuerzas serbobosnias transportaron a un almacén en Kravica a cerca de 1,000 bosnios musulmanes detenidos en Sandići, dispararon

contra ellos y les lanzaron granadas el 13 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5232, 5234-5235, 5278, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1705-1708, 1710). Seguidamente, transportaron con camiones los cadáveres desde el almacén en Kravica a fosas comunes en Glogova y los enterraron allí entre el 13 y el 14 de julio de 1995 (*Karadžić*, 2016a, paras. 5241-5242, 5246-5247, 5249, 5254-5255, 5262, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1711-1716, 1719-1722, 1725, 1728); y

– Fuerzas serbobosnias transportaron prisioneros desde Bratunac a centros de detención en Zvornik entre el 14 y el 17 de julio de 1995, tales como (i) la escuela de Orahovac, donde entre 500 y 2,500 bosnios musulmanes fueron detenidos sin comida y algunos de ellos fueron ejecutados en prados circundantes (*Karadžić*, 2016a, paras. 5314, 5321, 5323-5325, 5332, 5335, 5341-5342, 5346, 5348, 5350-5351, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1749, 1756-1760, 1762-1763, 1767-1768, 1772-1774, 1781-1782, 1785-1786, 1788-1789); (ii) la escuela Petkovci, donde cerca de 1,000 bosnios musulmanes sedientos fueron detenidos, golpeados y ejecutados al lado de una presa cercana y seguidamente enterrados con la ayuda de máquinas excavadoras (*Karadžić*, 2016a, paras. 5358, 5361-5362, 5368-5639, 5371, 5376, 5379, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1790-1795, 1797, 1799, 1804, 1806); (iii) Kozluk, donde maquinaria pesada también fue utilizada para enterrar en masa los cadáveres, identificados en su mayoría como varones con heridas de bala y vestimenta civil (*Karadžić*, 2016a, paras. 5400, 5402, 5405-5406, 5410, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1811-1812, 1814-1815, 1823-1825); (iv) la escuela de Pilica, donde los detenidos no recibieron suficiente agua, fueron golpeados y privados de sus posesiones, y posteriormente unos 1,000 de ellos fueron trasladados hasta un prado cercano a la granja militar de Branjevo para ser fusilados y enterrados en fosas comunes (*Karadžić*, 2016a, paras. 5419-5420, 5422-5423, 5425, 5430, 5432-5433, 5435, 5443, 5456, 5460, 5463, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1827, 1831-1835, 1837-1839, 1841-1844, 1847-1849, 1851, 1853-1854, 1856-1857); y (v) el centro cultural de Pilica, donde unos 500 bosnios musulmanes fueron asesinados por disparos de fuerzas serbobosnias (*Karadžić*, 2016a, paras. 5442, 5463, en referencia a *Karadžić*, 2009b, hechos juzgados 1860-1863).

2.4. Valoración de la toma de nota judicial de hechos juzgados en el caso *Karadžić*

A la luz de lo expuesto hasta ahora, resulta aparente que la toma de nota judicial bajo la regla 94(B) RPP de más de 2,300 hechos juzgados en el caso *Karadžić* responde a la extensión y complejidad de los cargos contra el acusado, así como al hecho de que una decena de casos relacionados con los mismos habían sido adjudicados con anterioridad. La toma de nota judicial de hechos juzgados en casos como este puede considerarse ventajosa por haber contribuido a la celeridad del proceso a la hora de establecer la base fáctica de los crímenes alegados y haber evitado la re-traumatización de los testigos que habían comparecido en juicios anteriores (Mugwanya, 2015, p. 403; Obote-Odora, 2015, pp. 455, 463-464).

En lo que se refiere al posible impacto de la toma de nota judicial de estos hechos sobre la equidad del proceso, cabe destacar que la Sala se mostró en desacuerdo con la práctica totalidad de los argumentos presentados por la Defensa contra el uso de la regla 94(B) RPP. Ello, no obstante, la Sala de Primera Instancia no se apoyó sustancialmente en hechos previamente juzgados para alcanzar sus conclusiones sobre la responsabilidad de *Karadžić*, sino que consideró dichos hechos junto con otros hechos establecidos a la luz de las pruebas presentadas por ambas partes durante el juicio (cf. McDermott, 2018, p. 191). Este calculado ejercicio discrecional bajo la regla 94(B) RPP, consistente con el uso de esta provisión por la Sala de Primera Instancia I (*Perišić*, 2008c, para. 25), había sido aprobado con anterioridad por la Sala de Apelaciones en otro caso (*Popović et al.*, 2015, para. 622).

Asimismo, la toma de nota judicial bajo la regla 94(B) RPP no afectó formalmente a la carga de la prueba, que siempre permaneció sobre los hombros del Fiscal (*Karemera et al.*, 2006a, paras. 42, 49; *Milošević*, 2007b, para. 16; *Popović et al.*, 2015, para. 620; *Karadžić*, 2019, para. 120). Como consecuencia, la Fiscalía debió probar *inter alia* la intención genocida de *Karadžić* presentando documentos e interrogando a testigos (*Karadžić*, 2009c, para. 20). Además, cabe destacar que, anticipándose a una decisión posterior de la Sala de Apelaciones en otro caso (*Tolimir*, 2015, paras. 25-26), la Sala aclaró que el Fiscal no obtendría siempre permiso para presentar prueba ante los

ataques de la Defensa a la presunción de veracidad de los hechos juzgados de los que había tomado nota (*Karadžić*, 2014b, paras. 17, 19).

No obstante, si bien las decisiones de la Sala tomando nota de hechos juzgados bajo la regla 94(B) RPP no libraron a la Fiscalía de la carga de la prueba, tales decisiones impusieron una carga para el acusado de introducir prueba para rebatir los hechos propuestos por la Fiscalía, ya que dichos hechos juzgados se convirtieron en prueba inculpativa admitida en el caso *Karadžić* conforme a la jurisprudencia constante del TPIY y del TPIR (*Krajišnik*, 2003, para. 16; *Krajišnik*, 2005, p. 10; *Karemera et al.*, 2006a, paras. 42, 49; *Popović et al.*, 2006, para. 21; *Karemera et al.*, 2006c, para. 22; *Milošević*, 2007a, paras. 29, 32; *Milošević*, 2007a, opinión disidente del Juez Harhoff, paras. 8, 12; *Milošević*, 2007b, para. 17; *Stanišić*, 2007, para. 32; *Perišić*, 2008a, paras. 15, 34; *Perišić*, 2008c, paras. 21, 48; *Tolimir*, 2009, paras. 9-10; *Stanišić y Simatović*, 2010, para. 26; *Stanišić y Župljanin*, 2010, para. 25; *Mladić*, 2012, paras. 11, 13; *Tolimir*, 2012, para. 76; *Tolimir*, 2015, para. 24; *Karadžić*, 2019, para. 120).

Con todo, la Sala de Primera Instancia de manera expresa y la de Apelaciones de manera implícita determinaron que la toma de nota judicial de hechos juzgados en otros casos no afectó la equidad del proceso contra el acusado porque (i) *Karadžić* no necesitaría más tiempo y recursos para rebatir los hechos juzgados que para contrarrestar la prueba presentada por la Fiscalía, mientras que más tiempo sí sería necesario para presentar los testimonios de cargo (*Karadžić*, 2009a, paras. 35-36; *Karadžić*, 2009b, para. 61); (ii) los hechos juzgados de los que se tomó nota judicial no fueron suficientes para establecer la responsabilidad del acusado, sino que lo fue la prueba vinculando al acusado con los crímenes probados sobre la base *inter alia* de dichos hechos juzgados (*Karadžić*, 2009a, paras. 35-36; *Karadžić*, 2009b, para. 50; *Karadžić*, 2009c, para. 53; *Karadžić*, 2010b, para. 82); y (iii) *Karadžić* pudo hacer uso de suficiente material para impugnar dichos hechos (*Karadžić*, 2009a, para. 37; *Karadžić*, 2009c, para. 52; *Karadžić*, 2010b, para. 89; *Karadžić*, 2010c, para. 51).

Todas estas afirmaciones son coherentes con los principios desarrollados por la jurisprudencia del TPIY y del TPIR bajo la regla 94(B) RPP durante los últimos veinte años. No obstante, la aplicación de dichos principios al escenario concreto del caso *Karadžić*, donde la

Sala tomó nota de más de 2,300 hechos juzgados, genera importantes preguntas acerca de los *límites prácticos* de este modelo si se tiene en cuenta que el principio de economía judicial debe siempre someterse al derecho fundamental del acusado a un juicio justo (*Karemera et al.*, 2009, para. 20; Jørgensen, 2010, p. 709).

En primer lugar, la toma de nota judicial en el caso *Karadžić* de hechos juzgados en otros casos pudo haber afectado a la equidad del proceso, dado que mientras que una parte importante de la acusación —gran parte de los crímenes alegados— fue resuelta sobre la base de los miles de hechos juzgados de los que Sala tomó nota, la Defensa hubo de distribuir su tiempo y recursos no solo para hacer frente a dichos hechos juzgados, sino a la prueba testifical y documental presentada por la Fiscalía acerca de los crímenes y la responsabilidad del acusado por dichos crímenes. Este escenario pudo haber afectado negativamente a la *estrategia de la Defensa*, ya que *Karadžić* pudo haberse visto forzado por esta circunstancia a elegir entre rebatir los hechos juzgados —por ejemplo, presentar prueba contra cada uno de dichos hechos— o atacar la prueba presentada por la Fiscalía vinculando al acusado con los crímenes considerados probados por dichos hechos juzgados —por ejemplo, rebatir la prueba presentada sobre la intención de *Karadžić* en relación con el genocidio de Srebrenica. En casos anteriores, las Salas tomaron en cuenta este aspecto y en ocasiones pidieron a la Fiscalía que revisara *en su conjunto* el número y detalle de los hechos juzgados de los que solicitaba que se tomara nota (*Milošević*, 2003d, paras. 7-8; *Mejakić et al.*, 2004, p. 5; *Krajišnik*, 2005, paras. 16, 22). Por el contrario, la Sala en el caso *Karadžić* apreció este aspecto solo en su última decisión sobre la toma de nota judicial de hechos juzgados, cuando decidió adoptar “*una aproximación más rigurosa*” al asunto (*Karadžić*, 2010c, para. 54).

En segundo lugar, si bien es cierto que la Sala en el caso *Karadžić* siguió las pautas jurisprudenciales de la regla 94(B) RPP al rechazar tomar nota de cualquier hecho juzgado que se refiriese de manera *directa* a la *responsabilidad del acusado* (e.g. *Karadžić*, 2010b, paras. 83-87), también es cierto que dicha responsabilidad no podría afirmarse tan fácilmente sin todos los hechos juzgados por otras Salas de los que la Sala sí tomó nota (*Karadžić*, 2009a, paras. 35-36; *Karadžić*, 2009b, para. 50; *Karadžić*, 2009c, para. 53; *Karadžić*, 2010b, para. 79). Dichos hechos juzgados incluyen la base de los crímenes por los

que eventualmente se condenó al acusado (víctimas, autores, intenciones criminales comunes, etc.) (Jørgensen, 2010, pp. 720-721). Como tal, dicha base fáctica no fue suficiente pero sí necesaria para condenar a *Karadžić*.

Por último, el uso extensivo de la regla 94(B) RPP en el caso *Karadžić* pudo haber afectado negativamente la *efectividad del derecho de defensa* del acusado, no solo por el gran número de hechos juzgados a los que hubo de hacer frente, sino porque el acusado alegó no tener acceso a toda la prueba en la que se basaron las Salas que dictaron los hechos juzgados de los que la Sala tomó nota (*Karadžić*, 2009a, para. 37; *Karadžić*, 2009c, para. 52; *Karadžić*, 2010b, para. 89; *Karadžić*, 2010c, para. 51). Además, si bien la regla 94(B) RPP no impidió que el acusado contrainterrogara a los testigos llamados por la Fiscalía y llamara a testificar a otras personas acerca de los hechos juzgados de los que la Sala tomó nota (*Mladić*, 2012, para. 19), el acusado no pudo llamar a declarar a los testigos cuyo testimonio dio lugar a dichos hechos juzgados (*Perišić*, 2008c, nota 42), ni siquiera a los testigos sobre cuyo testimonio otras Salas establecieron hechos juzgados relativos al genocidio de Srebrenica (*Karadžić*, 2009c, para. 20). El interrogatorio por el acusado de dichos testigos ante la Sala —con una aproximación necesariamente diferente a la de otros acusados en procesos anteriores— y sobre la base de todos los materiales usados anteriormente por otras Salas podría haber reducido el valor probatorio de su testimonio y apartado cualquier duda sobre el trabajo de los abogados defensores en procesos anteriores, quienes pudieron haber tenido menos incentivo para refutar los mismos hechos o pudieron haber querido endosar dichos hechos a otras personas al interrogar a los mismos testigos (*Karadžić*, 2010b, para. 19).

En todo caso, a pesar de los alegatos de la Defensa y de las opiniones críticas de algunos jueces contra la regla 94(B) RPP, el caso *Karadžić* confirmó la constitucionalidad de la toma de nota judicial de hechos juzgados en el TPIY y en el TPIR (*Karadžić*, 2009a, para. 11; *Karadžić*, 2009b, para. 13; *Karadžić*, 2009c, para. 17, 53; *Karadžić*, 2010b, para. 17; *Karadžić*, 2010c, para. 15; *Karadžić*, 2016a, para. 25; *Karadžić*, 2019, para. 124). De hecho, esta institución legal continúa vigente en el MRITP al tiempo de escribir estas líneas (*Stanišić y Šimatović*, 2018, para. 4).

3. CONCLUSIONES

La toma de nota judicial de hechos juzgados es una creación judicial desarrollada y consolidada durante más de veinte años por el TPIY y el TPIR. El caso *Karadžić* es prueba de la gran aportación probatoria de estos tribunales a la elaboración de contextos repetidos, confirmando la detallada jurisprudencia derivada de la regla 94(B) RPP.

En el caso *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia hizo un uso extensivo, aunque aparentemente adecuado, de esta regla. La toma de nota judicial de hechos juzgados en dicho caso aceleró un proceso previsiblemente largo, aseguró la coherencia judicial con otras sentencias sobre el genocidio en Srebrenica y evitó la re-traumatización de los testigos que habían comparecido en juicios anteriores. No obstante, la gran cantidad de hechos juzgados de los que la Sala tomó nota bajo la regla 94(B) RPP pudo afectar en la práctica al derecho de defensa del acusado (*Milošević*, 2007a, opinión disidente del Juez Harhoff, para. 6). Como hemos indicado, *Karadžić* pudo ver su estrategia de defensa afectada al tener que presentar prueba para rebatir dichos hechos juzgados. Además, a pesar de que dichos hechos juzgados fueron necesarios para dirimir su responsabilidad, *Karadžić* no pudo interrogar a los testigos sobre cuyo testimonio otras Salas los habían establecido.

En vista de la experiencia con la regla 94(B) RPP en el caso *Karadžić*, las Salas deberían controlar el número y el tipo de hechos juzgados de los que toman nota judicial en casos futuros, de cara a evitar que el derecho de defensa del acusado devenga imposible o inane en la práctica (Jørgensen, 2010, pp. 709-710). Asimismo, para asegurar la equidad del proceso, las Salas deberían hacer uso de su discreción y permitir al acusado impugnar la prueba testifical y/o documental sobre la que otras Salas establecieron los hechos juzgados de los que toman nota judicial si las Salas considera dichos hechos claves para asegurar la efectividad del derecho de defensa. En concreto, la Defensa debería poder llamar a los testigos de un caso ya resuelto si las Salas determinan que los hechos juzgados de los que se quiere tomar nota, establecidos sobre la base del testimonio de tales testigos, conciernen el *actus reus* y la *mens rea* del acusado (*Karemera et al.*, 2006a, para. 52; *Mladić*, 2013, para. 81; *Karadžić*, 2019, para. 121). Esta aproximación a la toma de nota judicial de hechos juzgados no

perjudicaría a la Fiscalía, que en todo caso tiene la posibilidad de probar dichos hechos presentando prueba fehaciente y creíble si su petición de toma de nota judicial es rechazada (*Karadžić*, 2009d, para. 11; Gaynor, 2013, p. 1113). Asimismo, esta posibilidad tampoco restaría valor a la toma de nota judicial de hechos juzgados, que mantiene toda su utilidad para otro tipo de conclusiones judiciales (cf. *Karemera* et al., 2006a, paras. 48, 52; *Karemera* et al., 2006c, nota 36).

En cualquier caso, cabe preguntarse por último sobre el posible uso por la CPI de la jurisprudencia del TPIY relativa a la toma de nota judicial de hechos juzgados. Si bien es cierto que el derecho aplicable ante la CPI no contempla expresamente (todavía) una norma equivalente a la regla 94(B) RPP (Jørgensen, 2010, pp. 697, 706, 720; Gaynor, 2013, p. 1121; Ambos, 2016, pp. 503-505; Vriend, 2016, p. 183), el origen de esta provisión legal en el TPIY y en el TPIR responde a la misma necesidad observada en la práctica por la CPI: resolver de manera justa y expedita una multiplicidad de casos surgidos de una misma situación que, en cuanto tales, tratan hechos relacionados y están basados en gran medida en la misma prueba (*Milošević*, 2007a, opinión disidente del Juez Harhoff, para. 5; Gaynor, 2013, p. 1112; Obote-Odora, 2015, p. 456; Gopalan, Kravetz y Menon, 2016, p. 130; Verrall, 2016, pp. 318-319). En consecuencia, a pesar de lo afirmado por algunos autores (Piragoff y Clarke, 2015, p. 1745, margen 59), no es descabellado pensar que la CPI vuelva algún día su mirada a la toma de nota judicial de hechos juzgados en el caso *Karadžić*.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abtahi, H. y Dawson, D. (2016). The anatomy of the *Milošević* trial (2001-2006). *Journal of International Humanitarian Action*, 1(4), pp. 1-35.
- Ambos, K. (2016). *Treatise on International Criminal Law. International Criminal Procedure (Vol III)*. Oxford: Oxford University Press.
- Bachmann, K. y Fatić, A. (2015). *The UN International Criminal Tribunals: Transition Without Justice?* Abingdon: Routledge.
- Cupido, M. (2015). *Facts Matter: A Study into the Casuistry of Substantive International Criminal Law*. La Haya: Eleven International Publishing.

