

EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN DERECHO INTERNACIONAL

Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO*

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto exponer el concepto y las implicaciones del crimen de genocidio con base en el análisis de los diferentes instrumentos internacionales que lo regulan y de los casos Jean-Paul Akayesu y Pinochet. En primer lugar, el autor analiza los antecedentes y desarrollo de la regulación del crimen de genocidio, desde la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que lo regula por primera vez, hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. En segundo lugar, realiza un estudio de los elementos de la definición de genocidio, tales como los actos materiales que lo constituyen, la intención y las modalidades de participación. Finalmente, explica cuáles son las limitaciones de la Convención de 1948 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales con el que se pretende regular el genocidio.

Palabras clave: genocidio, corte penal internacional, crímenes internacionales, justicia internacional.

ABSTRACT: *This is an article whose aim is to explain the concept and implications of the crime of genocide, on the basis of an analysis of different international instruments that regulate it, and the examination of the Jean-Paul Akayesu and Pinochet cases. Firstly, the author studies the antecedents and evolution of the regulation of genocide as an international crime, starting from the Convention to prevent and punish the crime of genocide of 1948, up to the Statute of Rome on the International Criminal Court of 1998. Secondly, he examines the elements of the definition of genocide, such as the material acts that constitute it, the intention and forms of participation. Lastly, the author explains some of the limitations of the 1948 Convention and of the Project of Code of Crimes against International Peace and Security, concerning the way in which these instruments regulate the crime of genocide.*

Descriptors: *genocide, international criminal court, international crimes, international justice.*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de la Convención de la ONU contra el Genocidio de 1948. Resolución 96 (I) del 11-XII-1948*. III. *Comité Especial*. IV. *Tribunal competente: partidarios y opositores*. V. *Introducción del concepto*. VI. *Estatuto de Roma de 1998*. VII. *Genocidio físico y genocidio biológico*. VIII. *Intención y modalidades de participación*. IX. *Caso Jean-Paul Akayesu y crimen de genocidio. Tribunal Internacional para Ruanda*. X. *Juicio J. P. Akayesu*. XI. *Dolus Specialis*. XII. *Caso Augusto Pinochet y crimen de genocidio*. XIII. *¿Reinterpretación del crimen de genocidio?* XIV. *La CIJ y su Opinión Consultiva de 1951*. XV. *Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio*. XVI. *El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales*. XVII. *Jack Straw y el crimen de genocidio*. XVIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando Jean-Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell, hablaba de que si bien el término de “genocidio” existía desde hacía poco tiempo, sin embargo la “cosa” era vieja como la humanidad y no había existido hasta ahora ninguna sociedad cuya estructura la hubiese preservado de cometer dicho crimen, tenía absolutamente razón (30-XI-1967).

Pero posiblemente la serie de genocidios perpetrados durante el siglo XX sean más graves aún que los cometidos en épocas anteriores, en razón de su espeluznante y refinada crueldad, pero sobre todo, en razón de su gélida planificación sistemática, en donde la excelsa civilización genera una excelsa barbarie para dar cuenta de la naturaleza humana

La lista es larga, y recordar algunos de ellos sólo pone de manifiesto la crueldad humana: el genocidio contra los armenios, por parte del gobierno turco en 1915-1916; el genocidio en contra de los habitantes de Bangladesh por parte del ejército paquistaní, en 1971; el exterminio de miles y miles de ugandeses por parte del régimen de Idi-Amin, entre 1971 y 1978; la masacre en contra

de palestinos por la complicidad israelita, en los campos de refugiados de Sabra y Shatila en 1982; el genocidio en contra de la minoría Tamil en Sri Lanka, en 1986-1987; el genocidio nazi en contra de polacos, gitanos, rusos y judíos durante la Segunda Guerra Mundial; la devastación nuclear de Hiroshima y Nagasaki el 6 y 9 de agosto de 1945, por órdenes del presidente de Estados Unidos de América, Harry S. Truman (este último, en su sentido cartaginés).

Entre los más recientes y estremecedores ejemplos de la cultura del horror y de la cultura de la impunidad y la infamia, permanece sin duda el régimen de Pol-Pot y su ejército de *Khmer Rouge*, quienes entre 1975 y 1978, exterminaron en Kampuchea, a más de dos millones de sus habitantes; pese al conocimiento mundial del genocidio, el presidente Pol-Pot moriría plácidamente en su lecho en el año de 1998, sin haber respondido por el cúmulo de sus atrocidades.

Si bien no podemos estar a favor de una venganza ciega, tampoco podemos estar a favor de una amnesia ciega; el olvido raramente sustituye el recuerdo de la impunidad. La justicia internacional se basa en un imperativo ético y en un imperativo práctico.

En tanto que no se haya obligado a las personas responsables de “atrocidades que desafían la imaginación” —como dice el Preámbulo del Estatuto de Roma—, a dar cuenta de sus crímenes, el odio étnico y nacionalista como dice el juez Antonio Cassese, el deseo de venganza y los gérmenes de violencia armada, se seguirán perpetuando, y socavando todo orden social en lo interno y en lo internacional.

II. ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA EL GENOCIDIO DE 1948. RESOLUCIÓN 96 (I) DEL 11-XII-1946

La Asamblea General de Naciones Unidas en su primera sesión, examinó un proyecto de resolución sobre el “crimen de genocidio”, presentado conjuntamente por las delegaciones de Cuba, India y Panamá (A/Bur./50).

Este proyecto de resolución fue estudiado por la Sexta Comisión y, por recomendación de ésta última, la Asamblea General, mediante su resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, encargaría al Consejo Económico y Social “de emprender los estudios necesarios a fin de redactar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio que será sometido a la Asamblea General en el curso de su próxima sesión ordinaria”.

De conformidad con la resolución 47 (IV) del 28 de marzo de 1947 del Consejo Económico y Social, el secretario general de la ONU prepararía, con la ayuda de un grupo de especialistas, un proyecto de convención relativo a la prevención y represión del crimen de genocidio (A/AC.10/41), y lo haría del conocimiento de la Comisión para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación (A/AC.10/55).

En el curso de la segunda sesión de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó de nuevo la cuestión, y por recomendación de la misma, la Asamblea General adoptaría la resolución 180 (II) del 21 de noviembre de 1947, mediante la cual se invitaba al Consejo Económico y Social para que continuara los trabajos sobre la represión del crimen de genocidio, y a proceder al establecimiento de un texto definitivo de una convención.

III. COMITÉ ESPECIAL

En ejecución de lo anterior, se crearía un Comité Especial sobre el Genocidio (resolución 117 (VI) del 3 de marzo de 1948), para reunirse en Lake Success, Nueva York, del 4 de abril al 10 de mayo de 1948, en donde se prepararía el Proyecto de Convención para la Prevención y la Reparación del Genocidio.

En la primera parte de su tercera sesión, la Asamblea General, inspirándose en el Informe de la Sexta Comisión, y mediante la resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, aprobaría el texto de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, sometiéndolo a la firma y ratificación, o a la adhesión en su caso, de conformidad con el artículo XI de la convención.¹

¹ Véase *Historique du Problème de la Juridiction Criminelle Internationale*, Nations Unies, Assemblée Générale, A/CN.4/7/Rev.1 27 mai 1949.

Es interesante mencionar aquí, que en tanto que el Proyecto de Convención sobre el Crimen de Genocidio preparado por el Secretariado General, consagraba el hecho de que las partes se comprometían a castigar a los autores de actos de genocidio que se encontrasen en su territorio, fuere cual fuese su nacionalidad y el lugar en donde el crimen hubiere sido cometido, en virtud del principio de universalidad de jurisdicción (artículo VII), el Proyecto de Convención del Comité Especial sobre Genocidio creado por el ECOSOC, no retomaba el principio de la represión universal admitido en el proyecto del Secretariado General.

La mayoría del comité consideraba que la “represión universal” era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional, y que la misma acarrearía el que los tribunales llegasen a juzgar los actos de gobiernos extranjeros, dado que el genocidio implicaba generalmente una responsabilidad del Estado sobre el territorio dentro del cual el crimen había sido cometido.

Por el contrario, los partidarios del principio de represión universal sostenían que desde el momento en que el crimen de genocidio estaba erigido en crimen de derecho de gentes, era absolutamente normal que el principio de la represión universal fuera el principio aplicable.²

IV. TRIBUNAL COMPETENTE: PARTIDARIOS Y OPOSITORES

En el curso de su 142a. sesión plenaria llevada a cabo el 24 de septiembre de 1948, la Asamblea General remitió a la Sexta Comisión el Proyecto de Convención preparado por el Comité Especial sobre Genocidio (A/AC.6/ 206).

En el cuerpo del proyecto se contemplaba el que los individuos acusados de cometer crimen de genocidio, deberían ser juzgados por los tribunales competentes del Estado o frente a un tribunal internacional.

² Véase *ibidem*, pp. 35 y 36, annexe 13 y annexe 14, pp. 141-151.

Varias delegaciones se opusieron a la institución de un tribunal penal internacional. Así, el representante de Brasil (señor Amado) recordaba que la organización de la represión de los crímenes sobre el plano internacional se desarrollaba paralelamente a la organización de la cooperación internacional, pero que hasta ese momento no había todavía llegado a crearse una jurisdicción penal internacional, pues por lo demás, no existía todavía en estricto sentido un derecho penal internacional.

El representante de la India (señor Sundaram) señalaba que la instauración de un Tribunal Penal conllevaba el riesgo de una intervención internacional en los asuntos internos de los Estados, y por lo mismo, una franca violación a la Carta de Naciones Unidas.³

Por el contrario, los partidarios de una jurisdicción penal internacional sostenían que esta jurisdicción era indispensable para reprimir efectivamente el crimen de genocidio, ya que los tribunales nacionales podrían encontrarse ante la imposibilidad de juzgar y sancionar, en particular cuando los actos objeto del crimen de genocidio habían sido el hecho de las autoridades del Estado mismo o habían sido perpetrados con su connivencia.

En este sentido, la delegación de Francia declaraba que son los gobernantes de un Estado quienes cometen, promueven o toleran el crimen de genocidio. Este crimen está caracterizado por la intervención de los poderes públicos, por lo que se hace necesario el recurso a una Corte Penal Internacional (CPI).

En concordancia con lo anterior, la delegación francesa presentó un Proyecto de Convención sobre el Genocidio ante la Sexta Comisión:

El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones.

Que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado.

³ A/C.6/SR.97, p. 18 y A/C.6/SR.64, p. 6, respectivamente.

Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz.

Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional.⁴

Por su parte, la delegación de Estados Unidos de América, aún y cuando admitía el principio de que la convención debía de prever una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos culpables de genocidio, estimaban que una jurisdicción de ese género no debería conocer más que los casos en que los tribunales nacionales no hubieren tomado las medidas apropiadas.

De esta suerte, proponía añadir una cláusula limitativa en donde se estipulara que la competencia del tribunal internacional estaría en todos los casos, subordinada a la constatación por dicho tribunal de que el Estado en cuestión no había tomado las medidas necesarias para llevar ante la justicia a las personas que, en opinión del tribunal, deberían haber sido enjuiciadas o sancionadas.⁵

Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por unanimidad, sería adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General mediante la resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, y entraría en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con lo estipulado por el artículo XIII.⁶

V. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO

Desde 1933, el jurista polaco Raphäel Lemkin había propuesto una represión de las "...acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, confesionales o sociales", exhortando a los

4 Article premier, *Projet de Convention sur le génocide présenté à la Sixième Comisión*, A/C.6/211 en annexe 15, *Memorandum du Secrétaire Général*, A/CN.4/7/Rev. 1, pp. 151-153.

5 A/C.6/235. Las delegaciones del Reino Unido y de Bélgica proponían la inserción en la convención de una cláusula, atribuyendo a la Corte Internacional de Justicia una competencia obligatoria para los casos de genocidio en donde se viera comprometida la responsabilidad de un Estado. Esta propuesta no recibiría mucho apoyo por parte de las demás delegaciones. A/C.6/236/Corr.1 y A/C.6/252.

6 Véase *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, vol. I (segunda parte) ONU. ST/HR/1/Rev.5, Ginebra, vol. I, part 2, 1994, pp. 695-699.

órganos de la antigua Sociedad de Naciones, la elaboración de una convención que prohibiera las ejecuciones en masa.

En 1944, el profesor Raphäel Lemkin introduciría el concepto de “genocidio” —a partir del vocablo griego *genos* (raza, tribu, nación) y de la raíz latina *cide* (matar)— en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, en donde realiza un estudio muy acucioso del problema.⁷

La primera vez que los crímenes de barbarie y exterminio serán calificados como tales en un documento internacional, será en el Acta de Acusación del 8 de octubre de 1945 contra los principales criminales de guerra del Tercer Reich en el proceso de Nüremberg.

Estos crímenes serían considerados como “genocidio deliberado y metódico, es decir el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos terrenos ocupados, con el fin de aniquilar determinadas razas y partes de naciones y pueblos, grupos raciales y religiosos”.⁸

Charles Dubost, en la “requisitoria” por parte del gobierno francés, sostenía ante el Tribunal de Nüremberg, en julio de 1946, que la médula del proceso se centraba en el exterminio metódico y científico de millones de seres humanos inocentes, exterminio concebido, querido y realizado por el Estado nacional-socialista, y hecho posible gracias a la pasividad moral del pueblo germano.

Nuestro único objetivo, decía Ch. Dubost, es el de recordar que los principales hechos por los que se enjuicia a los acusados, pueden ser analizados en forma separada como violaciones a las leyes penales de cualquiera de los derechos positivos internos de todos los países, o incluso del *droit común internacional*, propuesto aquí como raíz de la costumbre internacional.

7 Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944. El profesor R. Lemkin se inclina a favor del principio de jurisdicción universal para la represión del crimen de genocidio, pudiendo cometerse éste, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. *Ibidem*, pp. 92-93. Por supuesto que el vocablo puede ser nuevo, pero no así el fenómeno: “La cosa es vieja como la humanidad y no ha habido, hasta ahora, ninguna sociedad cuya estructura las haya preservado de cometer ese crimen”. Sartre, J. P., “El genocidio”, *Situations VIII*, Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47; y *Tribunal Russell II: le jugement final*, París, Gallimard, 1968, pp. 349-369.

8 Véase Descheemaker, Jacques, *Le Tribunal Militaire International des Grands Criminels de Guerre*, préface de Vespasien V. Pella, Paris, Editions A. Pédone, 1947, p. 122.

Los actos de los acusados forman parte integrante de un plan de política criminal y deben ser juzgados en función de esta política criminal.⁹

La sentencia final en el Juicio de Nüremberg, dada a conocer por el presidente del Tribunal Lord Justice Lawrence, en el curso de las audiencias del 30 de septiembre y del 1o. de octubre de 1946, en la parte relativa a la toma de posición del tribunal sobre ciertos principios de derecho, se establece que las reglas *nullum crimen sine lege, nulla poena, sine lege*, y el principio de no retroactividad de la ley, no han sido retenidos por el tribunal, el cual considera que los actos cometidos “étaient prévus par des textes connus des accusés qui les ont violés ‘en pleine connaissance de cause’” (*sic*).¹⁰

VI. ESTATUTO DE ROMA DE 1998

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, contempla en su artículo 6o. el crimen de genocidio en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá 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 integración 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.¹¹

⁹ Véase Dubost, Charles, “Requisitoire Français”, en *ibidem*, annexe IV, pp. 103-106.