- Faulkner, R. (2009). Taking Judicial Notice in the Genocide in Rwanda: The Right Choice. *Penn State International Law Review*, 27(3-4), pp. 895-914.
- Fauveau Ivanovic, N. (2010). La durée des procès internationaux et le droit au procès équitable. *Revue Québécoise de droit international. Association internationale des avocats de la défense (AIAD)*, pp. 243-263.
- Fry, E. (2016). *The Contours of International Prosecutions: As Defined by Facts, Charges, and Jurisdiction*. La Haya: Eleven International Publishing.
- Gaynor, F. (2013). Judicial Notice and Agreed Facts. En Sluiter, G.; Friman, H.; Linton, S.; Vasiliev, S. y Zappalà, S. (Eds.). *International Criminal Procedure: Principles and Rules*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1107-1128.
- Gopalan, P., Kravetz, D. y Menon, A. (2016). Proving Crimes of Sexual Violence. En Brammertz, S. y Jarvis, M. (Eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Oxford: Oxford University Press, pp. 111-171.
- Hafetz, J. (2018). *Punishing Atrocities Through a Fair Trial: International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Heindel, A. (2016). Managing Enormous Mass Crimes Indictments: The ECCC Severance Experiment. En Meisenberg, S.M. y Stegmiller, I. (Eds.), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing Their Contribution to International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, pp. 435-459.
- Heller, K.J. (2007). Prosecutor v. *Karemera et al.*, Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice. *American Journal of International Law*, 101, pp. 157-163.
- Jørgensen, N.H.B. (2007). Genocide as a Fact of Common Knowledge. *International Comparative Law Quarterly*, 56(1), pp. 885-898.
- Jørgensen, N.H.B. (2010). Judicial Notice. Khan, En Khan K.A.A.; Buisman, C. y Gosnell, C. (Eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, pp. 695-722.
- Klamberg, M. (2013). *Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*. Leiden/Boston: Nijhoff.
- Kwon, O-G. (2007). The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench. *Journal of International Criminal Justice*, 5(2), pp. 360-376.
- Maitra, N. (2005). A Perpetual Possibility? The International Criminal Tribunal for Rwanda's Recognition of the Genocide of 1994. *International Criminal Law Review*, 5(4), pp. 573-600.

- Mamiya, R. (2007). Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision. *Wisconsin International Law Journal*, 25(1), pp. 1-22.
- McDermott, Y. (2016). *Fairness in International Criminal Trials*. Oxford: Oxford University Press.
- McDermott, Y. (2018). Strengthening the Evaluation of Evidence in International Criminal Trials. En Nicholson, J. (Ed.), *Strengthening the Validity of International Criminal Tribunals*. Leiden: Brill Nijhoff, pp. 181-200.
- Mugwanya, G.W. (2015). Justice Hassan Bubacar Jallow and Gender Justice in International Criminal Prosecutions. En Jalloh, C.C. (Ed.), *Promoting Accountability under International Law for Gross Human Rights Violations in Africa: essays in honour of prosecutor Hassan Bubacar Jallow*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, pp. 375-405.
- O'Sullivan, E. y Montgomery, D. (2010). The Erosion of the Right to Confrontation under the Cloak of Fairness at the ICTY. *Journal of International Criminal Justice*, 8(2), pp. 511-538.
- Obote-Odora, A. (2015). Justice Hassan Bubacar Jallow's Contribution to International Criminal Justice: An OTP Perspective. En Jalloh, C.C. (Ed.), *Promoting Accountability under International Law for Gross Human Rights Violations in Africa: essays in honour of prosecutor Hassan Bubacar Jallow*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, pp. 440-477.
- Piragoff, D.K. y Clarke, P. (2015). Article 69: Evidence. En Ambos, K. y Triffterer, O. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, pp. 1712-1750.
- Schabas W.A y McDermott, Y. (2015). Article 66: Presumption of innocence. En Ambos, K. O. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, pp. 1635-1649.
- Schabas, W.A. (2006). *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shannon, K. (2006). Passing the Poisoned Chalice: Judicial Notice of Genocide by the ICTR. *Revue Québécoise de droit international*, 19(2), pp. 95-122.
- Sluiter, G. y Vriend, K. (2012). Defending the 'undefendable'? Taking judicial notice of genocide. En van der Wilt, H.G.; Vervliet, J.; Sluiter, G.K y Houwink ten Cate, J.Th.M. (Eds.), *The Genocide Convention: The Legacy of 60 Years*. Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 81-93.
- Stewart, J.G. (2003). Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconciliation of Potential, Peril and Precedent. *International Criminal Law Review*, 3(3), pp. 245-274.

- Stewart, J. (2009). Judicial Notice. En Cassese, A. (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, pp. 398-399.
- Verrall, S. (2016). The Picture of Sexual Violence in the Former Yugoslavia Conflicts as Reflected in ICTY Judgments. En Brammertz, S. y Jarvis, M. (Eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Oxford: Oxford University Press, pp. 299-334.
- Vriend, K. (2016). *Avoiding a Full Criminal Trial: Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*. Amsterdam: UvA-DARE. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11245/1.532924>.

Jurisprudencia internacional

Corte Especial para Sierra Leona

- Norman et al. (2005). CESL, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Norman et al., SCSL-2004-14-AR73, Decision on Fofana appeal against “Decision on Prosecution’s motion for judicial notice and admission of evidence”, 16 de mayo de 2005.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- Bagosora et al.* (2010). TPIR, Sala de Apelaciones, *Bagosora et al. c. Fiscal*, ICTR-98-41-A, Decision on Anatole Nsengiyumva’s Motion for Judicial Notice, 29 de octubre de 2010.
- Bizimungu et al.* (2003). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Bizimungu et al.*, ICTR-99-50-I, Decision on Prosecution’s Motion for Judicial Notice Pursuant to Rules 73, 89 and 94, 2 de diciembre de 2003.
- Bizimungu et al.* (2004a). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Bizimungu et al.*, ICTR-99-50-T, Decision on Bicamumpaka’s Motion for Judicial Notice, 11 de febrero de 2004.
- Bizimungu et al.* (2004b). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Bizimungu et al.*, ICTR-99-50-T, Decision on Prosper Mugiraneza’s First Motion for Judicial Notice Pursuant to Rule 94(B), 10 de diciembre de 2004.
- Bizimungu et al.* (2004c). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Bizimungu et al.*, ICTR-99-50-T, Decision on the Prosecutor’s Motion and Notice of Adjudicated Facts (Rule 94(B) of the Rules of Procedure and Evidence), 10 de diciembre de 2004.
- Kajelijeli* (2002). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Decision on the Prosecutor’s Motion for Judicial Notice pursuant to Rule 94 of the Rules, 16 de abril de 2002.
- Karemera et al.* (2006a). TPIR, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor’s Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16 de junio de 2006.

- Karemera et al.* (2006b). TPIR, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Motions for Reconsideration, 1 de diciembre de 2006.
- Karemera et al.* (2006c). TPIR, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Karemera et al.*, ICTR-98-44-T, Decision on Appeals Chamber Remand of Judicial Notice, 11 de diciembre de 2006.
- Karemera et al.* (2009). TPIR, Sala de Apelaciones, *Karemera et al. c. Fiscal*, ICTR-98-44-AR73.17, Decision on Joseph Nzirorera's Appeal of Decision on Admission of Evidence Rebutting Adjudicated Facts, 29 de mayo de 2009.
- Niyitegeka* (2004). TPIR, Sala de Apelaciones, *Niyitegeka c. Fiscal*, ICTR-96-14-A, Reasons for Oral Decision Rendered 21 April 2004 on Appellant's Motion for Admission of Additional Evidence and for Judicial Notice, 17 de mayo de 2004.
- Ntakirutimana* (2001). TPIR, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Elizaphan y Gerard Ntakirutimana*, ICTR-96-10-T y ICTR-96-17-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts – Rule 94(B) of the Rules of Procedure and Evidence, 22 de noviembre de 2001.
- Nyiramasuhuko et. al.* (2002). TPIR, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Nyiramasuhuko et. al.*, ICTR-97-42-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence, 15 de mayo de 2002.
- Semanza* (2000). TPIR, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Semanza*, ICTR-97-20-T, Decision on Prosecutor's motion for judicial notice and presumptions of facts pursuant to rules 94 and 54, 3 de noviembre de 2000.
- Semanza* (2001). TPIR, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Semanza*, ICTR-97-20-T, Decision on Prosecutor's further motion for judicial notice pursuant to rules 94 and 54, 15 de marzo de 2001.
- Semanza* (2002). TPIR, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Semanza*, ICTR-97-20-T, Decision on Defence Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94(B) and 54, 6 de febrero de 2002.
- Semanza* (2005). TPIR, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Semanza*, ICTR-97-20-A, Judgement, 20 de mayo de 2005.
- Setako* (2011). TPIR, Sala de Apelaciones, *Setako c. Fiscal*, ICTR-04-81-A, Judgement, 28 de septiembre de 2011.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- Blagojević y Jokić* (2003). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Blagojević y Jokić*, IT-02-60-T, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Documentary Evidence, 19 de diciembre de 2003.

- Hadžihasanović y Kubura* (2004a). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Hadžihasanović y Kubura*, IT-01-47-T, Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts, 27 de febrero de 2004.
- Hadžihasanović y Kubura* (2004b). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Hadžihasanović y Kubura*, IT-01-47-T, Final Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts, 20 de abril de 2004.
- Hadžihasanović y Kubura* (2005). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Hadžihasanović y Kubura*, IT-01-47-T, Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts Following the Motions Submitted by Counsel for the Accused *Hadžihasanović* and *Kubura* on 20 January 2005, 14 de abril de 2005.
- Karadžić* (2009a). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on first Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 5 de junio de 2009.
- Karadžić* (2009b). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on third Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 9 de julio de 2009.
- Karadžić* (2009c). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on second Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 9 de octubre de 2009.
- Karadžić* (2009d). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on Prosecution request for reconsideration of decision on second Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 25 de noviembre de 2009.
- Karadžić* (2010b). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on fourth Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 14 de junio de 2010.
- Karadžić* (2010c). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on fifth Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 14 de junio de 2010.
- Karadžić* (2010d). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on accused's motions for reconsideration of decisions on judicial notice of adjudicated facts, 14 de junio de 2010.
- Karadžić* (2010e). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on accused's third motion for reconsideration of decision on judicial notice of adjudicated facts, 14 de septiembre de 2010.
- Karadžić* (2012). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on three accused's motions for reconsideration of decisions on judicial notice of adjudicated facts, 4 de mayo de 2012.
- Karadžić* (2014a). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on Accused's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Related to Count One, 21 de enero de 2014.

- Karadžić* (2014b). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on Prosecution's Motion to Admit Evidence in Rebuttal, 21 de marzo de 2014.
- Karadžić* (2016a). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Karadžić*, IT-95-5/18-T, Public Redacted Version of Judgement Issued on 24 March 2016, 24 de marzo de 2016.
- Karadžić* (2016b). MRITP, Defensa, Fiscal c. *Karadžić*, MICT-13-55-A, Revised Public Redacted Version of *Radovan Karadžić's* Appeal Brief, 23 de diciembre de 2016.
- Karadžić* (2019). MRITP, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Karadžić*, MICT-13-55-A, Judgement, 20 de marzo de 2019.
- Krajišnik* (2003). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Krajišnik*, IT-00-39-PT, Decision on Prosecution Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts and for Admission of Written Statements by Witnesses pursuant to Rule 92bis, 28 February 2003.
- Krajišnik* (2005). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Krajišnik*, IT-00-39-T, Decision on Third and Fourth Prosecution Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 24 de marzo de 2005.
- Krajišnik* (2006). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Krajišnik*, IT-00-39-T, Judgement, 27 de septiembre de 2006.
- Kupreškić et al.* (2001). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Kupreškić et al.*, IT-95-16-A, Decision on the Motions of Drago Josipović, Zoran *Kupreškić* and Vlatko *Kupreškić* to Admit Additional Evidence Pursuant to Rule 115 and for Judicial Notice to be Taken Pursuant to Rule 94(B), 8 de mayo de 2001.
- Kvočka et al.* (2000). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, Decision on Judicial Notice, 8 de junio de 2000.
- Ljubičić* (2003). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Ljubičić*, IT-00-41-PT, Decision on Prosecution's motion for judicial notice of adjudicated facts, 23 de enero de 2003.
- Lukić & Lukić* (2008). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Lukić y Lukić*, IT-98-32/1-T, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 22 de agosto de 2008.
- Mejakić et al.* (2004). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Mejakić et al.*, IT-02-65-PT, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice Pursuant to Rule 94(B), 1 de abril de 2004.
- Milošević* (2002). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-T, Decision on Prosecution's motion for judicial notice of adjudicated facts relevant to the municipality of Brčko, 5 de junio de 2002.

- Milošević* (2003a). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-T, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 10 de abril de 2003.
- Milošević* (2003b). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-AR73.5, Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 de octubre de 2003.
- Milošević* (2003c). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-AR73.5, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen Appended to the Appeals Chamber's Decision Dated 28 October 2003 on the Prosecution's Interlocutory Appeal Against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 31 de octubre de 2003.
- Milošević* (2003d). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-T, Final Decision on Prosecution Motion for Judicial notice of Adjudicated Facts, 16 de diciembre de 2003.
- Milošević* (2006). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. Slobodan *Milošević*, IT-02-54-T, Order Terminating the Proceedings, 14 de marzo de 2006.
- Milošević* (2007a). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. Dragomir *Milošević*, IT-98-29/1-T, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Prosecution's Catalogue of Agreed Facts with Dissenting Opinion of Judge Harhoff, 10 de abril de 2007.
- Milošević* (2007b). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dragomir *Milošević*, IT-98-29/1-AR73.1, Decision on Interlocutory Appeals Against Trial Chamber's Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Prosecution's Catalogue of Agreed Facts, 26 de junio de 2007.
- Milošević* (2007c). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. Dragomir *Milošević*, IT-98-29/1-T, Decision on Appeals Chamber Remand of Judicial Notice of Adjudicated Facts with Separate Opinion of Judge Robinson, 18 de julio de 2007.
- Mladić* (2012). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Mladić*, IT-09-92-PT, Fourth Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Concerning the Rebuttal Evidence Procedure, 2 de mayo de 2012.
- Mladić* (2013). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Mladić*, IT-09-92-AR73.1, Decision on *Ratko Mladić's* Appeal Against the Trial Chamber's Decisions on the Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 12 de noviembre de 2013.

- Nikolić* (2005). TPIY, Sala de Apelaciones, Momir *Nikolić* c. Fiscal, IT-02-60/1-A, Decision on Appellant's Motion for Judicial Notice, 1 de abril de 2005.
- Orić* (2004). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Orić*, IT-03-68-T, Decision on Defence Motion for the Trial Chamber to take judicial notice of adjudicated facts in the Deronjić case, 1 de noviembre de 2004.
- Perišić* (2008a). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Perišić*, IT-04-81-PT, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Concerning Sarajevo, 26 de junio de 2008.
- Perišić* (2008b). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Perišić*, IT-04-81-PT, Decision on the Second Motion for Judicial Notice of Facts Relevant to the Sarajevo Crime Base, 17 de septiembre de 2008.
- Perišić* (2008c). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Perišić*, IT-04-81-PT, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Relevant to the Srebrenica Crime Base, 22 de septiembre de 2008.
- Popović et al.* (2006). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Popović et al.*, IT-05-88-T, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts with Annex, 26 de septiembre de 2006.
- Popović et al.* (2010). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Popović et al.*, IT-05-88-T, Judgement, 10 de junio de 2010.
- Popović et al.* (2015). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Popović et al.*, IT-05-88-A, Judgement, 30 de enero de 2015.
- Prlić et al.* (2006). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Prlić et al.*, IT-04-74-PT, Decision on Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Pursuant to Rule 94(8), 14 de marzo de 2006.
- Prlić et al.* (2013). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Prlić et al.*, IT-04-74-T, Judgement, 29 de mayo de 2013.
- Šešelj* (2007). TPIY, Sala de Primera Instancia III, Fiscal c. *Šešelj*, IT-03-67-T, Decision on Prosecution Motion to Take Judicial Notice of facts under Rule 94(8) of the Rules of Procedure and Evidence, 10 de diciembre de 2007.
- Sikirica et al.* (2000). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Sikirica et al.*, IT-95-8-PT, Decision on Prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts, 27 de septiembre de 2000.
- Simić et al.* (1999). TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. Blagoje *Simić et al.*, IT-95-9-PT, Decision on the Pre-trial Motion by the Prosecution Requesting the Trial Chamber to Take Judicial Notice of the International Character of the Conflict in Bosnia-Herzegovina, 25 de marzo de 1999.
- Stanišić* (2007). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Mićo *Stanišić*, IT-04-79-PT, Decision on Judicial Notice, 14 de diciembre de 2007.

- Stanišić & Simatović* (2010). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Jovica *Stanišić* y Franko *Simatović*, IT-03-69-T, Decision on Second Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 de enero de 2010.
- Stanišić & Simatović* (2013). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Stanišić* y *Simatović*, IT-03-69-T, Judgement, 30 de mayo de 2013.
- Stanišić & Simatović* (2018). MRITP, Sala de Primera Instancia, Fiscal c. *Stanišić* y *Simatović*, MICT-15-96-T, Decision on Judicial Notice of Adjudicated Facts, 15 de octubre de 2018.
- Stanišić & Župljanin* (2010). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Mićo *Stanišić* y Stojan *Župljanin*, IT-08-91-T, Decision Granting In Part Prosecution's Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts Pursuant to Rule 94(B), 1 de abril de 2010.
- Stanković* (2003). TPIY, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. *Stanković*, IT-96-23/2-PT, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice pursuant to Rule 94(B), 16 de mayo de 2003.
- Tolimir* (2009). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Tolimir*, IT-05-88/2-T, Decision on prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts pursuant to Rule 94(b), 17 de diciembre de 2009.
- Tolimir* (2012). TPIY, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. *Tolimir*, IT-05-88/2-T, Judgement, 12 December 2012.
- Tolimir* (2015). TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal c. *Tolimir*, IT-05-88/2-A, Judgement, 8 de abril de 2015.

Tercera Parte
Conclusiones

Capítulo 19

La definición del delito de genocidio en la convención de 1948, la contribución iberoamericana a su evolución y el legado del TPIY con respecto a la interpretación de su definición y aplicación

Héctor Olasolo
Javier Chinchón
Ana Lucía Rodríguez

I. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS ORÍGENES, EL CONCEPTO Y LA DEFINICIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO EN LA CONVENCION DE 1948 Y LA CONTRIBUCIÓN IBEROAMERICANA A SU EVOLUCIÓN

1. A pesar de que el siglo XX ha sido calificado como el siglo de los genocidios, el exterminio de grupos humanos es una de las características de la historia de la civilización humana desde que el homo sapiens acabara con los últimos ejemplares del homo neanderthalensis hace aproximadamente 80.000 años. Episodios como la campaña de exterminio de los pobladores cananeos encabezada por Josué bajo la dirección de Yahweh, la devastación de la isla de Melos por la ciudad Estado de Atenas durante la Guerra del Peloponeso y la destrucción de Cartago a manos de la República de Roma, son ejemplos bien conocidos de exterminio de grupos humanos a manos de los principales exponentes de la cultura de Occidente.

Este tipo de episodios se han seguido repitiendo en tiempos más recientes como lo demuestran la media docena de exterminios de grupos humanos previos al comienzo de la II Guerra Mundial que Spigno y Zamora nos presentan a modo de ejemplo: el pueblo Tasmano por las fuerzas armadas y los colonos británicos, los indios Yukis por las autoridades de California y sus bandas armadas de seguridad, el

pueblo Slek'nam por buscadores de oro de diversas nacionalidades (ingleses, escoceses, irlandeses e italianos) convertidos en “cazadores de indios” en la Isla Grande de la Tierra del Fuego, los pueblos Herero y Nama por las fuerzas armadas y los colonos alemanes, el pueblo armenio por las fuerzas armadas y las milicias turcas y la población ucraniana por las autoridades de la Unión Soviética.