¹⁰ Véase Descheemaker, Jacques, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

¹¹ Texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional en (A/CONF. 183/9) de 17-08-98, y versión corregida por las actas de 10 de noviembre de 1998 y de 12 de julio de 1999 en (PCNICC/1999/INF/83) de 17-08-1999. Los *Elementos de los crímenes* y las *Reglas de procedimiento y prueba* fueron adoptados en la 5a. sesión de la Comisión Preparatoria, el 30 de

Esta definición de “genocidio” de la CPI es la que se encuentra en forma idéntica, palabra por palabra, en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

De igual suerte, y también en forma idéntica, es retomada dicha definición en el Estatuto de 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 4o., así como en el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda de 1995 en su artículo 2o.¹²

Debe resaltarse además que la Convención contra el Genocidio de 1948, ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, desde el año de 1951, como un tratado que codifica el derecho consuetudinario.

La Corte Internacional de Justicia sostuvo que los principios que están en la base de la convención de 1948, eran principios reconocidos por todas las naciones, que obligaban a todos los Estados independientemente de todo vínculo convencional, poseyendo un carácter universal.

Los Estados contratantes, dijo la corte, en una convención de este tipo, no poseen intereses propios (“the contracting States do not have any interests of their own”) en cuanto tales, sino únicamente poseen todos y cada uno de ellos, un solo interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la *raison d'être* de la convención.

En consecuencia, no podría hablarse en estas circunstancias, de ventajas o desventajas individuales para los Estados, como tampoco de un exacto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.¹³

junio del 2000 (PCNICC/2000/INF/3/Add.1) y (PCNICC/2000/INF73/add.2). Los mismos deberán ser aprobados por la Asamblea de Estados Partes por una mayoría de dos tercios. Los *Elementos de los crímenes* ayudarán a la corte a interpretar y aplicar los artículos 6o., 7o. y 8o. del Estatuto, tal y como se consigna en el artículo 9o. del mismo. Los *Elementos...* no suponen una enmienda del Estatuto, ni complementan la definición de los crímenes consagrados en los artículos 6o., 7o. y 8o. “Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte, relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes”, Bassiouni, Ch., *International Review of Penal Law*, vol. 71, 2000, p. 13.

¹² Véase texto de ambos estatutos en Bazelaire, Jean Paul y Thierry, Cretin, *La Justice Pénale Internationale*, París, PUF, 2000, annexe 4, pp. 142-158; annexe 5, pp. 159-174.

¹³ Véase CIJ, “Reserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime

Por otro lado, es de sumo interés resaltar la opinión individual emitida por el eminente juez Elio Lauterpacht, a propósito del “Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio”, fallado por la Corte Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1993. En este caso, entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro), el profesor Lauterpacht sostiene, en relación con la Convención contra el Genocidio de 1948, que ésta crea dos obligaciones distintas que consisten en la “obligación de prevenir” y la “obligación de sancionar”. Luego una violación de sus obligaciones, puede derivar, ya sea únicamente del hecho de que el crimen no fue “prevenido” o ya sea del simple hecho que el mismo no fue castigado. No hay necesidad de que exista a la vez carencia de prevención y carencia de sanción. Los estados quedan investidos de una “competencia universal”.¹⁴

VII. GENOCIDIO FÍSICO Y GENOCIDIO BIOLÓGICO

En lo relativo a los actos materiales —o atentados concretos— que deben constituir genocidio, la CPI, al igual que la convención de 1948 y que los Estatutos de ex Yugoslavia y Ruanda, adopta un sistema de enumeración limitativa, con objeto de impedir interpretaciones extensivas.

Dentro de esta definición del crimen internacional, se han distinguido dos categorías o formas del mismo, consistentes respectivamente en el llamado “genocidio físico”, referido en los incisos (a), (b), (c), y el genocidio biológico, referido en los incisos (d) y (e) del referido artículo 6o.

La “matanza de miembros del grupo” (inciso (a)), como un medio por el cual se comete el delito de genocidio, parece excluir

de Génocide”, Avis Consultatif du 28 Mai 1951, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1951, pp. 14-69.

14 Véase Order, 13 de septiembre de 1993, ICJ, *Reports*, numeral 108-115, pp. 121-124.

—según algunos— la muerte de uno sólo de los integrantes del grupo, pues “asesinato” (*killling; meurtre*) no puede ser equivalente a “matanza”.¹⁵

Otra cosa es, cuando el asesinato, por ejemplo, de un palestino es parte de un plan tendente a destruir parcial o totalmente el grupo humano racial o religioso al que pertenece, pues aquí sí se tipificaría el genocidio.¹⁶

En cuanto a las lesiones físicas (artículo II, inciso B), se acordó no admitir mas que las *lesiones graves*, en el sentido de que no era pertinente incluir actos de importancia menor en sí mismos, y que no entrañaban la destrucción física del grupo. La lesión grave a la integridad física de los miembros de un grupo, comprende también la integridad mental, pero se quiso que quedara explícito para evitar todo tipo de ambigüedad, o de interpretaciones incorrectas.

Por lo que toca al “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de aparejar su destrucción física, total o parcial” (artículo II, c), constituye éste, como dice Blanc Altemir, un “corolario de los apartados precedentes, ya que puede exterminarse a un grupo no solamente mediante hornos crematorios, sino también transportándolos de un lugar a otro en condiciones infrahumanas, o exponiéndolos a temperaturas extremas o privándolas de los recursos indispensables para la supervivencia.”¹⁷

En cuanto a las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo (artículo II, incisos d y e), formas estas del llamado “genocidio biológico”, son medios indirectos, pero cuyo objetivo es la destrucción total o parcial del grupo como tal. En el fondo hay una cierta similitud entre los nacimientos por este-

15 En este sentido, véase Gregorini, Eduardo, *Genocidio: su prevención y represión*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1961, pp. 40-51.