Esta sucesión de exterminios de grupos humanos —que, como bien han sufrido, entre otros muchos, los miembros de la etnia Ixil en Guatemala, los integrantes de la Unión Patriótica en Colombia, la población urbana en la República de Kampuchea, los supervivientes de la masacre de Srebrenica en Bosnia-Herzegovina, la población de origen tutsi en Ruanda, los integrantes de los grupos Fur, Massalit y Zaghawa en Darfur (Sudán), o la minoría rohingya en Myanmar continúan produciéndose hasta nuestros días— ofrece sólidos argumentos a quienes, como el pensador alemán de origen judío Walter Benjamin (2005), conciben la historia como una sucesión de catástrofes, donde el mal-llamado carro triunfal del progreso deja a su paso una estela de víctimas aplastadas, que son sumidas en el despojo y el olvido mientras experimentan la desesperanza, el sinsentido y la oscuridad.

Para estos autores —Benjamin se alimentó de la tradición filosófica de los Maskilin [autores judíos que representan en Alemania el rostro oculto de la Ilustración y entre los que destacan Hermann Cohen (1842-1918), Martin Buber (1878-1965), Franz Rosenzweig (1886-1929) y Franz Kafka (1883-1924)], integró la primera generación de la Escuela de Frankfurt junto con Theodor Adorno (1903-1969), Max Horkheimer (1895-1973) y Herbert Marcuse (1898-1979), entre otros, y murió envenenado en Portbou (España) al cruzar la frontera franco-española en 1940 mientras huía de la persecución del régimen nacional socialista alemán— el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la re-evaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores (Benjamin, 2005). De esta manera, se busca promover que las víctimas se puedan reconstruir del daño sufrido (Adorno, 2006), superando con ello, si bien no olvidando (Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).

2. Es en este contexto que el jurista polaco Raphael Lemkin, contemporáneo de Benjamin y también de origen judío, utiliza por primera vez el término genocidio, proveniente del griego *genos* (raza, tribu) y del latín *caedere* (matar), para describir el exterminio de la población armenia por el Imperio Otomano durante la I Guerra Mundial, en una ponencia presentada en un encuentro organizado por la Sociedad de las Naciones en Madrid en 1933. A pesar de la inicial falta de interés por esta nueva terminología y por las propuestas del propio Lemkin para incluir los actos de barbarismo (destrucción de grupos nacionales) y vandalismo (destrucción de bienes culturales) en el catálogo de crímenes internacionales junto con la piratería y la esclavitud, el exterminio sufrido durante la década siguiente por diversos grupos humanos (judíos, gitanos y homosexuales, por poner solo algunos ejemplos) a manos del régimen nacional socialista de Alemania, provocaron que el 2 de noviembre de 1946, las delegaciones de Cuba, India y Panamá presentaran ante el Secretario General de la recién creada Organización de las Naciones Unidas una propuesta para incluir en la agenda del primer periodo de sesiones de su Asamblea General la cuestión relativa a la prevención y sanción del genocidio, reconociendo que las conductas constitutivas de este delito niegan el derecho a la existencia de grupos humanos enteros y resultan en grandes pérdidas para la humanidad.

A pesar de la positiva acogida que tuvo esta propuesta, incluyendo la declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la naturaleza de delito de derecho internacional del genocidio, Cárdenas y Ventura nos alertan de las numerosas cuestiones que tuvieron que ser objeto de intensa negociación en los dos años siguientes, hasta que el 9 de diciembre de 1948, la AGNU adoptó por unanimidad en su resolución 260 A (III) la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (“la Convención”). De hecho, el mismo Lemkin consideró en su autobiografía que el camino recorrido hasta la aprobación de la resolución 96 (I) no fue más que el final de “la primera etapa propia de los dolores de parto de la Convención sobre Genocidio” (Lemkin, 2018, p. 217).

En el Preámbulo de la Convención, que entró finalmente en vigor el 12 de enero de 1951 y hace apenas unos meses acaba de cumplir su septuagésimo aniversario, se recogen las tres razones principales que

llevaron a su adopción: (a) la consideración del genocidio como un “delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”; (b) el reconocimiento de que “en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”; y (c) el convencimiento de que “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”. Sobre esta base la Convención aborda, en particular, las siguientes cuestiones:

(a) La determinación del alcance de las obligaciones generales de los Estados Partes de prevenir la comisión de actos de genocidio, no incurrir en los mismos y castigarlos cuando se cometan en su territorio, incluyendo su deber de adoptar las medidas legislativas necesarias y establecer sanciones eficaces para asegurar la aplicación de la Convención (artículos I y V);

(b) La determinación de los actos constitutivos de genocidio, limitando sus modalidades de ejecución al genocidio físico y biológico y excluyendo el denominado genocidio cultural (artículo II);

(c) La limitación de los grupos humanos protegidos a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, excluyendo otro tipo de grupos como los políticos, sociales, económicos, lingüísticos, de género o por razón de orientación sexual (artículo II);

(d) La especificación de los actos preparatorios (asociación e instigación directa y pública), tentativa y formas de autoría y participación (comisión y complicidad) en los actos de genocidio que dan lugar a la responsabilidad internacional del individuo (artículo III);

(e) La inclusión de los particulares (además de los miembros del gobierno y los funcionarios) como posibles sujetos activos del delito de genocidio (artículo IV);

(f) La determinación de los mecanismos jurisdiccionales para investigar y juzgar a quienes hayan podido incurrir en responsabilidad internacional del individuo por actos de genocidio (el Estado territorial o un tribunal internacional penal cuando sea establecido) (artículo VI);

(g) La determinación del alcance de las obligaciones de extradición de los Estados Partes (artículo VII);

(h) La facultad (pero no obligación) de los Estados Partes para poder acudir a los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas con el fin de que, conforme a su Carta, adopte las medidas que considere apropiadas para la prevención y la represión de los actos de genocidio, o de cualquiera de los actos preparatorios, tentativa y formas de comisión y participación punibles (artículo VIII); y

(i) La determinación de los mecanismos de resolución de las controversias que surjan entre los Estados Partes como consecuencia de la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención (remisión a la Corte Internacional de Justicia) (artículo IX).

3. Como Cárdenas y Ventura subrayan, particularmente controvertidas resultaron las cuestiones relativas a las modalidades de comisión del delito de genocidio y a los grupos humanos protegidos. Con respecto a la primera, Lemkin (uno de los tres expertos a los que el Secretario General de las Naciones Unidas consultó a la hora de elaborar su proyecto inicial de Convención en 1947) mantuvo durante todo el proceso negociador la importancia de incluir, junto al genocidio físico y biológico, el genocidio cultural porque el principal aporte a la humanidad de los grupos protegidos no es la existencia física de sus miembros, sino su acervo cultural. De esta manera, para Lemkin, la diversidad cultural es lo que en última instancia representa una riqueza para la humanidad. Por ello, el traslado de niños de un grupo protegido a otro grupo constituía, en su opinión, una conducta tan dañina, al ser una herramienta idónea para hacer desaparecer al grupo afectado, en cuanto a unidad cultural, en un breve espacio de tiempo.

Sin embargo, a pesar de la fuerza de sus argumentos, su posición, y la de los Estados que la apoyaron (en particular, El Líbano, Polonia y Yugoslavia), terminó siendo rechazada por considerarse que la inclusión del genocidio cultural extendería indebidamente el concepto de actos de genocidio - los otros dos expertos consultados por el Secretario General de las Naciones Unidas, los profesores Donnedieu de Vabres y Pella, así como las delegaciones de los EE.UU., Francia y los Países Bajos, rechazaron desde un principio la adopción del genocidio cultural.

Más compleja, si cabe, fue la negociación sobre los grupos humanos protegidos porque si bien el resultado final se correspondió con el

contenido de la propuesta inicial de Cuba, India y Panamá, lo cierto es que, como Ventura señalan, la inclusión de otros grupos humanos, especialmente los grupos políticos, estuvo abierta hasta el último momento. De hecho, su mención sí se encontraba presente en el literal de la resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, y el propio proyecto de Convención preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1947 se refería a los grupos “raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos”.

Lemkin expresó dudas sobre la conveniencia de incluir a los grupos políticos porque, además de que no tienen la permanencia y las características distintivas específicas del resto de grupos protegidos, la historia ha demostrado que los grupos más vulnerables al genocidio son los grupos raciales, nacionales y religiosos, por lo que la inclusión de los grupos políticos no haría sino generar una profunda división que podía poner en riesgo el éxito final de las negociaciones. Estos mismos argumentos fueron utilizados por un buen número de Estados que defendió desde un principio su exclusión (Bélgica, Brasil, China, Egipto, Irán, Noruega, Polonia, República Dominicana, la Unión Soviética, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia).

Sin embargo, mientras algunas propuestas de inclusión de otros grupos protegidos, como la realizada por los EE.UU. en relación con los grupos económicos que analizan Izquierdo y Ugalde, tuvieron un apoyo escaso y fueron rápidamente retiradas, tanto Donnedieu de Vabres, como una mayoría de Estados (incluyendo, entre otros, a Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, los EE.UU., Francia, Grecia, Guatemala, Haití, los Países Bajos y el Reino Unido) defendieron la inclusión de los grupos políticos hasta los últimos momentos de la negociación en el Sexto Comité de la Asamblea General. Este segundo grupo de Estados subrayaban que: (i) el genocidio es odioso sin importar qué grupos son víctimas; (ii) los grupos políticos están unidos por un ideal común y poseen una existencia tan estable como algunos otros grupos protegidos (en particular, los religiosos); y (iii) los grupos políticos han sido tradicionalmente perseguidos con tanta virulencia como el resto de grupos protegidos (los actos de persecución del régimen nacional socialista alemán demostraban que eran uno de los grupos con mayor riesgo de ser perseguidos en el futuro).

Sólo 11 días antes de la adopción de la Convención, y ante la presentación por Egipto, Irán y Uruguay de una nueva enmienda para la exclusión de los grupos políticos, los EE.UU. terminaron cediendo en su posición para aceptar su exclusión, lo que explicaron en aras de “un espíritu conciliador y para evitar la posibilidad de que la aplicación de la convención a los grupos políticos impida que ciertos países se adhieran a ella”. Varios países siguieron el ejemplo de los EE.UU. y la enmienda fue finalmente aprobada por 22 votos a favor, 6 en contra y 12 abstenciones. Con todo, la polémica sobre esta cuestión permanece abierta hasta nuestros días.

4. Fruto de lo anterior, De Prada subraya que, si bien la Convención constituyó un gran avance en su tiempo, adolece de una serie de problemas que generan el riesgo de convertir al delito de genocidio en un crimen internacional de carácter simbólico, sin capacidad para limitar los espacios de impunidad frente a actos de violencia que tienen como sujetos pasivos a grupos humanos diferenciados con el fin de homogeneizar su población.

En particular, De Prada analiza los medios a través de los cuales las estructuras del Estado-nación pueden llevar a cabo la depuración de los grupos minoritarios en su territorio. Para ello, sobre la premisa de un entendimiento de los grupos como construcciones sociales basadas en una identidad colectiva diferenciadora tanto en el ámbito interno como en el plano externo, identifica los siguientes tres medios de depuración, a los que califica como el *triángulo del genocidio*: (i) las políticas y prácticas de discriminación, exclusión y deshumanización; (ii) la destrucción cultural; y (iii) la destrucción física y/o biológica. Si bien cada uno de estos medios goza de autonomía propia, son las políticas y prácticas estatales de deshumanización las que permiten que se complete el proceso de separación moral de la sociedad del grupo humano minoritario que se pretende depurar, como condición necesaria para que surja el apoyo social necesario para que la burocracia estatal se atreva a emplear mecanismos más directos de destrucción cultural, física y/o biológica del mismo. De ahí la necesidad de favorecer una concepción socio-jurídica e interdisciplinaria del genocidio que permita romper con las interpretaciones jurídicas auto-referenciales y encorsetadas dominantes, que setenta años después de su aprobación continúan cercenando el espíritu de la Convención. Ello también, haciendo uso adecuado de todos los medios de interpretación de una

norma convencional, que prevé la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5. Maculan, por su parte, pone el énfasis en que, desde 1948 hasta la actualidad, la gran mayoría de los Estados que forman parte de la sociedad internacional han incorporado el delito de genocidio en sus ordenamientos jurídicos internos, lo que se ha visto favorecido, por una parte, por la obligación de los 150 Estados Partes de la Convención de llevar a cabo dicha incorporación (artículo V) y, por otra parte, por la actuación del principio de complementariedad en relación con los 123 Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (cuya jurisdicción material se extiende al delito de genocidio).

Sin embargo, al margen de la cuestión relativa a las penas (que no aparece regulada en la Convención más allá de la genérica mención en su artículo V a las “sanciones penales eficaces”), existen importantes diferencias en las definiciones nacionales de genocidio, sobre todo en lo que se refiere a los grupos humanos protegidos, lo que se ha visto favorecido por su limitación en la Convención a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, y por las dificultades para encontrar definiciones compartidas de los mismos. Así mismo, De Prada subraya que las voces que se han hecho eco de la posición de Lemkin en relación con el genocidio cultural, reclamando su inclusión tanto en la definición internacional como en las definiciones nacionales de genocidio, no han hecho sino incrementar en las últimas décadas. Lo mismo se puede afirmar, como Izquierdo y Ugalde señalan, en relación con otros grupos humanos que han sido víctimas en los últimos setenta años de delitos atroces, como los grupos políticos, sociales, económicos, lingüísticos y aquellos basados en género, orientación sexual y discapacidad, entre otros.

6. En lo que se refiere a las legislaciones nacionales iberoamericanas, Maculan muestra cómo las definiciones nacionales de genocidio presentan también sus principales diferencias en relación con la determinación de los grupos protegidos. Así, un primer grupo de legislaciones ibero-americanas, incluyendo la boliviana, la guatemalteca, la hondureña, la ecuatoriana y la peruana, han suprimido toda referencia expresa a los grupos raciales porque los consideran como un subgrupo de la categoría más amplia de grupo étnico.

Un segundo grupo de legislaciones iberoamericanas han optado por incluir en sus definiciones nacionales de genocidio a ciertos grupos protegidos que no aparecen en la Convención, como es el caso de los grupos sociales en Ecuador, Paraguay y Perú, los grupos políticos en Ecuador, Colombia, Nicaragua y Costa Rica, los grupos determinados por la discapacidad de sus integrantes en España y los grupos políticos, sindicales y “con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud” en Uruguay.

Como subraya Maculan, estas diferencias son, en principio, admisibles porque, con excepción de aquellas definiciones nacionales que excluyen los grupos raciales bajo el cuestionable argumento de que forman parte del concepto más amplio de grupos étnicos, las distintas definiciones nacionales del delito de genocidio extienden su ámbito de protección con respecto al ofrecido por la definición de la Convención, respetando de esta forma su contenido mínimo.

Este mismo criterio ha guiado a las Cortes Constitucionales iberoamericanas a la hora de analizar la compatibilidad entre las definiciones nacionales del delito de genocidio y las respectivas Constituciones, que recogen, a través de figuras como el Bloque de Constitucionalidad, la definición de genocidio prevista en la Convención. Así, la sentencia C-177/01 de la Corte Constitucional de Colombia ha confirmado la validez de la extensión de los grupos protegidos a los grupos políticos, al mismo tiempo que ha declarado inconstitucional la limitación de la protección a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos que “actúe[n] dentro del margen de la ley”. La misma lógica de razonamiento se puede encontrar en la Corte Constitucional de Guatemala al afirmar la constitucionalidad de la definición de genocidio recogida en el artículo 376 del Código Penal de Guatemala, porque la inexistencia de una referencia expresa en la misma a los grupos raciales no significa que estos no se encuentran protegidos, al encontrarse incluidos, en opinión de la Corte Constitucional, dentro del concepto más amplio de grupo étnico.

Con base en lo anterior, y tal y como Maculan y Carcano apuntan, se puede afirmar que la cuestión que ha suscitado mayor atención a la hora de definir el delito de genocidio en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos es la relativa al tratamiento de los grupos políticos,

debido a que en la segunda mitad del siglo XX numerosos grupos humanos caracterizados por su ideología política han sido objeto de exterminio en Ibero-América. De hecho, como también se recuerda en estos trabajos, en prácticamente todo genocidio moderno existe una naturaleza política de fondo.

7. Carcano subraya que los países iberoamericanos han utilizado hasta cuatro tipos de estrategias distintas para extender la protección ofrecida por sus definiciones nacionales de genocidio a los grupos políticos. En primer lugar, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Costa Rica han reconocido expresamente a los grupos políticos su condición de grupos protegidos en sus definiciones nacionales.

En su estudio sobre el caso colombiano, Carcano señala que la inclusión en el año 2001 de los grupos políticos en la definición de genocidio recogida en artículo 101 del Código Penal se debe a la situación vivida en Colombia entre los años 1984 y 2000, periodo durante el cual grupos paramilitares, y en algunos casos fuerzas gubernamentales, persiguieron sistemáticamente a los miembros del partido político Unión Patriótica, asesinando a alrededor de cinco mil personas, incluyendo dos candidatos a la presidencia y varios miembros del Congreso. Llama, sin embargo, la atención que desde 2001 hasta la actualidad, el genocidio político sólo ha sido aplicado en los dos casos siguientes por los tribunales colombianos: (i) el caso por parapolítica contra el ex senador Cesar Pérez García ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [conocido como la Masacre de Segovia (Antioquia)]; y (ii) el caso contra el ex comandante paramilitar del Bloque Bananeros, Herbert Veloza García, ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

En segundo lugar, en Perú y Paraguay, donde las respectivas definiciones nacionales de genocidio reconocen expresamente como grupos protegidos a los grupos sociales, pero no a los políticos, se plantea la posibilidad de considerar a estos últimos como incluidos dentro de los grupos sociales.

En tercer lugar, en España y México, donde la definición de genocidio se limita a los cuatro grupos protegidos previstos en la Convención, podemos encontrar ciertas interpretaciones jurisprudenciales que han tratado de incluir en alguno de los mismos a los grupos políticos (algo que, para Ventura, sería contrario a los trabajos prepa-

ratorios de la Convención, porque en el tramo final del proceso de negociación se rechazó expresamente la posibilidad de incluir a los grupos políticos entre los grupos protegidos por la Convención).

En el caso de España, los autos del pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 consideraron que los planes de aniquilación desarrollados por las dictaduras argentina (1976-1983) y chilena (1973-1989) se dirigían a destruir una determinada parte de la población constitutiva de un grupo permanente que, si bien era sumamente heterogéneo, era a su vez claramente diferenciable de la mayoría, y que estaba conformado tanto por opositores políticos como por todos aquellos que no se correspondían con el modelo de ciudadano establecido por los represores. Según la Sala de lo Penal, este grupo podía calificarse como grupo nacional a los efectos del delito de genocidio en la medida en que para la Sala de lo Penal: (a) el concepto de “grupo nacional” incluía a todo grupo humano permanentemente diferenciado, que contara con unas características propias y estuviese integrado en una colectividad mayor; y (b) el concepto de “auto-genocidio”, conforme al cual víctimas y los victimarios pertenecen a una misma nacionalidad, era perfectamente posible.