16 *Ibidem*, pp. 26-28. En el mismo sentido: “the elements confirm that the killing of only one person could amount to genocide”. Colin y Goldrick, “Genocide”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, abril 2001, p. 422.

17 Véase Blanc Altemir, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Casa Bosch, 1999, pp. 178-184. *Elementos de los crímenes*, artículo 6o., c (4).

rilización o prácticas abortivas sistemáticas, y el traslado forzoso de los niños a otros lugares inmediatamente después de su nacimiento.¹⁸

VIII. INTENCIÓN Y MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN

Debe subrayarse que la posibilidad de que la intención criminal abarque la destrucción de todo el grupo o sólo una parte del mismo, debe ser interpretada en el “sentido de que basta que se limite a la destrucción de un subgrupo dentro de una raza, etnia, nacionalidad o religión”, como por ejemplo los musulmanes de Bosnia-Herzegovina. Es cierto que el “subgrupo” deberá tener una determinada entidad numérica, pero esta determinación precisa “de qué subgrupo se considera suficientemente amplio para que el ataque contra el mismo constituya genocidio”, es algo cuya solución última solamente puede estar a cargo de los jueces penales competentes en la materia.¹⁹

De igual suerte, no hay duda en la doctrina más seria, que el crimen de genocidio no se identifica con la idea de una *matanza colectiva*. “Lo protegido en la figura del genocidio es la existencia del grupo”, y la lesión de dicho bien consiste en el *exterminio* del mismo.

Solo esta concepción puede ser compatible con la exigencia de la convención y los Estatutos de los diversos tribunales, de una clara intención de destruir al grupo “como tal”.²⁰

Por último, mencionaremos brevemente que las modalidades de participación en el crimen de genocidio que se circunscriben al “complot”; la “incitación directa y pública”, la “complicidad” y por último la “tentativa”. Modalidad esta última, la tentativa, que

18 Véase *ibidem*, pp. 181-183. “La expresión ‘por la fuerza’ no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder...”, *Elementos de los crímenes*, artículo 6o., inciso e), párrafo 1o.

19 Véase Gil Gil, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Alzira, Valencia, UNED, Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 142.

20 Véase *ibidem*, p. 159; y Verhoeven, J., “Le crime de génocide, originalité et ambiguïté”, *Revue Belge de Droit International*, 1991, p. 5.

ciertamente presenta dificultades de interpretación al querer delimitar la línea de demarcación entre el acto de simple preparación (W. A. Schabas), que no se encuentra criminalizado, y una verdadera “tentativa”.

Con todo, el Estatuto de Roma precisa que el intento en cometer el crimen se produce “mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desiste de la Comisión del Crimen, o impide de otra forma que se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa, si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Artículo 25, párrafo 3o., inciso f”).

IX. CASO JEAN-PAUL AKAYESU Y CRIMEN DE GENOCIDIO. TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

En 1994, entre abril y mayo, Ruanda “país de África del Este e independiente desde 1962”, sufrió un genocidio terrible, cuyo número de muertos oscilaba entre medio y un millón, de acuerdo con los informes de Naciones Unidas.

El odio tribal y milenarista entre las etnias de los hutus y de los tutsis, alcanzó proporciones dantescas, en donde mujeres niños y ancianos, fueron masacrados y calcinados, encontrándose donde se encontraren, ya fuere en iglesias, hospitales o centros internacionales y de refugio.

Tomando como base diversos informes y testimonios, pero en particular el Informe de Expertos de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el Consejo de Seguridad adoptaría la resolución número 955 del 8 de noviembre de 1994, mediante la cual se conformaría el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en aplicación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

El Tribunal Internacional para Ruanda quedó habilitado para conocer y juzgar los casos de personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario, violaciones éstas que hubiesen sido cometidas dentro del territorio de

Ruanda, y de ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de tales violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos, entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994 (artículo primero del Estatuto).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda conformado por once jueces, y con sede en la ciudad de Arsha en Tanzania, circunscribía su competencia *rationae materiae*, al crimen de genocidio (artículo 2o.) —adoptando la definición del artículo II de la Convención contra el Genocidio de 1948—; a crímenes de lesa humanidad (artículo 3o.); y a las violaciones al artículo tercero común a las convenciones de Ginebra de 1949 y al protocolo adicional de las mismas, del 8 de junio de 1977.

Estas últimas se refieren, entre otras, al asesinato; tortura; mutilaciones; puniciones colectivas; toma de rehenes; actos de terrorismo; tratos humillantes y degradantes; violaciones; saqueo; ejecuciones sin juicio previo dictadas por tribunales, actuando al margen de las garantías del debido proceso legal (artículo 4o.).²¹

X. JUICIO J. P. AKAYESU

Jean-Paul Akayezu, alcaldes de la ciudad de Taba, de abril de 1993 a junio de 1994, fue encontrado culpable por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, el 2 de septiembre de 1998, por actos de violencia sexual, torturas, actos inhumanos y una serie de asesinatos, calificados como genocidio y crimen contra la humanidad. De igual forma se estableció su responsabilidad por in-