Así mismo, en vía subsidiaria, el Juez Central de Instrucción Núm. 5 de la Audiencia Nacional, planteó también la posibilidad de que las víctimas de la dictadura argentina pudieran ser consideradas como un “grupo religioso” en base a la equiparación entre fe religiosa e ideología, que, en su opinión, estaba justificada por la evolución fenomenológica del genocidio desde la adopción de la Convención en 1948.

En todo caso, como Maculan subraya, ambas interpretaciones fueron posteriormente rechazadas por la propia Sala Penal de la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo de España, al considerar que vulneraban el principio de legalidad porque suponían una interpretación por analogía *contra reum*, razón por la cual no fueron utilizadas en el posterior proceso adelantado en la propia Audiencia Nacional contra el ex oficial de la Marina argentina, Adolfo Scilingo.

En el caso de México, la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado acusó de genocidio en el año 2000 a Luis Echevarría Álvarez, Secretario de Gobernación del Gobierno de Gustavo Díaz Ordaz entre 1964 y 1970, y presidente de México entre 1970 y 1976, por la masacre que el 2 de octubre de 1968 cometie-

ron en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco miembros de las fuerzas armadas mexicanas y grupos paramilitares contra decenas de estudiantes que allí se manifestaban en contra de las políticas de Díaz Ordaz. Tras varias resoluciones de distintos órganos de la justicia federal mexicana, el caso contra Echevarría Álvarez fue definitivamente archivado el 26 de marzo de 2009 por un Tribunal Federal que, si bien afirmó que la mencionada masacre, conocida como la *Masacre del Corpus Christie* o el *Halconazo*, pudo ser constitutiva de un delito de genocidio porque la represión de la fuerza pública tuvo como objetivo el exterminio de los estudiantes opositores al gobierno de Díaz Ordaz, entendió asimismo que la acción penal por dichos hechos había prescrito.

En cuarto lugar, tenemos el caso argentino, donde, a falta de una definición nacional del delito de genocidio, ciertos tribunales federales la han desarrollado jurisprudencialmente para calificar como genocidio los crímenes cometidos por la dictadura militar. Así, en la primera sentencia dictada tras la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Plata, siguiendo la jurisprudencia española, adoptó en el caso contra Miguel Etchecolatz una interpretación amplia del concepto de “grupo nacional”, y la aplicó al grupo conformado por las víctimas de la dictadura porque los victimarios se proponían “destruir un determinado entramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto”. En consecuencia, para el tribunal “el grupo nacional argentino ha[bía] sido aniquilado ‘en parte’ y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación”. Esta línea jurisprudencial fue posteriormente seguida por el mismo tribunal en los casos Von Wernich, Omar Alonso y Dupuy, en los que afirmó que en Argentina se produjo un “genocidio reorganizador” contra un grupo nacional, que se caracterizaba por el uso sistemático de los campos de concentración, o centros clandestinos de detención, con el fin de transformar de manera tan profunda las relaciones sociales dentro de un Estado-nación pre-existente que se alterase su funcionamiento social.

El Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Luis ha calificado también los delitos cometidos por la dictadura argentina como genocidio, alegando que el grupo-víctima podía perfectamente identificar-

se como un grupo nacional que, si bien no era preexistente, “lo fueron conformando los genocidas a medida que aparecían individuos que manifestaban su oposición al plan económico implementado”. Así mismo, en la sentencia de primera instancia en el proceso relativo a los delitos cometidos en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), el voto particular del juez Obligado afirma que los grupos políticos deben de entenderse como grupos protegidos por la Convención debido a las siguientes razones: (a) el grupo político, al igual que ocurre con los grupos religiosos, está constituido por personas que tienen las mismas ideas o creencias sobre una determinada postura; (b) el delito de genocidio tiene como principal objetivo la protección de los grupos más vulnerables y la historia ha demostrado que los grupos políticos tienen esta condición; y (c) la calificación de estas conductas como crímenes de lesa humanidad es insatisfactoria porque esta última categoría de delitos no tiene en cuenta al grupo como colectividad, no protege su vulnerabilidad y no presta atención a la intención del agente de acabar con el grupo.

Sin embargo, al igual que sucede en el caso español, esta línea jurisprudencial, tal y como Maculan señala, ha sido rechazada en apelación y casación por la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por infringir el principio de legalidad. Además, no todos los Tribunales Federales Orales en lo Criminal han acogido esta interpretación, como se refleja en el expreso rechazo a la misma del Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Martín en el caso contra Omar Santiago Riveros y otros, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal Núm. 2 de la Capital Federal en el caso contra Samuel Miara y otros, y la Mayoría del Tribunal Oral Federal en lo Criminal Núm. 5 de la Capital Federal en el caso ESMA. Para estos tribunales federales, por muy indefinido que pueda ser el concepto de grupo nacional, que en principio identifica a un “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común”, se fundamenta en algo distinto de la aceptación o rechazo de una determinada ideología política. Así mismo, en el caso del grupo de víctimas de los crímenes de las Juntas Militares argentinas, este no se caracteriza por ninguna señal de identidad positiva, tal y como exige la Corte Internacional de Justicia y los tribunales penales internacionales, sino que sólo puede ser definido

por una característica negativa, como es el no encajar en el proyecto de nación impuesto por el régimen.

8. La parte primera del libro concluye con el trabajo de Calvet sobre las lecciones que nos ha dejado el proceso por genocidio en Guatemala contra el ex presidente de la República, Efraín Ríos Montt, por el exterminio de la población Ixil a manos de las fuerzas y cuerpos de seguridad guatemaltecos entre 1981 y 1983. Los delitos imputados tuvieron lugar durante el conflicto armado interno ocurrido en Guatemala entre 1960 y 1996, en el que murieron alrededor de 200.000 personas y otras 45.000 resultaron desaparecidas. Según la Comisión para el Esclarecimiento del Conflicto (1999), el 93% de las violaciones fueron responsabilidad del Estado (Ejército Nacional, Patrullas de Autodefensa Civil, Comisionados Militares, otras fuerzas de seguridad del Estado y los Escuadrones de la Muerte), produciéndose en un 81% durante la presidencia de Ríos Montt.

Como Calvet subraya, el proceso contra Ríos Montt es el primero en el que una jurisdicción nacional condena a un Jefe de Estado por actos genocidas cometidos en su territorio, por lo que tiene una gran carga simbólica para las víctimas, al constituir un hito en la obtención de justicia tras más de 30 años de impunidad y enviar el mensaje de que “nadie está por encima de la ley”. Al respecto, conviene recordar aquí una de las frases de aquella histórica sentencia del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente, esto es, que “creemos en realidad que para que exista paz (en Guatemala) debe existir previamente Justicia”. Así mismo, este proceso “ha dejado en claro los nexos entre la impunidad de crímenes del pasado y el peligro de que se produzcan nuevos crímenes en respuesta a los reclamos sociales que se expresan actualmente” por parte de las comunidades indígenas que buscan proteger sus tierras, cultura y tradiciones (Roth-Arriaza, 2013). Además, ha supuesto todo un reto para el sistema judicial guatemalteco, al pertenecer el imputado a las élites del poder, que no han dudado en recurrir a presiones y amenazas constantes contra los operadores de justicia, los testigos, las víctimas y los propios querellantes. En este sentido, cabe subrayar que los numerosos peritajes presentados durante el juicio, en particular aquellos relativos a los delitos sexuales, han sido clave para la fundamentación de la sentencia condenatoria del tribunal, evitando así que

la carga de la prueba recayera únicamente en las víctimas directas y que éstas fueran revictimizadas.

Ahora bien, como nos recuerda la propia Calvet, no todo han sido efectos positivos. Así, aunque este caso ha impulsado a otras comunidades indígenas a denunciar el impacto ambiental y social de los proyectos de extracción minera en sus tierras, esto ha provocado en la práctica su criminalización y el asesinato de defensores de derechos humanos y líderes de las comunidades indígenas. Además, la anulación en apenas diez días por la Corte Constitucional de Guatemala de la sentencia contra Ríos Montt por motivos de forma refleja que los poderes fácticos siguen teniendo mucha influencia en las instituciones estatales.

La declaración tres días después de la condena del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF) negando la existencia del genocidio, denunciando la intromisión de personas y organizaciones extranjeras y exigiendo a la Corte Constitucional la anulación de la sentencia, unido a la resolución del Congreso de la República de 24 de abril de 2014 en la que se declara la inexistencia de un genocidio en Guatemala, muestran que la memoria colectiva indígena sigue siendo una cuestión controvertida (Laplante, 2014). Es precisamente desde esta perspectiva desde la que entendemos hay que evaluar las distintas posiciones acogidas en este trabajo por Calvet, Carcano y Maculan sobre la función/disfunción de los procesos penales como instrumento de memoria histórica. De manera que, si bien para las dos primeras autoras, ha de primar la consideración de que juzgar este tipo de crímenes contribuye a hacer justicia, a la verdad (tanto individual como colectiva), constituye una forma de reparación y reconocimiento de las atrocidades cometidas en el pasado, y es una forma de garantizar que estas violaciones no se vuelvan a cometer en el futuro, para Maculan, los procesos penales no son un instrumento adecuado para alcanzar estos fines, particularmente en lo que a la determinación de las verdades individual y colectiva se refiere.

Con todo, finalmente, no se puede olvidar el hecho de que el Congreso está actualmente tramitando la modificación de la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 para aprobar una amnistía general que impida el futuro enjuiciamiento de los presuntos responsables de

delitos internacionales cometidos durante el conflicto armado y deje en libertad a todas las personas condenadas por los mismos, promoviendo de esta manera su total impunidad.

II. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA A LA DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

9. Tras las experiencias de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio al final de la Segunda Guerra Mundial, la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia inauguró lo que Parisi define como una nueva etapa de la justicia internacional, fruto de la singular coyuntura histórica y política que se vivió en la década de 1990 tras el final de la Guerra Fría.

La derrota de uno de los dos bloques de la Guerra Fría y el consiguiente menor grado de tensión entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas permitió que se impulsara desde el mismo un proyecto de justicia internacional penal. Su primer paso fue la creación mediante las resoluciones 808 y 827 de 1993 del TPIY ante las atrocidades que se estaban cometiendo en el territorio de la entonces República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY), a raíz de las declaraciones unilaterales de independencia de varias de sus entidades constitutivas (Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina), que contaron con el apoyo de quienes se habían impuesto en la Guerra Fría.

El Consejo de Seguridad atribuyó al TPIY la función de investigar y enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la RFSY con independencia de su nacionalidad, superando de este modo la lógica selectiva propia de las experiencias de Nuremberg y Tokio. Esto, sin embargo, no fue óbice para que, a pesar de los esfuerzos de la Fiscalía del TPIY, los Estados que se consideraron vencedores del conflicto en la ex Yugoslavia (en particular, Croacia), consiguieran obstaculizar de manera muy significativa durante varios años los trabajos del TPIY, hasta que al inicio del siglo XXI, las presiones de la Unión Europea, unidas al deseo de Croacia de integrarse en la misma, permitieron

superar estas dificultades y conseguir un mayor grado de cooperación de las autoridades croatas. De esta manera, como subraya Parisi, el TPIY pudo demostrar que, pese a las reticencias de muchos, una justicia internacional penal era, en cierta medida, posible.

Con el establecimiento del TPIY, se planteó por primera vez la cuestión relativa a la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional. El artículo 9 del ETPIY, a pesar de llevar como rótulo el de “jurisdicción concurrente”, reguló esta cuestión atribuyendo primacía a la jurisdicción internacional, de manera que el TPIY tenía la facultad, en cualquier momento del procedimiento, de solicitar oficialmente a los tribunales nacionales que aceptasen su competencia de conformidad con el ETPIY y con sus RPP. Esta atribución de primacía al TPIY es consecuencia directa de su naturaleza de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, como Parisi señala, la primacía del TPIY no ha sido ilimitada porque según la propia Regla 9 de las RPP, la Fiscalía del TPIY tenía que fundamentar sus solicitudes de remisión en una de las tres circunstancias siguientes: (i) la calificación como un delito ordinario por la jurisdicción nacional de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento; (ii) la falta de independencia o imparcialidad en las actuaciones nacionales, el hecho de que las mismas se hubiesen dirigido a proteger al imputado de su responsabilidad internacional o la falta de la debida diligencia en su tramitación; y (iii) la existencia en el procedimiento en curso de cuestiones de hecho o de Derecho cuya resolución pudiera tener un impacto en las investigaciones o enjuiciamientos del TPIY.

Así mismo, la práctica de la Fiscalía en ejercicio de su discrecionalidad refleja una estrategia dirigida al fortalecimiento de la cooperación con las jurisdicciones nacionales, aun si esto le llevó en ocasiones a limitar las solicitudes a aquéllas para que le remitieran los casos de los estaban conociendo. De hecho, como subraya Parisi, llama la atención como la Fiscalía del TPIY pasó en pocos años de interpretar su primacía como un instrumento de lucha contra la impunidad dirigido a evitar que las autoridades nacionales protegieran a los presuntos responsables (lo que hizo del enjuiciamiento una herramienta esencial en la consecución de sus fines), a reinterpretar su relación con las

jurisdicciones nacionales con el fin de fortalecer la cooperación y aliviar la carga de trabajo mediante las solicitudes de remisión de casos pendientes ante el TPIY a dichas jurisdicciones conforme a la regla 11 bis de las RPP. A esto hay que unir las remisiones hechas de oficio por el Comité de Remisiones establecido por el Presidente del TPIY conforme a la propia regla 11 bis en virtud de la gravedad del caso y del nivel de responsabilidad de los acusados (criterios ambos establecidos por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1534 (2004) sobre la estrategia para conclusión de los trabajos del TPIY).

Además, si bien el apartado (F) de la regla 11 bis permitía, a solicitud de la Fiscalía, la revocación de las remisiones realizadas a las jurisdicciones nacionales, siempre y cuando se cumpliera alguna de las circunstancias previstas en la Regla 9 de las RPP, lo cierto es que en la práctica, este tipo de revocaciones se limitó a los casos en los que se tuviera que decidir sobre cuestiones de hecho o de Derecho cuya resolución pudiese tener un impacto en las actuaciones del TPIY.

A la luz de lo anterior, Parisi remarca la peculiar naturaleza del TPIY, porque junto con la relación vertical establecida mediante el principio de primacía se adoptaron ciertos elementos de horizontalidad en la relación entre el TPIY y las jurisdicciones nacionales. Con ello, se pueden observar ciertas correlaciones con el sistema del ECPI, si bien, mientras el criterio de complementariedad recogido en este último se dirige a preservar la soberanía de los Estados partes y a promover que estos últimos adopten leyes de implementación en el ámbito interno, los elementos de horizontalidad en el sistema del TPIY se basan en, como ya dijimos (i) la decisión estratégica de la Fiscalía de utilizar su discrecionalidad para fortalecer la cooperación con las jurisdicciones nacionales; y (ii) la necesidad de ejecutar de manera efectiva la hoja de ruta para la finalización de los trabajos del TPIY adoptada por el Consejo de Seguridad en 2004 bajo el nombre de *completion strategy*.

En todo caso, para Parisi, el legado del TPIY se puede resumir en dos aspectos principales, que en cierto modo recuerdan a la opinión del último presidente del TPIY, Theodor Meron, esto es, que la clave de los tribunales penales internacionales no es cuántos casos puedan tratar, sino el profundo mensaje que de su existencia misma se deriva y la promoción del Derecho internacional penal que han supuesto

sus Estatutos y su práctica. Parisi, de su lado, destaca en primer lugar y como ya hemos señalado, el haber mostrado que es posible llevar adelante, con un cierto grado de eficacia, un proyecto de justicia internacional penal; en segundo, haber actuado como una especie de prototipo del mismo, favoreciendo aquellas opciones sustantivas y procesales que podían potenciar su desarrollo, y abandonado aquellas otras que estaban abocadas a provocar su fracaso.

Con respecto a este segundo aspecto, es importante subrayar que el ETPIY nunca fue diseñado como un código internacional penal (para ello, y sólo en cierto modo, habría que esperar al ECPI), limitándose, por tanto, a establecer unas directrices muy generales sobre los principios generales y la definición de los delitos que conformaron la jurisdicción material del TPIY. Es por ello que uno de los logros más importantes del TPIY es la elaboración jurisprudencial de toda una serie de principios relativos a la parte general del DIP, de los que el establecimiento de un umbral mínimo de imputación subjetiva (consistente en el conocimiento por parte del acusado de la probabilidad sustancial de que su conducta generase el resultado prohibido), y la definición de algunas de las circunstancias eximentes de responsabilidad (en particular, el estado de necesidad y la legítima defensa), constituyen dos ejemplos paradigmáticos.

Así mismo, el Estatuto del TPIY recoge definiciones muy amplias de los delitos, en el entendido de que la jurisprudencia del TPIY va a dotarlas de contenido mediante el recurso al Derecho internacional consuetudinario. De ahí que, como Parisi señala, una de las contribuciones más importantes del TPIY ha sido la identificación del Derecho internacional general aplicable, y el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales con el fin de colmar los vacíos normativos relativos a los elementos del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. La afirmación de que las infracciones graves de las normas de DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales son constitutivas de crímenes de guerra y por tanto lugar a responsabilidad internacional penal, así como la construcción jurisprudencial de la violación como crimen de lesa humanidad y de guerra, son dos claras manifestaciones de la contribución del TPIY en este ámbito.

10. Como señala Liñán, uno de los aspectos más importantes del legado del TPIY es el avance hacia una definición unívoca de la categoría de crímenes de lesa humanidad, lo que a su vez ha facilitado su distinción del delito de genocidio.

En este sentido, conviene señalar que como ya se vio, pese a que el delito de genocidio no fue incluido con autonomía propia en el Tratado de Londres que estableció el Tribunal de Nuremberg, las actas del proceso reflejan que el término “genocidio”, aunque no se recoge en la sentencia, sí fue utilizado durante el juicio, como cuando el fiscal británico Fyfe preguntó a von Neurath si era consciente de que se le acusaba de genocidio “que según decimos es el exterminio de grupos raciales y nacionales” (Sands, 2017, p. 445). De hecho, los tribunales de Nuremberg y Tokio y los procesos desarrollados en las cuatro zonas de ocupación alemanas al amparo de la Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado, se ocuparon de hechos constitutivos de genocidio bajo la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad. Desde entonces, como Liñán subraya, ambas figuras llevan consigo un fundamento común, que hace que, o bien se confundan, o bien se busque su diferenciación sobre elementos simbióticos para poder castigar los mismos actos como genocidio y como crimen de lesa humanidad de exterminio.