²¹ Hay que hacer notar que el Tribunal Penal de Ruanda posee primacía sobre las jurisdicciones nacionales de cualquier Estado, tal y como se consagra en el artículo 8o. de su Estatuto. Se inserta expresamente el principio *non bis in idem*, pero se aclara que en caso de que la jurisdicción nacional haya juzgado a una persona por violaciones graves al derecho internacional humanitario, como un crimen de derecho común, entonces el TPIR podrá ejercer su jurisdicción, al igual que si el tribunal de un Estado no ejerció su jurisdicción de manera imparcial o independiente (artículo 8o., párrafo primero y segundo del Estatuto). Para los datos, circunstancias del conflicto y operaciones de paz en Ruanda, véase *United Nations peace-keeping Information Notes Update: December 1994*, U. N. Sales No. E. 95 VII.I, pp. 213 y ss.

citación directa y pública para cometer el crimen de genocidio. El 2 de octubre del mismo año se le dictaba sentencia de cadena perpetua.²²

Para proceder a la calificación de los actos imputables a Jean-Paul Akayezu, la Sala de Primera Instancia del TPIR analizó el contexto más general en el cual dichos actos habían sido perpetrados, confirmando con esto, que el crimen de genocidio es un crimen de masas tanto frente al número de víctimas, como al de individuos participantes en su comisión.

Concretamente, para que cualquiera de los actos incriminados en el párrafo (2) del artículo 2o. del Estatuto, sea constitutivo de genocidio, debe de haber sido cometido en contra de uno o varios individuos (y únicamente) porque éste o esos individuos eran miembros de un grupo específico y por razón misma de su pertenencia a dicho grupo... La realización del acto incriminado rebasa entonces su simple realización material, por ejemplo asesinato de un individuo particular, para inscribirse en la realización de un plan ulterior, que es la destrucción parcial o total del grupo del cual el individuo no es mas que un simple componente.²³

XI. *DOLUS SPECIALIS*

El crimen de genocidio, según la Sala del TPIR se distingue de los otros crímenes por un “dolo especial”, entendido como “elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado” (párrafo 495).

Para precisar el criterio de intencionalidad, el tribunal se aboca a buscar definiciones “objetivas” de “grupos estables”, y así el *grupo religioso* quedará definido como un “grupo cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o práctica de culto”, en tanto que el *grupo étnico* “califica generalmente un grupo cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común”.²⁴

²² TPIR, Sala de Primera Instancia I: “Le Procureur c/Jean-Paul Akayezu”, *Affaire*, No. ICTR-96-4-T.

²³ *Ibidem*, No. ICTR 96-4-9, párrafos 518 y 519.

²⁴ *Ibidem*, párrafos 495; 512 y 510. En forma muy desafortunada, el tribunal se basa en

Entrando de lleno a la forma de poder demostrar la intención criminal —el *dolus specialis*—, el tribunal lo analiza de la manera siguiente:

Tratándose de la cuestión de saber cómo se puede determinar la intención específica del agente, la Sala considera que la intención es un factor de orden psicológico difícil, o incluso imposible, de poder aprehender. Esta es la razón por la cual, a falta de una confesión por parte del acusado, su intención puede ser deducida de un cierto número de hechos. Por ejemplo, la Sala estima que es posible deducir la intención genocida prevaleciente en la comisión de un acto particular incriminado, del conjunto de actos y proclamas del acusado, o también del contexto general en que se perpetraron otros actos del acusado, o incluso del contexto general de realización de otros actos reprensibles, sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, y ya sea que estos otros actos fuesen cometidos por la misma u otras personas o agentes. Otros factores, tales como la escala de las atrocidades cometidas, su carácter general en una región o en un país, o incluso el hecho de escoger de manera deliberada y sistemática a las víctimas, en razón de su pertenencia a un grupo en particular, al mismo tiempo que excluyendo los miembros de otros grupos, pueden igualmente permitir a la Sala el deducir una intención genocida.²⁵

Así pues, la sala del tribunal adoptaría un enfoque dual para tratar de establecer la intención genocida dentro de la política llevada a cabo en Ruanda, así como para demostrar la intención individual y genocida de Jean-Paul Akayesu.

El número tan elevado de las atrocidades cometidas en contra del grupo de los tutsis, su carácter generalizado en el territorio de Ruanda, y el hecho de que las víctimas hayan sido sistemática y deliberadamente seleccionadas en razón de su pertenencia única al grupo en cuestión, permiten igualmente a la Sala del Tribunal

el *Caso Nottebohm* fallado por la Corte Internacional de Justicia en 1955 para definir el “grupo nacional”. El criterio de efectividad no parece tener aquí aplicación alguna, pero además, es cierto que hay confusión entre el concepto de nacionalidad y el concepto de ciudadanía. *Ibidem*, párrafo 509.

²⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 520.

Penal, deducir más allá de toda duda razonable, la intención genocida del acusado.²⁶

XII. CASO AUGUSTO PINOCHET Y CRIMEN DE GENOCIDIO

Para efectos de extradición, el genocidio, o su asociación, instigación, tentativa o complicidad, no serán considerados como delitos políticos, y las partes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (artículo VII).²⁷

De conformidad con la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 (y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970), se consagra textualmente en el artículo 1o., inciso b), al delito de genocidio definido en la convención de 1948, como “crimen imprescriptible”, al igual que los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (resolución 3074 (XXVIII) de 1973).²⁸

Ahora bien, en el Caso Augusto Pinochet y entre los motivos del recurso interpuesto a fines de octubre de 1998 por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantenía la competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario se rechazaba que los hechos, objeto del sumario, constituyeran “delito de genocidio”.