A diferencia del delito de genocidio que desde la Convención de 1948 aparece definido en el ámbito internacional, los crímenes de lesa humanidad no han sido objeto de un tratado internacional que los defina hasta la aprobación en 1998 del ECPI; y desde una perspectiva más general, como es sabido hoy día están siendo objeto de codificación por parte de la CDI. Esto ha provocado que, partiendo siempre de la existencia de un elemento contextual dirigido a proteger a la población civil, los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales que los han aplicado hasta esa fecha hayan añadido o eliminado ciertos elementos a su definición, con el fin de adecuar esta última a los hechos específicos que se pretendían juzgar.

Así, mientras el art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg definía los crímenes de lesa humanidad como “asesinato, exterminios, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o conexión con

un crimen de la jurisdicción del tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional de un país”, el art. II(1)(c) de la Ley del Consejo de Control Aliado Núm. 10 de 1947 presentaba las siguientes diferencias en relación con la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en el art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg: (i) la eliminación de toda exigencia de conexión con los crímenes de guerra o contra la paz; y (ii) la ampliación de las modalidades de comisión de los crímenes de lesa humanidad mediante la expresa inclusión de la detención, la violación y la tortura, y la afirmación del carácter no exhaustivo del listado recogido en el art. II(1)(c). Por su parte, el art. 5(c) del Estatuto del Tribunal de Tokio ampliaba expresamente el objeto de protección para incluir no sólo a la población civil, sino también al personal militar. En este contexto, la CDI, al elaborar los principios recogidos en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal de Nuremberg, optaba por mantener en su propuesta la definición prevista en el art. 6(c) del Estatuto, eliminando solamente la referencia a los actos cometidos “antes o durante la guerra”.

Sin embargo, a partir de este momento se observa una notable disparidad en las propuestas de definición de los crímenes de lesa humanidad contenidas en los distintos Proyectos de Código de Crímenes Internacionales contra la Paz y Seguridad presentados por la CDI hasta 1996. De ahí, que a la Comisión de Expertos que propuso la creación del TPIY llegaran propuestas tan variadas para la definición de los crímenes de lesa humanidad como la exigencia de un plan o política estatal, la necesidad de una motivación discriminatoria o la inclusión de la destrucción de la propiedad entre sus modalidades de comisión (Morris y Scharf, 1995). Ante esta situación, cobraba particular importancia la definición recogida en el art. 5 del ETPIY (muy cercana a la propuesta inicial del Secretario General de las Naciones Unidas), que se refiere al asesinato, exterminio, reducción a la servidumbre, expulsión, encarcelamiento, tortura, violaciones, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos “cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil”.

Posteriormente, como Liñán subraya, la jurisprudencia del TPIY afirmaría que, si bien en la definición del art. 5 no aparece la exigencia de un ataque generalizado o sistemático, este requisito es exigido

por el Derecho internacional consuetudinario. Asimismo, la propia jurisprudencia del TPIY en el caso *Tadić* afirmarí­a también que la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en la costumbre internacional no requiere su conexi3n a un conflicto armado, y que por tanto la exigencia de dicha conexi3n en el art. 5 del ETPIY debí­a ser entendida como un requisito para que el TPIY pudiera ejercitar su jurisdicci3n sobre esta categorí­a de delitos, pero no como un elemento material de los mismos.

Estas dos cuestiones fueron resueltas en la definici3n de crímenes de lesa humanidad recogida en noviembre de 1994 en el artí­culo 3 del ETPIR. Sin embargo, debido a las particularidades de la violencia vivida en Ruanda, el Consejo de Seguridad decidi3n incorporar a dicha definici3n el requisito de que el ataque se hubiera llevado a cabo “en raz3n de su nacionalidad o pertenencia a un grupo polí­tico, étnico, racial o religioso”. Tuvo que ser la jurisprudencia del TPIR en el caso *Akayesu* quien afirmara que, excepto en el caso de la persecuci3n, este requisito era ajeno a la definici3n consuetudinaria de los crímenes de lesa humanidad, y que por tanto s3lo debí­a ser tenido en cuenta para determinar si el TPIR podí­a ejercitar su jurisdicci3n sobre esta categorí­a de delitos. En consecuencia, no era necesario probar el elemento discriminatorio en cada acto de violencia, sino su inclusi3n en un ataque más amplio que si respondiera a esta motivaci3n.

De esta manera, se llegarí­a en 1998 a la definici3n de los crímenes de lesa humanidad recogida en el art. 7 (1) del ECPI, conforme a la cual se entienden como tales cualquiera de los actos recogidos en dicha disposici3n (asesinato, exterminio, esclavitud, deportaci3n o traslado forzoso de poblaci3n, encarcelaci3n u otro privaci3n grave de la libertad fí­sica, tortura, violaci3n, esclavitud sexual, prostituci3n forzada, embarazo forzado, esterilizaci3n forzada, cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecuci3n de un grupo o colectividad con identidad propia, desaparici3n forzada, apartheid y otros actos inhumanos de cará­cter similar) “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemá­tico contra la poblaci3n civil y con conocimiento de ese ataque”. Ademá­s, en su apartado (2), la definici3n de crímenes de lesa humanidad prevista en el art. 7 del ECPI especifica que “[p]or ‘ataque contra una poblaci3n civil’ se entenderá una lí­nea de conducta que implique la comisi3n múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una poblaci3n civil, de

conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Con base en lo anterior, Liñán identifica las siguientes características comunes entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad: (i) ambos surgen para hacer frente a un mismo tipo de criminalidad, donde el Estado o una organización con el poder suficiente ataca a su propia población o a la de un tercer Estado; (ii) ambos requieren un contexto de violencia generalizada (a gran escala) o sistemática (organizada), porque si bien es cierto que la definición del genocidio no exige expresamente este tipo de contexto, no es menos cierto que la generalidad o sistematicidad de la violencia se encuentra implícita en la exigencia de llevar a cabo sus modalidades de comisión (matanza, lesiones graves, sometimiento a condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción, imposición de medidas para impedir el nacimiento de niños o traslado forzado de estos últimos a otro grupo) con la finalidad de destruir total o parcialmente al grupo atacado; y (iii) las modalidades de comisión del genocidio coinciden en su “práctica totalidad” con algunos de los tipos específicos de crímenes de lesa humanidad.

Pero al mismo tiempo, Liñán identifica también cuatro diferencias principales entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad: (i) la intención de destruir en todo o en parte al grupo objeto de la violencia sólo es requerida en el genocidio, porque el tipo de persecución como crimen de lesa humanidad limita su protección a la conculcación por motivos discriminatorios de los derechos fundamentales de los miembros de grupos identificados por determinadas características comunes que, además de incluir las recogidas en genocidio (nacionalidad, religión, raza y etnia), incluye otras reconocidas por el derecho internacional (ideología política, identidad cultural o identidad de género, entre otras); (ii) el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad ponen el énfasis en distintos objetos de protección, porque mientras el primero protege grupos identificados por unas características comunes y perdurables, los segundos protegen a personas atacadas de un modo especialmente grave porque la violencia afecta de manera organizada o a gran escala a una multiplicidad de individuos que habitan en un mismo territorio (población civil) - de esta manera, mientras el genocidio protege un bien jurídico supraindividual como es la existencia de determinados grupos humanos (cuyo titular no es

la persona sino el grupo), el bien jurídico protegido por los crímenes de lesa humanidad no está tan claro, considerando algunos autores que también se protege un bien jurídico supraindividual como son los atributos de la Humanidad (ya sea su dignidad, ya sea su convivencia), mientras que para otros lo que se protege son bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, autonomía sexual, etc.) frente a afectaciones especialmente graves; (iii) el delito de genocidio permite incorporar dentro del ámbito de protección del grupo a militares, lo que no es admitido por los crímenes de lesa humanidad que hacen del carácter civil de la población objeto de protección uno de sus rasgos distintivos; y (iv) los crímenes de lesa humanidad requieren un elemento político, al exigir el art. 7(2)(a) del ECPI, que el ataque sea llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización con capacidad para cometer el mismo, mientras que el delito de genocidio no incluye esta exigencia (si bien es muy difícil que tras un delito de genocidio no se encuentre un Estado o una organización estructurada con gran capacidad operativa, no es completamente descartable, como señalan los Elementos de los Crímenes de la CPI, que una sola persona pueda provocar la destrucción perseguida).

Ante los elementos en común y las diferencias entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, el TPIY ha tenido que abordar en el caso contra el comandante de los Drina Corps durante la masacre de alrededor de 8000 bosnio-musulmanes en el municipio de Srebrenica, Radislav Krstić, la cuestión relativa a si una misma conducta (el asesinato de miles de personas pertenecientes a un mismo grupo nacional) pueda dar lugar a un delito de genocidio y a un crimen de lesa humanidad de exterminio.

Como Liñán señala, la Fiscalía del TPIY optó por la acumulación de cargos en sus escritos de acusación, al no encontrarse en esta etapa inicial del proceso en condiciones para determinar cuál de los cargos reflejaba mejor los hechos objeto de la acusación. Por su parte, a la hora de emitir sentencia, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una serie de criterios concursales, conocidos como “el test de *Celebici*”, para determinar el/los delito(s) objeto de la condena. Según esta importante contribución jurisprudencial como legado del TPIY, sólo es posible imputar y condenar por múltiples delitos con base en una misma conducta cuando la definición de cada uno de ellos contiene un elemento materialmente distinto, que requiere la prueba de un he-

cho que no es necesario para afirmar la existencia de los demás delitos. En caso contrario, se ha de aplicar el tipo penal que describa de manera más específica la comisión del hecho punible.

De acuerdo con lo expuesto por Liñán, al aplicar el test de *Celebici* en el caso *Krstić*, la Sala de Primera Instancia consideró que el requisito del ataque generalizado o sistemático propio de los crímenes de lesa humanidad se encuentra comprendido en la exigencia de que las modalidades de comisión del genocidio se lleven a cabo con el propósito de destruir, en todo o en parte, un grupo específico, porque esto lleva implícito un tipo de plan que excluye, en ambos casos, los actos aislados o aleatorios. Esto significa que tanto el genocidio mediante matanza, como el crimen de lesa humanidad de exterminio, requieren que los asesinatos formen parte de un plan para eliminar a una parte sustancial de la población atacada. De esta manera, aunque el genocidio exige que el grupo objeto del ataque tenga ciertas características específicas y que el acusado actúe con la intención de destruir al mismo (lo que no es exigido por el exterminio), para la Sala de Primera Instancia no existe ningún elemento material del exterminio que se requiera en el genocidio por matanza. Como resultado, al no haberse superado el test de *Celebici*, la Sala solo condenó a Krstić por genocidio en relación con la masacre de miles de bosnio-musulmanes en Srebrenica entre el 13 y el 19 de julio de 1995.

Sin embargo, la Sala de apelaciones rechazó esta interpretación por considerar que el crimen de lesa humanidad de exterminio sí exige la prueba de dos elementos materiales propios que no se requieren en el delito de genocidio: (i) que los asesinatos cometidos formen parte de un ataque generalizado o sistemático; y (ii) que el autor conozca dicha conexión. En consecuencia, al considerar superado el test de *Celebici*, revocó parcialmente la sentencia de Primera Instancia y condenó al acusado tanto por genocidio, como el crimen de lesa humanidad de exterminio. Esta misma interpretación se ha aplicado con posterioridad en varios casos, incluyendo las condenas en primera instancia (2016) y apelación (2018) contra el presidente de la autoproclamada República Serbia de Bosnia, Radovan Karadžić.

Liñán considera que esta interpretación priva de sentido al test de *Celebici* porque se limita a poner de manifiesto, con base en una interpretación literal, los distintos elementos contenidos en las de-

finiciones de las diversas figuras delictivas, sin entrar a valorar sus consecuencias, y por tanto sin analizar si hechos similares o materialmente distintos subyacen a los mismos. Esto ha provocado numerosas infracciones del principio *ne bis in idem*, si bien, como el propio Liñán concluye, éstas no han tenido consecuencias importantes en la determinación de la pena, debido a la práctica habitual en el TPIY de imponer una única pena que refleje la totalidad de los delitos objeto de la condena.

11. Rocha nos recuerda que los artículos 4 (2) del TPIY y 2 (2) del TPIR recogen las siguientes cinco formas de comisión del crimen de genocidio (elementos objetivos): la “matanza de los miembros del grupo”; “la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”; “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”; “la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”; y “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”. Así mismo, los artículos 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR recogen “otros actos” como la conspiración, la incitación pública y directa, la tentativa y la complicidad para cometer genocidio, que constituyen “formas de responsabilidad secundaria” que, si bien no conllevan el mismo estigma adscrito al crimen de genocidio, pueden tener lugar incluso si este último no es finalmente consumado.

En el caso *Karadžić*, el TPIY ha afirmado que “matanza de miembros del grupo” no requiere una evaluación numérica del número concreto de las personas asesinadas, aunque la escala o nivel de atrocidad puede ser relevante para la evaluación del elemento subjetivo del crimen de genocidio. Por su parte, con respecto a la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, el TPIY en el caso *Tolimir* exigió concreción, afirmando que puede ser el resultado de prácticas diversas como tortura, tratos inhumanos y degradantes, violencia sexual, palizas, amenazas de muerte y en general daños que perjudiquen gravemente la salud, causen lesiones graves, permanentes o no, así como otros daños relativamente menores como intenso miedo y terror, intimidación o amenaza.

Con respecto al “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” el TPIY, en el caso *Stakić*, ha mantenido que dichas condi-

ciones pueden ser entendidas como métodos de destrucción por los cuales el autor no mata inmediatamente a los miembros del grupo, pero que ultimadamente busca su destrucción física. Además, en el caso *Mladić*, el propio TPIY ha sostenido que entre dichas condiciones se encuentran en particular la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares o la creación de circunstancias que pudieran llevar a una muerte lenta basada en la falta de un adecuado acceso a la alimentación, el agua, de abrigo y de salud.

Como Rocha-Herrera señala, ni la “adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, ni “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”, han sido modalidades de comisión frecuentemente abordadas por los tribunales internacionales penales. Con respecto a la primera, el TPIR en el caso *Akayesu* ha subrayado que dicha forma de comisión puede ser equiparada a la esterilización, la prohibición de matrimonios y la separación de los sexos. Asimismo y en el mismo caso, el TPIR ha afirmado en relación con la segunda, que tanto el acto directo de transferencia física forzada, como los actos de amenazas o traumas que conduzcan a la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro, dan lugar a responsabilidad penal.

Con respecto a los “otros actos” arriba mencionados, Rocha-Herrera subraya la falta de tratamiento de los mismos en la jurisprudencial del TPIY, pues excepto en el caso de la complicidad para cometer genocidio, en los demás casos (conspiración, incitación pública y directa, y tentativa de cometer genocidio) ha sido el TPIR quien los ha desarrollado en casos como *Nahimana* y *Gacumbitsi*. Finalmente, en lo que se refiere a la relación entre la “complicidad en el genocidio” y “la participación en su planificación, preparación o ejecución mediante la ayuda o el aliento” (*aiding and abetting*), la jurisprudencia del TPIY en el caso *Krstić* ha señalado que mientras que en el caso de la complicidad en el genocidio no se requiere la consumación de este último para incurrir en responsabilidad penal, el *aiding and abetting*, en cuanto forma de intervención punible, sí exige dicha consumación.

12. El art. 2 de la Convención de 1948 define el genocidio como cualquiera de los actos constitutivos de alguna de sus cinco modalidades de comisión “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como

tal”. Esta misma definición es recogida literalmente en el art. 4(2) del ETPIY y en el *chapeau* del art. 6 del ECPI. Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia del TPIY, los Elementos de los Crímenes de la CPI, al desarrollar cada una de las cinco modalidades de comisión del genocidio, requieren un elemento contextual consistente en “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por si misma causar esa destrucción”.

De esta manera, el llamado elemento contextual del delito de genocidio está compuesto por dos circunstancias alternativas. La primera requiere que los actos de violencia del acusado se lleven a cabo dentro de un contexto sistemático (patrón manifiesto) de actos de violencia similares cometidos contra los miembros del grupo nacional, étnico, racial o religioso objeto del ataque, lo que significa que otras personas distintas del acusado deben estar cometiendo también actos genocidas (o crímenes de lesa humanidad si actúan sin la intención genocida) en contra de los miembros grupo. La segunda exige que la conducta del acusado tenga de por sí la capacidad de destruir, al menos, una parte sustancial del grupo atacado, lo que puede ser el resultado del reducido tamaño del mismo o del tipo de armas utilizado.

A la luz de lo anterior, Olasolo, Suárez y López subrayan que surge la cuestión sobre si el elemento contextual del genocidio se encuentra implícitamente recogido en su definición, tal y como afirmaba Lemkin, o si por el contrario constituye una adición al mismo con el fin de excluir de la definición de genocidio conductas de odio aisladas que, ni responden a un patrón de conducta, ni tienen la capacidad necesaria para generar la destrucción buscada, y que por tanto no merecen ser calificadas como constitutivas del llamado “crimen de los crímenes”. Además, para estos autores, la cuestión se plantea sobre la base de que, excepto con respecto al crimen de agresión previsto en el ECPI, las demás categorías de crímenes internacionales recogidas en el ETPIY y en el ECPI tienen un contexto específico que las caracteriza como crímenes internacionales, a saber, un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, o que los actos perpetrados se den en el contexto y en conexión con un conflicto armado, lo que permite que tanto el TPIY como la CPI dirijan sus actuaciones a hechos de violencia que no se cometen de manera aislada.

Según Olasolo, Suárez y López, la distinta manera en que el TIPY y la CPI han abordado esta pregunta se encuentra íntimamente relacionada con las diferencias entre sus respectivos estatutos e instrumentos complementarios (mientras el ETPIY y sus RPP no hacen ninguna referencia al elemento contextual del genocidio, los Elementos de los Crímenes de la CPI lo desarrollan en detalle), y con su diversa concepción del principio *nullum crimen sine iure*, conforme al cual se prohíbe el surgimiento de responsabilidad penal por conductas que, en el momento de llevarse a cabo, no son constitutivas de delito según el Derecho (nacional o internacional) aplicable.

A este último respecto, a pesar de que tanto el TPIY como CPI consideran que la naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* ha dejado de ser la de un principio de justicia, para convertirse en un derecho subjetivo de naturaleza inderogable, al analizar su contenido Olasolo, Suárez y López observan importantes diferencias entre ambos tribunales internacionales. Así, la jurisprudencia del TPIY ha afirmado de manera reiterada desde el caso *Tadić* que dicho principio exige que en el momento de producirse, las conductas de las que conoce el TPIY han de ser constitutivas de alguno de los delitos recogidos en el ETPY conforme a una norma internacional consuetudinaria que cumpla con los requisitos de accesibilidad de la norma y previsibilidad de la responsabilidad penal. Por su parte, la jurisprudencia de la CPI ha señalado en el caso *Lubanga* que la definición del principio *nullum crimen sine iure* recogida en el art. 22 (1) y (2) del ECPI incluye los requisitos de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*.

Como Olasolo, Suárez y López afirman, estas diferencias se explican, en buena medida, a causa de los siguientes tres factores: (i) la relación entre el momento de creación del respectivo tribunal y el momento de comisión de los crímenes sobre los que ejerce su jurisdicción (mientras una parte importante de los delitos de los que ha conocido el TPIY se cometieron antes de su creación, la CPI sólo conoce de delitos posteriores a la entrada en vigor del ECPI); (ii) la distinta naturaleza de las normas que definen los crímenes sobre los que ejercen su jurisdicción (mientras dichas normas tienen una naturaleza procesal en el ETPIY porque se limitan a atribuir jurisdicción al TPIY sobre delitos previamente existentes en el Derecho internacional consuetudinario, no ocurre lo mismo en el ECPI, cuyas normas tienen naturaleza penal y regulan los aspectos sustantivos de los crímenes

incluidos en la jurisdicción material de la CPI); y (iii) la diferente manera en que los estatutos del TPIY y de la CPI abordan el principio *nullum crimen sine iure* (mientras el ETPIY no ofrece una definición de dicho principio, el art. 22 del ECPI lo desarrolla en detalle).

Consecuencia de lo anterior, señalan estos tres autores que el legado jurisprudencial del TPIY en relación con el elemento contextual del delito de genocidio se caracteriza por afirmar que la definición de la Convención, tal y como ha sido recogida por el Derecho internacional general y por el propio artículo 4(2) del ETIPY, no exige tal elemento para la configuración de la conducta punible. Con ello, y a pesar de la creciente preocupación por evitar la trivialización del genocidio cuando se trata de conductas aisladas, se ha dejado, al menos formalmente, la puerta abierta al genocida que actúa solo. Esto no impide, sin embargo, que al mismo tiempo, la jurisprudencia del TPIY subraye que el análisis de la existencia de un plan o política tiene una importancia fundamental para poder demostrar en la práctica la intención genocida que requiere la configuración del tipo penal.

Por su parte, las diferencias de opinión entre los integrantes de la SCP I de la CPI en el caso contra el ex Presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, con respecto a si el elemento contextual recogido en los Elementos de los Crímenes se configura, o no, como un elemento objetivo constitutivo del crimen de genocidio, así como las diversas posiciones doctrinales sobre esta cuestión, reflejan como la incipiente jurisprudencia de la CPI sobre el elemento contextual del genocidio es una fuente de inseguridad jurídica a la hora de aplicar este delito.

13. Como nos recuerda Gil, los elementos subjetivos del genocidio están conformados por un elemento subjetivo general (dolo) en relación con sus cinco modalidades de comisión, y un elemento subjetivo transcendente, consistente en “la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

El dolo, en cuanto elemento subjetivo general del genocidio, se compone de elementos diferentes según el elemento objetivo al que se refiera. Así, como señala Gil, todas las clases de dolo, incluido el dolo eventual, requieren la voluntad de llevar a cabo la conducta típica (por ejemplo, golpear en la cabeza con un objeto contundente a un miembro del grupo atacado). Sin embargo, las distintas clases de dolo varían en lo que requieren en relación con el resultado típico (por

ejemplo, las lesiones graves o la muerte del miembro del grupo que ha sido golpeado con el objeto contundente). Así, mientras el dolo directo requiere la voluntad de producir el resultado típico (o al menos tener la certeza, o conocer la probabilidad muy alta, de que éste se produzca como consecuencia de la conducta típica), el dolo eventual sólo exige que el sujeto prevea y acepte la producción del resultado típico como una posibilidad de llevar a cabo la conducta típica.

Con respecto al elemento subjetivo transcendente, también conocido como intención genocida, una parte de la doctrina (Werle y Jessberger, 2014; Cassese, 2008) exige que la destrucción, en todo o en parte, del grupo atacado sea el propósito directo, o dolo especial, del sujeto, afirmando, por tanto, la insuficiencia del dolo eventual, entendido como el conocimiento y la aceptación de la posibilidad de provocar la destrucción del grupo. Frente a esta posición, conocida como *purpose-based approach*, un segundo grupo de autores adopta una segunda posición, referida como *knowledge-based approach*, conforme a la cual es suficiente conocer que con la propia conducta se está contribuyendo a la ejecución de un plan que (i) está dirigido a la destrucción total o parcial del grupo; y (ii) cuenta con una alta probabilidad (Bassiouni y Manikas, 1996; Greenawalt, 1999; Vest, 2007), o al menos con una cierta posibilidad (dolo eventual) (Kreß, 2009), de que se pueda provocar dicha destrucción.

Gil recomienda la interpretación del delito de genocidio de manera que se incluya el dolo eventual, tanto en relación con sus modalidades de comisión, como con respecto a la intención genocida. De esta manera, su posición se encuentra próxima a la de Kreß, pero discrepa de este último en que la definición del genocidio exija la existencia de un plan dirigido con dolo directo a la destrucción del grupo, a modo de elemento contextual en el que se comete la conducta genocida individual. Para Gil, ese elemento contextual, o, más bien, esa acción colectiva de la que forma parte la conducta individual típica, no se calificaría como genocida porque otra persona (o algún ente colectivo) la dirija a la destrucción total o parcial del grupo, sino porque objetivamente posee la idoneidad para producir tal resultado, que todos los intervinientes pueden querer con cualquier grado de voluntad (incluido el dolo eventual).

La primera vez en la que un tribunal internacional abordó la interpretación de la intención genocida fue el TPIR en el caso *Akayesu*, donde, asumiendo el *purpose-based approach*, identificó la intención de destruir al grupo con una intención directa o propósito de destrucción (el TPIR ha mantenido desde entonces esta posición de manera reiterada). Así mismo, desde la sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*, el TPIY ha seguido la posición adoptada por el TPIR, rechazando la aplicación del dolo eventual porque no está claro que en el derecho internacional general se acepte el mismo.

Sin embargo, como subraya Gil, a pesar de que la exigencia del fin o propósito directo de destrucción se afirma de manera reiterada en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, lo cierto es que son numerosos los casos en que ambos tribunales deducen su existencia del conocimiento del acusado de que con su propia conducta está contribuyendo a la ejecución de un plan dirigido a provocar la destrucción total o parcial del grupo al que pertenecen las víctimas. Además del recurso a este mecanismo probatorio (que en el fondo podría suponer la aceptación en la práctica del *knowledge-based approach*), el TPIY y el TPIR han recurrido también a las formas de intervención punibles para rebajar las exigencias derivadas de su estricta interpretación de la intención genocida (Van Sliedregt, 2007; Van der Vyver: 1999; Van der Wilt, 2006).

Gil nos ofrece un recuento de cómo esto ha tenido lugar, comenzando por el TPIR en el propio caso *Akayesu*, donde, apelando al Derecho inglés y a la sentencia del Tribunal Supremo de Israel en el caso *Eichmann*, se admitió que determinados partícipes (los cómplices) podían responder por genocidio sin necesidad de actuar con el dolo especial o intención genocida de destruir el grupo, siendo suficiente el conocimiento de que su conducta contribuía a la ejecución de un plan genocida (bastaba por tanto con que el acusado supiera que aquellos con quienes colaborara actuaban con una intención genocida, sin necesidad de compartirla). Así mismo, en el caso *Karemera y Ngirumpatse*, el TPIR ha remarcado que se puede incurrir en responsabilidad de superior jerárquico por genocidio, si se conoce la intención genocida de los subordinados, sin que haya tampoco en este caso necesidad de compartirla.

El TPIY no sólo ha asumido la línea jurisprudencial del TPIR, sino que la ha extendido al admitir en el caso *Brđanin* que no solo los cómplices, sino cualquier partícipe puede ser responsable por genocidio sin necesidad de actuar con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte el grupo atacado. Lo mismo ha señalado en relación con el concepto de responsabilidad de superior jerárquico.

El TPIY ha admitido también en los casos *Blagojević* y *Jokić, Blaškić, Krstić* y *Vasiljević*, que los coautores en una empresa criminal común tipo I (ECC I), que deben compartir el dolo directo frente al delito central de la misma (en nuestro caso el genocidio), pueden utilizar para cometer materialmente el mismo a personas externas a la ECC I que actúan sin la intención genocida. La única condición establecida por el TPIY es que el delito central de la ECC I (el genocidio) pueda ser imputado a, al menos, uno de sus miembros, que al instrumentalizar al ejecutor material haya buscado ejecutar el plan común de la ECC. En consecuencia, como recientemente ha vuelto a reiterar el TPIY en los casos *Karadžić* y *Mladić*, lo relevante es que el miembro de la ECC I que utiliza al ejecutor material actúe con la intención genocida.

Así mismo, cabe referirse al marco de la tercera variante de empresa criminal común (ECC III) – conforme a la cual, todo miembro de una ECC es responsable a título de coautor de cualquier delito que no forme parte del plan común (constituye por tanto un exceso) cometido por otro integrante de la ECC, siempre y cuando su comisión es una consecuencia natural y previsible de la ejecución de dicho plan. Pues bien, en este escenario, el TPIY ha aceptado en el caso *Brđanin* la posibilidad de condenar como coautor de genocidio a quien no actúa con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte al grupo objeto del ataque. Así, para el TPIY, todo miembro de una ECC puede ser responsable como coautor de genocidio, aunque no haya acordado su comisión con el resto de miembros de la ECC, si dicha comisión y la intención genocida del miembro de la ECC que la lleva a cabo son una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común.

Para Gil, con todo, el legado del TPIY en este ámbito no puede valorarse positivamente porque, en lugar de tener que rebajar las exigencias de interpretar la intención genocida como un dolo especial de

destruir el grupo (*purpose-based approach*) a través de mecanismos probatorios o de controvertidas interpretaciones de los elementos subjetivos de las formas de intervención punibles, hubiera sido preferible, dogmática y político-criminalmente, adoptar una interpretación de la intención genocida que asumiera el *knowledge based approach* y admitiera el dolo eventual. Así, desde una perspectiva dogmática, Gil justifica su posición, a través de diversos ejemplos, insistiendo que la intención genocida tiene la exclusiva función de convertir formalmente en delito consumado, aquello que materialmente es todavía una tentativa en relación con la lesión del bien jurídico protegido (la destrucción del grupo). Con ello se adelanta el castigo del genocidio, convirtiendo en delito consumado el primer acto de violencia constitutivo de una de sus modalidades de comisión que se lleve a cabo con la intención de proseguir con la realización de sucesivos actos de violencia hasta provocar la destrucción total o parcial del grupo atacado. En consecuencia, si en el caso hipotético de que la definición de genocidio exigiera la efectiva destrucción del grupo, no habría ningún problema para castigar, tanto la comisión, como la tentativa, realizadas con dolo eventual; no debería haber tampoco ningún problema en admitir el dolo eventual en la aplicación de la actual definición de genocidio que no ha hecho sino incrementar la protección del bien jurídico, al adelantar la intervención penal y de este modo convertir en delito consumado lo que todavía es una tentativa inacabada de destrucción del grupo atacado.

Gil justifica también su posición desde una perspectiva político-criminal, para evitar “importantes lagunas de punibilidad”, que ejemplifica, entre otras situaciones, con el caso de los miembros del gobierno de un país multiétnico, controlado por un grupo étnico dominante, que: (i) someten deliberadamente a otra minoría étnica a condiciones de vida caracterizadas por la insalubridad, la falta de alimentos y la ausencia de atención sanitaria, con el fin de mantener un régimen de apartheid que permita perpetuar su superioridad y control sobre la etnia sometida, y (ii) conocen y aceptan la posibilidad de que el sometimiento a estas condiciones de vida pueda causar la muerte masiva de los miembros de la etnia afectada.

14. Como Fernández-Pacheco señala, aunque el número de condenas por genocidio en el TPIY ha sido reducido, y se ha visto limitado al asesinato de alrededor de 8000 bosnio-musulmanes ocurrida en la

localidad de Srebrenica entre el 13 y el 19 de julio de 1995 (lo que ha provocado una gran decepción en algunos sectores, especialmente entre las víctimas), el legado del TPIY en lo que respecta a la definición de los grupos protegidos por el delito de genocidio es sobresaliente, como se refleja en las numerosas citas a su jurisprudencia por parte de instituciones tan diversas como la Corte Internacional de Justicia, la CPI, la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina y los tribunales nacionales.

La jurisprudencia del TPIY ha puesto, en particular, de manifiesto que el concepto de grupo en el delito de genocidio es un concepto normativo que requiere de valoración jurídica conforme a los siguientes criterios: (i) el criterio de estabilidad; (ii) el criterio subjetivo; y (iii) los criterios de delimitación del grupo. En lo que se refiere al criterio de la estabilidad del grupo, la jurisprudencia del TPIY ha afirmado desde el caso *Jelisić* que el grupo se caracteriza, tanto por la adscripción al mismo por nacimiento de la mayoría de sus miembros, como por la especial dificultad para abandonarlo.

En cuanto al criterio subjetivo, Fernández-Pacheco nos recuerda que fue aplicado por primera vez por el TPIR en el caso *Akayesu* como consecuencia de que hutus, tutsis y twas, si bien no podían considerarse objetivamente como grupos étnicos diversos porque compartían una misma lengua y cultura, sí habían desarrollado fuertes sentimientos de pertenencia a etnias diferentes, lo que, a su vez, trajo consigo una percepción social de constituir grupos distintos. Posteriormente, el TPIY lo ha desarrollado en los casos *Brđanin*, *Krstić* y *Jelisić* para identificarlo con la estigmatización del grupo por parte de los agresores y la autoidentificación de las víctimas como miembros del grupo. Con base en esta concepción, el TPIY lo ha utilizado para interpretar la definición de grupo a la luz de la propia estructura del delito de genocidio, caracterizada por la exigencia de una intención de destruir, en todo o en parte, al grupo objeto del ataque. De esta manera, si quien comete los actos delictivos no concibe al grupo como un ente diferenciado del resto de la sociedad, difícilmente podrá albergar la intención de destruirlo como tal.

Ahora bien, como nos recuerda Fernández-Pacheco, la propia jurisprudencia del TPIY ha sostenido que el criterio subjetivo debe estar necesariamente acompañado de ciertos indicios objetivos. Así,

en el caso *Stakić*, la Sala de Apelaciones subrayaba la necesidad de combinar criterios objetivos y subjetivos, no pudiendo depender la definición del grupo exclusivamente en estos último. En consecuencia, independientemente de los sentimientos de pertenencia a ciertos grupos por parte de víctimas y verdugos, es necesario que existan datos objetivos que confirmen esta hipótesis (por ejemplo, más allá de la creencia de pertenecer a grupos étnicos diferentes, hutus y tutsis poseían carnets de identidad que incluían una categoría denominada “etnia”). Esta concepción híbrida de grupo, resultado de combinar factores subjetivos y objetivos, ha sido respaldada de forma prácticamente unánime por la doctrina. A esto hay que añadir que desde el caso *Brđanin*, el TPIY ha enfatizado que la correcta determinación del grupo protegido debe ser llevada a cabo tras un estudio individualizado de cada caso, recurriendo tanto a criterios objetivos como subjetivos.

Según afirma Fernández-Pacheco, el TPIY en el caso *Krstić* ha requerido también la cohesión interna del grupo como criterio de delimitación del mismo. Esta cohesión está estrechamente vinculada con el criterio subjetivo y contribuye a diferenciar el delito de genocidio de otros delitos cometidos por discriminación, como el crimen de lesa humanidad de persecución.

Asimismo, también ha adquirido un valor especial en la jurisprudencia del TPIY el rechazo a la caracterización de los grupos a partir de un enfoque negativo, basado en los rasgos de los que carecen. En consecuencia, el TPIY ha exigido en los casos *Karadžić*, *Mladić* y *Stakić* que los grupos sean caracterizados a partir de criterios positivos, consistentes en los rasgos que poseen los miembros del grupo.

Finalmente, Fernández-Pacheco subraya que en lo que respecta a las categorías de grupos protegidos, el caso del conflicto en la ex Yugoslavia refleja la dificultad de reconducir los complejos procesos identitarios a las nociones de nacionalidad, raza, etnia o religión. Aunque diversas sentencias expresan dudas a propósito del carácter étnico, nacional o religioso de los bosnios musulmanes, la jurisprudencia del TPIY en los casos *Brđanin Popović*, *Karadžić*, *Mladić* y *Stakić* ha puesto el énfasis en su caracterización como grupo protegido. Ello muestra las dificultades a la hora de definir e identificar la naturaleza del grupo, lo que, en última instancia, y a riesgo de transgredir el principio de

taxatividad de las normas penales, ha favorecido, según Fernández-Pacheco, a la concepción de las clases de grupos protegidos como cuatro postes que delimitan “el área de los grupos relevantes”.

15. Como Ollé subraya, la principal preocupación a la hora de fijar los límites de la parte del grupo cuya destrucción se pretende, es la de evitar que llegue a denominarse genocidio a los actos contra conjuntos de individuos que no alcanzan a constituir un grupo o una parte del mismo. De esa manera, se advierten los riesgos de desnaturalizar el delito de genocidio mediante su aplicación a cualquier caso que afecte a sujetos que se limitan a compartir una serie de rasgos. En este contexto, el TPIY ha manifestado en los casos *Krstić* y *Stakić* que resulta de utilidad aplicar criterios cuantitativos, cualitativos y de oportunidad para valorar mejor este aspecto.

Ollé subraya en este sentido que el TPIY se ha referido con frecuencia a factores cuantitativos para la determinación de la parte relevante del grupo (casos *Krajišnik*, *Krstić*, *Jelisić* y *Sikirica*). Inicialmente, las exigencias se centraban en que el ataque se llevara a cabo contra un número significativo de personas. Posteriormente, se pasó a requerir que el ataque se produjera con la intención de destruir a una parte *sustancial* del grupo. No parece existir, sin embargo, una diferencia real importante entre ambas opciones, siendo por tanto mucho más relevante la determinación de los criterios para la valoración del carácter significativo o sustancial de la parte del grupo que se trata de destruir, ya consistan en un umbral numérico mínimo, ya ponga el énfasis en el impacto sobre la totalidad del grupo.

Con respecto al umbral numérico mínimo, el TPIY fija en el caso *Krstić* las proporciones de bosnio-musulmanes a los que se trató de destruir, en relación con los que residían en la zona de Srebrenica. La muerte de entre 7.000 y 8.000 hombres, junto con la deportación de 25.000 personas, contribuyó a afectar a un grupo que antes del ataque contaba aproximadamente con 40.000 individuos. El TPIY adoptó también este enfoque en el caso *Sikirica*, donde tras una serie de cálculos, determinó el porcentaje (entre el 2% y el 2,8%) que representaban las víctimas bosnio-musulmanas respecto al total de integrantes de dicho grupo que habitaban en la región de Prijedor. Para el TPIY este porcentaje no cumplía con el requisito de “sustancialidad

razonable” en la proporción del grupo cuya destrucción se persiguió, con respecto al tamaño total del grupo.