²⁶ *Ibidem*, párrafos 723 y 726. Para un autorizado análisis crítico de este caso, consúltese Ascencio, Hervé y Maison, Rafaëlle, “L’Activité des Tribunaux Pénaux Internationaux (1998)”, *Annuaire Français de Droit International*, CNRS, Editions Paris, t. XLIV, 1998, pp. 370-411. Lo anterior refuerza la concepción más autorizada, en el sentido de que la intención requerida en el delito de genocidio no tiene por qué extenderse al grupo en su totalidad. El genocidio se tipifica desde el momento en que “un sujeto ha realizado cualquiera de las acciones individuales descritas en la figura, contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir”. Gil Gil, Alicia, *op. cit.*, nota 19, p. 169. En el mismo sentido, Ronzitti, “Genocidio”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, t. XVIII, 1969, p. 576.

²⁷ CONV. 9-X-1948.

²⁸ Esta convención de 26 de noviembre de 1968 fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante resolución 2, 391 (XXII). Véase texto de la convención en *op. cit.*, nota 6, pp. 147-151.

Esta impugnación se basaba en el hecho de que la represión en Chile, durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973, no se había efectuado, según esto, contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, tal y como se establece en la Convención de Naciones Unidas de 1948.

XIII. ¿REINTERPRETACIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO?

Ante esto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, argumentó que en los hechos imputados en el sumario estaba presente, de modo ineludible, la idea del exterminio de grupos de la población chilena.

Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión, como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud de grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes... No fue una actuación al azar.²⁹

Más adelante en este mismo auto, se afirma que los anteriores hecho relatados constituyen “delito de genocidio”, advirtiendo que si bien en la convención de 1948 no se contiene el término “político” o las voces “u otros”, este silencio no equivale a “exclusión indefectible”.

Y en forma explícita razona sobre este punto como sigue:

²⁹ Véase *Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98*, Juzgado Central de Instrucción número seis, Madrid, 5 de noviembre de 1998, pp. 8 y 9.

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 e integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio... impediría la calificación de genocidio de acciones 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... Esta concepción social de genocidio... no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal, 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 (*sic*), no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos de diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros... y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio... En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabrían en el proyecto de reorganización nacional, a quienes practicaban la persecución, estimaban que no cabrían... Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integran un grupo diferenciado en la Nación, que se pretendió exterminar.³⁰

Así pues, con fecha 5 de noviembre de 1998, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó desestimar el recurso y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

³⁰ Véase *ibidem*, pp. 9 y 10. En cuanto al artículo 23 (4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tipifica o penaliza ninguna acción u omisión; se limita a proclamar la jurisdicción de España. “El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito... cuando su ocurrencia; que la pena que puede ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”. *Idem*.

La jurisdicción española se deriva, de conformidad con el auto mencionado, del *principio de persecución universal* de determinados delitos internacionales, acogidos por su propia legislación interna, poseyendo además un *interés legítimo* en el ejercicio de dicha jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en autos.

En cuanto al punto del artículo 6o. de la convención de 1948, motivo entre otros del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el sentido que debía inhibirse la jurisdicción española para conocer del delito de genocidio, por no haberse cometido el mismo en territorio nacional, fue un punto igualmente desestimado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno... es que el artículo 6o. del convenio... impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un *Estado* debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.³¹

Nosotros podríamos estar también de acuerdo, en que la definición de “delito de genocidio” debería ser revisada y actualizada, pero el problema específico es que hasta el día de hoy la definición dada por la Convención contra el Genocidio de 1948, no ha sufrido modificación alguna y en derecho no podemos introducir nuestro *desideratum* sin más, y dar por sentada otra normatividad que la actualmente aceptada por la comunidad internacional.

Lo que tipifica al delito como “crimen de genocidio” es la “intención”, que ya veíamos, de destruir un grupo, en forma total o parcial, pero no cualquier grupo sino, de acuerdo con la convención de 1948, solamente a un tipo de grupo: *nacional, étnico, racial o religioso*.

Sostener que la intención de los redactores de la convención era no limitativa es simplemente una falacia, pues basta acercarse

31 *Idem*.

a los trabajos preparatorios —que es éste uno de los elementos de interpretación de los tratados— para darnos cuenta de que las escasas propuestas para incluir en la convención, la mención de otros grupos, en particular “grupos políticos” o “grupos económicos”, no fueron recogidas por la Sexta Comisión, la cual se basó en que dichos grupos no eran grupos permanentes, y que su eventual inclusión en una convención ya de por sí compleja, tendría el efecto de inhibir a varios *Estados* de llegar a ser partes de la misma.³²

De igual manera, la convención no recogió el delito de “genocidio cultural”, el llamado “etnocidio”, pues se adujo que no había precisión jurídica en el concepto referido, y que por lo demás habría que convenir en la evidente y gran diferencia entre una “exterminación masiva” y la privación a un grupo de sus supuestos derechos culturales.³³

XIV. LA CIJ Y SU OPINIÓN CONSULTIVA DE 1951

Por otro lado, habría que recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951*, precisó que si bien era cierto que la Convención contra el Genocidio había sido finalmente aprobada por unanimidad, también era cierto que la misma fue el resultado de una serie de votos adoptados por mayoría.