Si bien este enfoque introduce ciertas dosis de objetividad, no es menos cierto que, como señala Ollé, estos cálculos son muy difíciles de realizar (si no imposibles). En los casos *Krstić* y *Sikirica*, las cifras utilizadas para elaborar los porcentajes fueron las relativas al número de muertos y desplazados en Srebrenica, o al número de personas recluidas en el campo de Keraterm. Aunque estas cifras corresponden a quienes efectivamente sufrieron la violencia, no reflejan necesariamente la parte de la población a la que se tenía la intención de destruir. Además, aunque un alto porcentaje de víctimas muestra la intención de querer destruir a una parte mayor del grupo atacado, no es en sí suficiente para poder establecer el carácter sustancial de la parte del grupo. De esta manera, como ha afirmado el propio TPIY en los casos *Tolimir*, *Karadžić* y *Kravica*, los cálculos matemáticos relativos al porcentaje del número de víctimas sobre el total de la población del grupo tienen, en ese contexto, poca utilidad.

Como Ollé señala, el TPIY ha considerado también relevante el criterio del impacto que la destrucción de la parte atacada podría tener sobre el grupo en su conjunto. Así, en los casos relativos a la masacre de Srebrenica, el TPIY, al analizar si la parte afectada tenía la condición de sustancial frente al conjunto del grupo, ha tenido en cuenta los siguientes factores: (i) el impacto producido por la muerte de dos o tres generaciones de hombres en una sociedad tradicionalmente patriarcal; (ii) los graves daños morales causados a los supervivientes por el uso de fosas comunes, que impidió a los familiares de las víctimas recuperar los cadáveres y enterrar a los fallecidos conforme a sus creencias religiosas y prácticas culturales; (iii) el menoscabo que para el grupo bosnio-musulmán del este de Bosnia en su conjunto tuvo la matanza cometida en un municipio con tanta importancia estratégico-territorial como Srebrenica.

Ollé destaca también que el TPIY ha tenido en cuenta también al analizar la “sustancialidad” o no de la parte del grupo varios factores de naturaleza cualitativa. En primer lugar, en los casos *Jelisić*, *Krajišnik* y *Krstić*, el TPIY ha afirmado que la eliminación de los líderes de un grupo puede tener, en ocasiones, efectos mucho más graves para la destrucción del grupo que el asesinato de un número

importante de sus miembros. En consecuencia, los ataques dirigidos contra una parte del grupo que tiene una particular relevancia en el mismo pueden, en ocasiones, ser constitutivos de genocidio, porque la destrucción selectiva de los miembros del grupo es un factor a tener en consideración a la hora de determinar el carácter sustancial de la parte del grupo que se pretende destruir.

En segundo lugar, en el caso *Sikirica*, el TPIY ha subrayado que el carácter sustancial de la parte del grupo atacada puede ser consecuencia de su función oficial (por ejemplo, las fuerzas y cuerpos de seguridad) o de su personalidad, cuando ello le atribuya de hecho la facultad de tener una influencia significativa en las acciones, u opiniones, del grupo en su conjunto.

En tercer lugar, en los casos *Krstić* y *Krajišnik*, el TPIY ha señalado que el carácter sustancial de la parte del grupo atacada puede también ser consecuencia de su condición de “parte emblemática de todo el grupo o esencial para su supervivencia”. De esta manera los entre 7.000 y 8.000 hombres bosnio-musulmanes en edad militar que fueron asesinados en Srebrenica eran esenciales para la supervivencia del grupo bosnio-musulmán en el este de Bosnia puesto que constituían entre dos y tres generaciones de sus hombres. En consecuencia, con independencia de que las víctimas tuvieran una posición de liderazgo en el grupo, la parte atacada tenía un carácter sustancial dentro del mismo.

Finalmente, en los casos *Karadžić* y *Mladić*, se ha respondido de manera afirmativa a la cuestión relativa a si en el análisis del carácter sustancial de la parte del grupo objeto del ataque debe tenerse en cuenta el ámbito territorial en el que los atacantes tienen una capacidad real para llevar a cabo sus acciones genocidas. De esta manera, en lugar de configurar el conjunto del grupo con base en la totalidad de sus miembros en una región geográfica más extensa, se limita el conjunto del grupo a los miembros que habitan en el territorio donde el grupo genocida tiene capacidad operativa. Sobre la base de esta definición del todo, se procede posteriormente a analizar el carácter sustancial, o no, de la parte del grupo atacada.

16. Tal y como Salinas afirma, el desarrollo del concepto de coautoría a través de la ya mencionada empresa criminal común (ECC), a pesar de las críticas que ha recibido, es una de las contribuciones

más importantes de la jurisprudencia del TPIY al desarrollo del DIP y, por tanto, parte esencial de su legado. De hecho, en opinión de Salinas, “[...] así como ocurrió con su decisión de jurisdicción, que extendió los límites del Derecho internacional humanitario acelerando la formación de la norma consuetudinaria por la que hoy en día entendemos que la responsabilidad por crímenes de guerra se aplica no solo a conflictos armados internacionales, el paradigmático caso *Tadić* y la jurisprudencia del TIPY también transformó para siempre los principios de responsabilidad individual por crímenes internacionales aplicando y refinando el concepto de ECC”.

De esta manera, con el fin de “asegurar que la culpabilidad individual no se oculte en la niebla de criminalidad colectiva y la responsabilidad resulte evadida”, la Sala de Apelaciones del TPIY desarrolló el concepto de ECC en el caso *Tadić*, afirmando que, a pesar de no encontrarse expresamente recogido en el ETPIY, si formaba parte del Derecho internacional general debido a su aplicación en los tribunales internacionales establecidos al final de la Segunda Guerra Mundial y en numerosos sistemas nacionales.

El concepto de ECC, y en particular sus dos primeras variantes (ECC I y ECC II), ha llegado a aplicarse de manera general tanto en el TIPY, como en el TPIR, y ha sido subsecuentemente reconocido por la CESL, las SECC y el TEL. Si bien la jurisprudencia de la CPI no lo ha aplicado, debido a la adopción en el art. 25 del ECPI del criterio del dominio del hecho para distinguir entre autores y partícipes y construir el concepto de coautoría, la ECC constituye en la actualidad un concepto de coautoría bien asentado en el DIP, que es aplicable en aquellos casos donde una pluralidad de personas comparte un propósito criminal común, y coordina sus esfuerzos a través de un plan común para cometer uno o varios delitos fundantes de la ECC.

Incluso para Salinas, las dos primeras variantes de este concepto, que son particularmente útiles en aquellos casos en los que la función específica de los distintos intervinientes en la comisión del delito resulta difusa por la naturaleza compleja y la escala masiva del plan criminal común (piénsese, por ejemplo, en campañas de limpieza étnica que se quieren implementar en amplias extensiones de territorio, o en campos de detención donde se abusa sistemáticamente a cientos, o miles, de internos), se han visto reafirmadas a través de la juris-

prudencia del TPIY como parte del Derecho internacional consuetudinario y son generalmente aplicables, a menos que el estatuto del respectivo tribunal internacional establezca lo contrario. A esto hay que unir que la aplicación de la tercera categoría de ECC (ECC III), también conocida como variante amplia, que como ya vimos incluye aquellos delitos que a pesar de ir más allá del plan común (excesos) son una consecuencia natural y previsible de su ejecución, tiene especial relevancia para establecer la responsabilidad como coautores de los distintos actores involucrados en extensas campañas de crímenes internacionales.

En cuanto a la aplicación del concepto de coautoría por ECC al delito de genocidio, ya hemos comentando anteriormente que el TPIY ha admitido en los casos *Blagojević y Jokić*, *Blaškić*, *Karadžić*, *Krstić*, *Mladić* y *Vasiljević*, que los coautores en una ECC I, que deben compartir el dolo directo con respecto a las modalidades de comisión y a la intención genocida cuando el genocidio es el delito fundante de la misma, pueden utilizar para su comisión material a personas ajenas a la ECC I que actúen sin la intención genocida.

Así mismo, el TPIY también ha aceptado en el caso *Brđanin* la posibilidad de condenar como coautor de genocidio con base en una ECC III, a quien no actúa con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte al grupo objeto del ataque. Así, para el TPIY, todo miembro de una ECC I o de una ECC II puede ser también responsable como coautor de genocidio, aunque no haya acordado su comisión con el resto de sus miembros, si su comisión y la intención genocida del miembro de la ECC que la lleva a cabo, son una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común. En consecuencia, es suficiente con que el acusado haya sido consciente de la posibilidad de que otros miembros de la ECC I o ECC II a la que pertenecía, podían cometer, como un exceso de la ejecución del plan común, un delito de genocidio

Si Salinas entiende que, debido en gran medida a la jurisprudencia del TPIY, es posible argumentar que el proceso de consolidación de la ECC III en el Derecho consuetudinario ha avanzado significativamente en las últimas décadas, la propia autora precisa que esto no es aplicable en relación con la aplicación de la ECC III a los delitos que requieren un dolo especial como elemento subjetivo transcendente,

como ocurre con el genocidio. En su opinión, consideraciones esenciales de justicia hacen que en estos casos sea más adecuado abandonar la aplicación de la coautoría por ECC III, porque admitir que un sujeto puede ser hallado responsable como coautor de un delito que requiere *dolus specialis* (por ejemplo, la intención genocida) sin actuar con él, y contando únicamente con un mero *dolus eventualis* respecto del mismo (conciencia y aceptación de la posibilidad de que otro miembro de la ECC pueda actuar con la intención genocida), parece ser una infracción inadmisibles de las limitaciones al poder punitivo de los estados y de sociedad internacional establecidas por el principio de culpabilidad. Ni las consideraciones de política pública y necesidad con las que se pretende justificar la aplicación de la ECC III a los delitos de *dolus specialis*, ni el argumento de que el menor grado de culpabilidad puede ser tenido en cuenta al momento de la determinación de la pena, son lo suficientemente convincentes como para justificar dicha infracción.

En consecuencia, en contraposición a la propuesta realizada por Gil de interpretar tanto el elemento subjetivo general aplicable a las modalidades de comisión del genocidio, como el elemento subjetivo transcendente consistente en la intención genocida, de manera que se admita el dolo eventual, Salinas aboga por reconfigurar la ECC III en los casos en que pretenda ser aplicada a delitos que requieren dolo especial, de manera su naturaleza sea la de una forma de responsabilidad accesoria por complicidad, en lugar de una forma de coautoría.

17. Manguel analiza el desarrollo del concepto de responsabilidad del superior, que atribuye a los superiores jerárquicos civiles y militares responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados cuando hayan infringido de forma reprochable sus obligaciones de control sobre estos últimos. Al respecto, destaca que estamos ante una de las principales aportaciones del legado del TPIY, porque ante la ambigüedad de la definición recogida en el art. 7 (3) del ETPIY y la casi total ausencia de precedentes, ha articulado sus elementos constitutivos de manera detallada a lo largo de las últimas dos décadas en los casos *Aleksovski*, *Blaškić*, *Delalić*, *Hadzihasanović*, *Halilović*, *Karadžić*, *Kordić y Čerkez*, *Krnjelać*, *Mladić*, *Orić* y *Strugar*, entre otros.

El concepto de responsabilidad del superior es una de las formas de atribución de responsabilidad más debatidas en la actualidad en el DIP. A ello se debe la constatación de que, por una parte, son muy pocos los casos donde crímenes internacionales son cometidos por iniciativa propia de miembros subordinados de las fuerzas armadas, y, por otra, porque las mayores atrocidades de la historia han tenido en mayor o menor medida la injerencia de los superiores jerárquicos, que cuando no las han ordenado directamente, han tolerado su comisión o no han supervisado debidamente la conducta de sus subordinados. De ahí que el fundamento de la responsabilidad del superior se encuentra en la autoridad de los superiores jerárquicos, lo que les atribuye mayor capacidad que a cualquier otra persona para ejercer el control sobre sus tropas y sobre el uso racional de su armamento en combate, así como para evitar infracción y mantener la disciplina. Pero no es menos cierto que la actual relevancia del concepto de responsabilidad del superior en el DIP se debe también, en buena medida, a la vasta jurisprudencia desarrollada al respecto por el TPIY y el TPIR, que no siempre ha sido recogida por el ECPI y la incipiente jurisprudencia de la CPI (en particular, en el caso *Bemba*).

El concepto de responsabilidad del superior fue aplicado por primera vez en el proceso desarrollado por una Comisión Militar de los Estados Unidos contra el general japonés Tomoyuki Yamashita, comandante en jefe del Ejército Japonés en las Filipinas entre 1944 y 1945, quien fue condenado por incumplir con su obligación como comandante de controlar las operaciones de las fuerzas bajo su mando, permitiéndoles de esta manera cometer graves atrocidades contra las fuerzas norteamericanas en las Filipinas y contra sus aliados.

La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. confirmó la condena al afirmar que las leyes de la guerra presuponen que se debe evitar su violación mediante el debido control por parte de los comandantes, quienes “hasta cierto punto son responsables por los actos de sus subordinados”. Posteriormente, sería aplicado por el Tribunal Militar establecido en la zona de ocupación norteamericana para condenar a superiores jerárquicos civiles y militares del régimen nacional socialista alemán en los casos del Alto Mando, los Rehenes y el Personal Médico.

Con base en estos precedentes, el DIH desarrolló en 1977 el concepto de responsabilidad del superior a través del art. 86 (2) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. De acuerdo con esta disposición, “[e]l hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”. Quince años más tarde, sería expresamente recogido en los arts. 7(3) del ETIPY y 6(3) del Estatuto ETIPR. En estas disposiciones, así como en el art. 6(3) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, se establece que “[e]l hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.

Ante la ambigüedad de la definición recogida en el art. 7(3) del ETIPY y la ausencia de precedentes que dotaran de contenido al concepto de responsabilidad del superior, la jurisprudencia del TPIY ha articulado de manera detallada sus elementos constitutivos, afirmando que los mismos se pueden subsumir en los siguientes tres requisitos: (i) debe existir una relación superior-subordinado basada en un control efectivo *de facto* (el nombramiento *de iure* es un indicio de su existencia) entre el superior y los autores materiales de los delitos; (ii) el superior debe conocer que sus subordinados están cometiendo o van a cometer los delitos, o al menos debe tener motivos para saber sobre esta situación al poseer información de tal naturaleza que le alerte tanto del riesgo de que sus subordinados vayan a cometer, o hayan cometido, los delitos, como de la consiguiente necesidad de llevar a cabo una investigación para aclarar este extremo; y (iii) el superior debe omitir la adopción de las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar la comisión de los delitos por sus subordinados o para castigar a estos últimos en caso de que los hayan cometido.

De esta manera, como subraya Manguel, el TPIY ha rechazado tanto la responsabilidad objetiva de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados, como su responsabilidad imprudente por no tener el debido cuidado al establecer un sistema de información que les permita conocer en todo momento qué se disponen a realizar sus subordinados, qué están haciendo o que actividades han llevado a cabo. Así mismo, el TPIY ha afirmado la aplicación de los tres requisitos arriba mencionados a los superiores civiles.

En lo que se refiere a la naturaleza de la responsabilidad atribuida a los superiores civiles y militares, Manguel destaca que aunque en la sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić* se consideró la responsabilidad de superior como un modo de comisión por omisión (exigiendo por tanto un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión del delito por el subordinado), a partir de la sentencia de apelación en el caso *Delalić*, el TPIY ha afirmado de manera reiterada que dicho vínculo de causalidad no es necesario, porque se trata de un supuesto de omisión propia, que genera la responsabilidad del superior por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención y castigo de los delitos de subordinados, con independencia de que sus omisiones incrementen o no el riesgo de que estos últimos cometan los delitos

Finalmente, surge la cuestión relativa al elemento subjetivo que han de tener los superiores para incurrir en responsabilidad por aquellos delitos que, como el genocidio, requieren como elemento subjetivo transcendente un dolo especial (por ejemplo, la intención genocida de destruir en todo o en parte el grupo nacional, étnico, racial o religioso objeto de los actos de violencia). Como Manguel señala, la respuesta dependerá de la posición adoptada con respecto a: (i) la exigencia o no de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión del delito por el subordinado; y (ii) la naturaleza jurídica de la responsabilidad atribuida al superior. De esta manera, si como Manguel afirma, el TPIY configura la responsabilidad del superior como un supuesto de omisión propia, no resulta necesario, como la propia jurisprudencia del TPIY ha señalado en el caso *Brđanin* que el superior comparta la intención genocida de su subordinado, sino que es suficiente con que conozca la misma o, al menos, tenga motivos para conocerla.

18. La segunda primera del libro concluye con el trabajo de Carnero-Rojo sobre el desarrollo jurisprudencial en el caso *Karadžić* de la figura procesal de la declaración judicial de tener como probados hechos juzgados en otros procesos ante el propio TPIY (en adelante, “declaración judicial de hechos probados en otros procesos” o en su terminología en inglés *judicial notice of adjudicated facts*). A pesar de que la expresión “hechos juzgados” no está definida en las RPP del TPIY (como tampoco lo está en las RPP del TPIR), esto no ha impedido que, con el fin de promover la economía procesal y reducir la duración del juicio oral, numerosas salas del TPIY hayan recurrido a esta figura. De esta manera, se han limitado los procesos a lo que es esencial para cada parte procesal, sin tener que escuchar de nuevo alegaciones ya probadas en casos anteriores ante el TPIY, garantizando además de esta manera la coherencia y uniformidad de las decisiones judiciales sobre cuestiones de hecho objeto de diversos procesos. Un buen ejemplo de esta práctica son las decisiones de las Salas de Primera Instancia en los casos *Krajišnik*, *Milošević*, *Prlić et al.* y *Popović et al.*, en relación con hechos ocurridos en las localidades de Foča, Prijedor, Busovaža, Mostar, Stupni Do, Srbrenica y Potočari.

Como Carnero-Rojo subraya, la facultad de los tribunales internacionales penales para realizar declaraciones judiciales de hechos probados en otros procesos ha estado siempre presente en el DIP desde Núremberg y Tokio. De hecho, se trata de una creación única del DIP procesal, que no existe en los sistemas nacionales (ya sean estos de tradición romano-germánica o de Derecho común o *common law*), donde sólo se reconoce la declaración como hechos probados de los hechos de conocimiento público. Ahora bien, conviene subrayar, que junto con los aspectos positivos arriba señalados, los críticos de esta figura afirman que presenta riesgos importantes, como el posible menoscabo del derecho a la presunción de inocencia fruto de la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del acusado (que deberá presentar medios de prueba para desvirtuar la presunción *iuris tantum* que surge de la misma). Lógicamente, estos riesgos son todavía mayores cuando lo que está en juego es la imposición de largas penas privativas de libertad debido a la gravedad de los delitos imputados, en particular si, como en el caso *Karadžić*, lo que está en juego es una condena por genocidio.

En el TPIY, la figura de la declaración judicial de hechos probados en otros procesos se ha desarrollado en aplicación de la regla 94 de las RPP (aprobada por los jueces del TPIY en julio de 1998 e introducida en las RPP del TPIR en noviembre de 2000). Según el apartado (a) de esta regla, las Salas de Primera Instancia no exigirán prueba de hechos de conocimiento público, sino que declararán como probados los mismos. Por su parte, su apartado (b) añade que las Salas de Primera Instancia, de oficio o a petición de una de las partes, y tras escuchar a estas últimas, pueden declarar como probados hechos juzgados en otros procesos (o la autenticidad de la prueba documental allí presentada) que sean relevantes para las actuaciones en curso.

Conforme a la jurisprudencia constante del TPIY, mientras la declaración como probados de los hechos de conocimiento público implica que los mismos no pueden ser objeto de contradicción en el juicio oral, la declaración judicial de hechos probados en otros procesos da lugar a una presunción judicial *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por la defensa a través de la presentación de los correspondientes medios de prueba. Además, mientras la declaración como probados de los hechos de conocimiento público es obligatoria, las salas del TPIY mantienen su libertad de apreciación para realizar, o no, una declaración judicial de hechos probados en otros procesos desarrollados ante otras Salas de Primera Instancia o ante la Sala de Apelaciones del TPIY.

En este sentido, Carnero-Rojo señala la jurisprudencia constante del TPIY que ha establecido una serie de requisitos formales y sustantivos para poder realizar una declaración judicial de hechos probados en otros procesos. Con respecto a los requisitos formales, cabe destacar la necesidad de: (i) escuchar a todas las partes en el proceso antes de emitir una declaración de esta naturaleza, con independencia de que ésta haya sido solicitada por alguna de las partes o sea promovida de oficio; y (ii) referirse únicamente a hechos concretos y precisos, tal y como se recogen en su formulación original por la sala del TPIY que conoció previamente de los mismos. Por su parte, los requisitos sustantivos exigen que una declaración de esta naturaleza se refiera a hechos: (iii) relevantes para el proceso en curso y que hayan sido previamente declarados probados por una sentencia judicial final tras el correspondiente debate probatorio en otro proceso; y que (iv) no afecten a la posible responsabilidad penal del acusado. La ju-

risprudencia del TPIY ha afirmado reiteradamente que siempre que se cumpla con estos requisitos no se menoscaba el derecho de defensa porque los hechos sobre los que versa la declaración de hechos probados han sido objeto de revisión judicial tras un debate contradictorio ante otras Salas del TPIY, y las partes conservan siempre el derecho a desvirtuar las presunciones *iuris tantum* mediante la presentación de medios de prueba fehacientes y creíbles que pongan en cuestión la veracidad de los hechos objeto de dichas presunciones.

Carnero-Rojo expone como en el caso *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia ha hecho un uso extensivo de esta regla (hasta 2.300 hechos juzgados en otros procesos han sido declarado probados), lo que no le parece que suponga necesariamente una infracción de la regla 94(b) porque, en su opinión, “[l]a Sala de Primera instancia analizó si los hechos juzgados eran relevantes, concretos y precisos, presentados de forma clara en su formulación original, sin incluir conclusiones de naturaleza esencialmente jurídica, no basados en un acuerdo entre las partes, no relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado, y no sujetos a apelación o revisión”.

Esto ha supuesto que la Sala de Primera Instancia haya considerado probados en su sentencia condenatoria algunos de los crímenes alegados contra *Karadžić* con fundamento, *inter alia*, en hechos objeto de presunciones *iuris tantum*. Esto ha sucedido, en particular, en relación con hechos juzgados en los casos *Tadić*, *Kunarac*, *Krnojelac*, *Stakić*, *Brđanin* y *Krajišnik*, de manera que, tras analizar los medios de prueba presentados por la Defensa para revertir las presunciones *iuris tantum* sobre su presunta existencia, ha afirmado que dichos hechos constituyen la base fáctica de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en (i) varios municipios de Bosnia oriental como Bijeljina, Bratunac, Foča, Rogatica, Sokolac, Vlasenica y Zvornik; (ii) en municipios de la denominada región autónoma de Krajina como Banja Luka, Bosanski Novi, Ključ, Prijedor y Sanski Most; y (iii) en municipios del área de Sarajevo como Hadžići, Ilidža, Novi Grad, Novo Sarajevo, Pale y Vogošća.

Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia ha declarado que se produjeron hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad y de guerra en Sarajevo, tomando en consideración, *inter alia*, los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* provenientes de los casos

Galić y Dragomir Milošević. Además, en relación con la masacre de Srebrenica, la Sala ha declarado que en los municipios de Potočari, Bratunac y Zvornik tuvieron lugar actos de violencia constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, para lo cual ha tenido en cuenta hechos objeto de presunciones *iuris tantum* provenientes de los casos *Krštić y Blagojević y Jokić*.

El uso extensivo en el caso *Karadžić* de la figura de la declaración judicial de hechos probados en otros procesos responde a la amplitud y complejidad de los cargos contra el acusado, así como a que habían sido objeto de una docena de casos. A pesar de que las decisiones adoptadas por la Sala de Primera Instancia parecen seguir los criterios establecidos en la jurisprudencia del TPIY (tal y como acaba de confirmar la Sala de Apelaciones), este caso plantea importantes interrogantes sobre los límites prácticos a la aplicación de la regla 94 (b) de las RPP del TPIY si no se quieren infringir los derechos de defensa en aras del principio de economía procesal.

Carnero-Rojo expone en particular tres tipos de críticas que ha recibido el uso de la regla 94(b) en el caso *Karadžić*. En primer lugar, la defensa tuvo que distribuir su tiempo y recursos entre la presentación de medios de prueba para contradecir prueba testifical y documental presentada por la Fiscalía, y el intento por desvirtuar las miles de presunciones *iuris tantum* que caracterizaron el proceso (mientras en casos anteriores se había solicitado a la Fiscalía que limitara en la medida de lo posible el conjunto de hechos para los que pedía la aplicación de la regla 94 (b), en el caso *Karadžić* este aspecto solo fue relevante en la última decisión). En segundo lugar, si bien es cierto que las decisiones de la Sala de Primera Instancia parecen haber seguido lo dispuesto en la jurisprudencia del TPIY, no es menos cierto que la responsabilidad del acusado hubiera sido más difícil de establecer sin los miles de hechos objeto de presunciones *iuris tantum* (dichos hechos suponen, en buena medida, el fundamento fáctico de los delitos por los que eventualmente se condenó al acusado). En tercer lugar, la defensa alegó no haber tenido acceso a todos los medios de prueba en que fundamentaron sus decisiones las salas que declararon probados los hechos objeto de presunciones *iuris tantum*. A lo que hay que añadir que la defensa no pudo tampoco llamar a declarar a los testigos que testificaron en dichos procesos, ni siquiera en relación con los hechos relativos al genocidio cometido en Srebrenica.

Ante estas alegaciones la Sala de Primera Instancia de manera expresa, y la Sala de Apelaciones implícitamente, han afirmado que el uso extensivo de regla 94 (b) en el caso *Karadžić* no ha afectado al derecho de defensa porque, aunque las numerosas presunciones *iuris tantum* requirieron que la defensa presentara medios de prueba para desvirtuarlas, lo cierto es que: (i) la defensa no ha necesitado más tiempo y recursos para rebatir los hechos objeto de estas presunciones que los que hubiera necesitado para contradecir los medios de prueba de la Fiscalía sobre los mismos; (ii) los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* no han sido utilizados para establecer la responsabilidad penal del acusado (esta última se ha fundamentado exclusivamente en los medios de prueba presentados durante el juicio oral); y (iii) la defensa pudo utilizar suficiente material para desvirtuar dichas presunciones.

Así mismo, la Sala de Primera Instancia ha aclarado en su sentencia que (i) sólo al final del juicio ha decidido el valor probatorio de los hechos objeto de presunciones *iuris tantum*, a la luz de todos los medios de prueba presentados en el caso; y (ii) si bien, conforme a la jurisprudencia constante del TPIY, ha presumido la exactitud de estos hechos, la defensa ha tenido la oportunidad procesal de desvirtuar dicha presunción durante el juicio oral. En consecuencia, la Sala sólo ha fundamentado sus conclusiones en aquellos hechos objeto de presunciones *iuris tantum* cuando la defensa no ha presentado medios de prueba para desvirtuarlas o cuando los que ha presentado no han sido lo suficientemente creíbles. Así mismo, no ha atribuido a dichos hechos valor probatorio cuando los medios de prueba presentados por la Fiscalía presentan contradicciones con los mismos o cuando la defensa ha sido capaz de desvirtuar las presunciones *iuris tantum*. Además, la Sala no ha dado ningún valor de corroboración de otros medios de prueba presentados por la Fiscalía a aquellos hechos objeto de presunciones *iuris tantum* que habían sido declarados probados en otros procesos con base en los testimonios prestados por testigos llamados también a declarar en el caso *Karadžić*. Finalmente, la Sala ha señalado expresamente que el requisito de que los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* no puedan encontrarse relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado, le ha impedido declarar como probados todos los hechos relativos a la supuesta intención genocida de Karadžić en relación con el grupo bosnio-mu-

sulmán. La Sala de Apelaciones del TPIY acaba de ratificar esta forma de aplicar la regla 94 (b).

A la luz de la experiencia con la aplicación de la regla 94(B) RPP en el caso *Karadžić*, y teniendo en cuenta que esta institución continúa siendo aplicada en el Mecanismo Residual de los Tribunales Penales Internacionales y que podría ser introducida por vía jurisprudencial o reglamentaria en el sistema de la CPI, Carnero-Rojo considera que deberían adoptarse las siguientes recomendaciones: (i) las salas deberían controlar el número y el tipo de hechos objeto de presunciones *iuris tantum* si se quiere evitar afectar al ejercicio del derecho de defensa; y (ii) las salas deberían permitir a la defensa presentar medios de prueba (y en particular, llamar testigos de otros casos ya resueltos) frente a la prueba testifical y/o documental en la que se basaron otras salas para declarar como probados los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* (sobre todo si estos tiene algún tipo de relación, directa o indirecta, con la posible responsabilidad penal del acusado).

III. REFLEXIÓN FINAL

19. No queremos finalizar estas conclusiones sin subrayar que, a pesar de la falta de atención que generó la propuesta de Lemkin sobre el genocidio en 1933, los múltiples exterminios producidos durante la segunda guerra mundial reactivaron el interés por la misma ante reconocimiento de que para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”. Con ello se iniciarían los “dolores de parto” que culminarían con la aprobación de una las piedras angulares del DIP: la Convención de 1948 para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Durante los 70 años desde la aprobación de la Convención, las prácticas de discriminación, exclusión, deshumanización y exterminio de grupos humanos no han cesado porque la depuración y homogeneización de poblaciones continúa siendo en la práctica un objetivo central en la actuación política de no pocos movimientos y dirigentes. Además, las prácticas dirigidas a borrar todo vestigio de la contribución cultural a la Humanidad de los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos atacados, y los delitos atroces a los que se ha visto sometidos los miembros de grupos humanos cuya seña de iden-

tividad es la ideología política, el estatus social, la actividad económica, la lengua hablada, el género, la orientación sexual o la discapacidad (por poner sólo algunos ejemplos), han puesto de manifiesto las limitaciones de la Convención para prevenir y poner fin a la impunidad de quienes se asocian, instigan directa y públicamente, inician la ejecución, cometen o son cómplices de estas conductas.

Pero al mismo tiempo, la aprobación y entrada en vigor de la Convención ha provocado la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales del delito de genocidio, lo que en el ámbito iberoamericano ha venido de la mano de la extensión de su ámbito de protección a grupos que no aparecen recogidos en la Convención, como es el caso de los grupos sociales en Ecuador, Paraguay y Perú, los grupos políticos en Ecuador, Colombia, Nicaragua y Costa Rica, los grupos determinados por la discapacidad de sus integrantes en España y los grupos políticos, sindicales y “con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud” en Uruguay. Además, en aplicación de estas definiciones, las jurisdicciones nacionales han desarrollado procesos penales por genocidio (algunos dirigidos contra aquellos dirigentes considerados como los máximos responsables) y han tenido la oportunidad de interpretar su contenido para extender la protección a ciertos grupos particularmente vulnerables al exterminio del “adversario”, como son los grupos políticos (lo que no siempre ha sido bien recibido desde ciertos sectores de la doctrina).

Así mismo, con la creación del TPIY en 1993 y del TPIR en 1994 y la aprobación del Estatuto de la CPI en 1998, se han establecido tribunales internacionales penales para la aplicación directa del delito de genocidio. De esta manera, si bien la definición acogida por los estatutos de estos tribunales refleja literalmente la prevista en la Convención de 1948, adoleciendo por tanto de las mismas limitaciones en cuanto a su ámbito de protección, lo cierto es que en los últimos veinticinco años, y partiendo de la incipiente experiencia de los años que siguieron a la segunda guerra mundial, se ha construido todo un sistema de aplicación directa del DIP (incluyendo el régimen jurídico internacional del genocidio) a través de tribunales internacionales, y se han regulado sus relaciones con el sistema de aplicación indirecta del DIP a través de las jurisdicciones nacionales. Es en este contexto,

en el que ha de analizarse el legado del TPIY en general, y en relación con la aplicación del delito de genocidio en particular.

Desde una perspectiva general, el TPIY ha constituido el primer intento por llevar a la práctica un proyecto internacional penal desde las experiencias de Nuremberg y Tokio, lo que ha involucrado la creación de una estructura orgánica operativa en el TPIY, el desarrollo de relaciones de cooperación con otros organismos de la sociedad internacional (en particular, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y con las jurisdicciones nacionales (especialmente, las de los nuevos Estados surgidos en territorio de la ex República Federal Socialista de Yugoslavia), la elaboración con base en el derecho consuetudinario preexistente en el momento de iniciarse el conflicto armado en enero de 1991 de una parte general y una parte especial del DIP aplicable, y el desarrollo de un marco procesal (sólo incipientemente recogido en el ETPIY) conforme al cual llevar a cabo sus actuaciones.

Al igual que hemos mencionado en relación con las jurisdicciones nacionales, el TPIY también ha desarrollado desde 1995 una docena de procesos penales por genocidio, algunos de los cuales, como los relativos a Karadžić y Mladić, se han dirigido contra sus máximos responsables. Fruto de los mismos, el TPIY ha tenido también la oportunidad de interpretar el contenido de la definición de genocidio y de los otros actos genocidas recogidos en los arts. II y III de la Convención de 1948 y en el art. 4 del ETPIY, lo que, entre otras cosas, le ha permitido: (i) identificar los distintos tipos de actos de violencia (incluyendo las agresiones sexuales) que pueden ser constitutivos de las diversas modalidades de comisión del genocidio; (ii) negar la existencia de un elemento contextual en el delito de genocidio; (iii) determinar los grupos protegidos por el genocidio con base en los criterios de estabilidad del grupo, percepción subjetiva de atacantes y víctimas y cohesión del grupo; (iv) rechazar la caracterización de los grupos protegidos a partir de un enfoque negativo basado en los rasgos de los que carecen; (v) concebir las clases de grupos protegidos conforme a la teoría de los cuatro postes que delimitan “el área de los grupos relevantes”; y (vi) interpretar el concepto de parte substancial del grupo con base en criterios cuantitativos (porcentaje de víctimas), cualitativos (destrucción selectiva de la dirigencia del grupo o de quienes cumplen ciertas funciones que les otorgan una influencia

significativa en las acciones y opiniones del grupo) y de oportunidad o capacidad operativa.

Además, el TPIY también ha tenido la oportunidad de interpretar la aplicación de las normas sustantivas de la parte general del DIP y la normativa procesal y probatoria al delito de genocidio, como lo muestra, entre otras cuestiones (i) la aplicación de normas concursales para distinguir entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra (*test de Celibici*); (ii) la construcción de los elementos subjetivos del genocidio sobre la base de la distinción entre elemento subjetivo general (dolo) y el elemento subjetivo transcendente (intención genocida), así como la distinción de este último de la intención discriminatoria del delito de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; (iii) la aplicación al delito de genocidio de las distintas variantes de la coautoría por empresa criminal común (en particular, su tercera modalidad); (iv) la aplicación al delito de genocidio del concepto de responsabilidad del superior; y (v) la aplicación de figura de la declaración judicial de tener como probados hechos juzgados en otros procesos ante el TPIY.

Si bien es cierto que los procesos por genocidio no han tenido un papel tan destacado en las actividades del TPIY como lo han tenido en el TPIR, lo que en buena medida se debe a las diferentes características de la violencia experimentada en la ex Yugoslavia y en Ruanda y a los distintos objetivos que se perseguían con la misma, no es menos cierto que, como acabamos de ver, el legado del TPIY con respecto a la aplicación del delito de genocidio es muy notable. De esta manera, el TPIY, junto con los casi cien casos por genocidio desarrollados en el TPIY entre 1994 y 2015, ha contribuido a que se hayan despejado las dudas que existían en la década de 1990 sobre si sería posible llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos efectivos por genocidio ante tribunales internacionales penales. Esta situación no se ve menoscabada, en nuestra opinión, por hecho de que los casos *Karadžić* y *Mladić* hayan acabado por limitar a la masacre de Srebrenica las condenas por genocidio en el TPIY, y que hayan por tanto negado esta calificación a la violencia sistemática y generalizada ejercida contra la población bosnio-musulmana asentada en las municipalidades comprendidas en el territorio de la autoproclamada República Serbia de Bosnia.

REFERENCIAS

- Adorno, T. (2006). *Minima Moralia*. Madrid: Akal.
- Bassiouni, C.M. y Manikas, P. (1996). *The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Nueva York: Transnational Publishers.
- Benjamin, W. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Mexico: Contrahistoria.
- Berón, A.A. (2019). La Memoria como una Propuesta de Justicia. En López, E. A., Niño Castro, A. y Tovar González, L. (Eds.). *Claves de la Justicia desde América Latina*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, vol. 6, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y Instituto Joaquín Herrera Flores, pp. 333-342.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law* (2a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Greenawalt, A. (1999) Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation. *Columbia Law Review*. 99.
- Kreß, C. (2009) The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice*. 7, pp. 297-306.
- Laplante, L. (2014). Memory Battles: Guatemala's Public Debates and the Genocide Trial of Jose Efraim Ríos Montt. *Quinnipiac Law Review*. 32, pp. 621-673.
- Lemkin, R. (2018) *Raphael Lemkin: Totalmente extraoficial: Autobiografía*. Madrid: Instituto Berg Oceana.
- Levi, P. (2005). *Los hundidos y los salvados*. Barcelona: Aleph.
- Morris, V. y Scharf, M. (1995) *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (vol. 1). Nueva York: Transnational Publishers.
- Roth-Arriaza, N. (2013). El juicio de Ríos Montt. *Aportes DPLF*, 18, pp. 42-46.
- Sands, P. (2017). *Calle Este-Oeste*. Barcelona: Anagrama.
- Van der Vyver, J. (1999) Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide. *Fordham International Law Journal*, 23(2).
- Van der Wilt, H. (2006). Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case. *Journal of International Criminal Justice*. 4(2).
- Van Sliedregt, E. (2007). Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide. *Journal of International Criminal Justice*. 5(1).

Vest, H. (2007). A structure-based concept of genocidal intent. *Journal of International Criminal Justice*. 5(4).

Werle, G. y Jessberger, F. (2014), *Principles of international criminal law* (3a ed.). La Haya: TMC Asser press.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com