Los principios que sustenta la convención son reconocidos por las naciones y pueblos soberanos, como principios que obligan a los *Estados*, independientemente de todo vínculo convencional. De la misma suerte, dijo la corte, esta convención pretende un alcance

³² Véase Lemkin, Raphael, “Genocide as a crime in International Law”, *American Journal of International Law*, Washington D. C., vol. 41, 1947, pp. 145 y ss. Además no debe olvidarse que una matanza masiva contra “grupos políticos” actualmente se tipifica como un *crimen de lesa humanidad*. Véase artículo 7o. del Estatuto de la CPI.

³³ Véase *idem*. Tampoco prosperaron, en aquél entonces, los pocos intentos por introducir dentro de la definición de genocidio, el delito contra el medio ambiente, *i. e.* “el ecocidio” como destrucción ambiental.

universal, condenando al genocidio como un “flagelo odioso” del cual debe librarse la humanidad.³⁴

Más adelante, la corte en esta sentencia de 1951 añade:

La convención fue manifiestamente adoptada con una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Difícilmente se puede concebir una convención que en mayor grado posea ese doble carácter, ya que apunta, por un lado, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otro lado, a confirmar y sancionar los principios de moral más elemental. En una convención de esta naturaleza, los *Estados contratantes no poseen intereses propios*; éstos poseen, todos y cada uno de ellos, un interés común, aquél de preservar los intereses superiores que son *la raison d'être* de la convención. De ello resulta que en convenciones de este tipo, no se podría hablar de ventajas o desventajas individuales de los *Estados*, ni tampoco de un exacto equilibrio contractual que deba mantenerse entre los derechos y los deberes.³⁵

Esta Opinión Consultiva, sin lugar a dudas, es actualmente concebida como declaratoria de derecho internacional consuetudinario. La prohibición del crimen de genocidio posee además carácter de norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, esto es, que tiene carácter de norma de *ius cogens*. En este mismo sentido, estaríamos frente a obligaciones *erga omnes*: cualquier *Estado* podría invocar la violación, y consecuentemente la responsabilidad y nulidad; existiría aquí una especie de *actio popularis*.³⁶

Probablemente podría pensarse en una reelaboración de la definición de genocidio como crimen internacional, tomando en cuenta la noción del artículo II de la convención de 9 de diciembre de 1948, y añadiéndole a ésta la destrucción total o parcial

34 Véase Corte Internacional de Justicia, “Reserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Genocide”, Avis Consultatif du 28 mai 1951, *Recueil des Arrêts*, 1951, pp. 22 y 23.

35 Véase Corte Internacional de Justicia, *op. cit.*, nota anterior, p. 23, párrafo 2o. (énfasis añadido).

36 Véase Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 180-201. “*Erga omnes* rights are not necessarily identical with *jus cogens* rights, however, despite a degree of overlap, the alter set of rights is narrower than the former... *Erga omnes* obligations concern significant and gross violations, rather than individual or sporadic breaches”, *id.*, *Human...*, *cit.*, en esta misma nota, p. 194.

de un grupo determinado, a partir de cualquier otro criterio arbitrario, como el ideológico o el de “costumbre”, y en ejecución de un plan previamente concertado. Véase en un sentido semejante la definición de “genocidio” en el nuevo Código Penal de Francia de 1992 (artículos 211-1). Por su parte, el Código Penal español vigente reproduce en su artículo 607 la definición de la convención de 1948. No aparece ya el término “social” del antiguo artículo 137 bis; se sustituye por el término “racial”. En México, el Código Penal, en su artículo 149 bis, reproduce la definición de la Convención de 1948 contra el Genocidio imponiendo una sanción hasta de 40 años de prisión. En caso de que los responsables fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos, la pena será mayor de conformidad con la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios.

XV. VERDADERAS LIMITANTES DE LA CONVENCION DE LA ONU CONTRA EL GENOCIDIO

Para el profesor de Florencia, Antonio Cassese, las verdaderas limitantes graves a la Convención contra el Genocidio de 1948, no están en las lagunas referentes al exterminio de grupos políticos, ni del genocidio cultural, sino que se encuentran en el requisito de la existencia del “dolo”, y en la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía.³⁷

Los actos de genocidio deben ser *perpetrados con la intención* de aniquilar un grupo, como requisito esencial que debe exigirse siempre para que se tipifique el delito. Este elemento es el que ha ofrecido una cómoda escapatoria para los *Estados*, que niegan haber cometido actos de genocidio, sosteniendo precisamente que no existía el “elemento de intencionalidad”. Como ejemplo, por citar sólo algunos, Antonio Cassese recuerda las repetidas masacres de “armenios” de parte de Turquía; la acción de la armada de Pakistán en 1971, la cual masacró a los habitantes de Bangladesch actual, antes Pakistán oriental; entre 1975 y 1978, en Cambodia,

³⁷ Véase Cassese, Antonio, “La Communauté Internationale et le Génocide”, *Mélanges Michel Virally*, París, Pédone, 1991, pp. 183-195.

el ejército de *Khmer Rouge* de Pol-Pot exterminó alrededor de dos millones de personas, entre los cuales habían grupos étnicos o religiosos como los chams (minoría islámica) y los monjes budistas; en 1988, la armada de Irak ejecutó terribles actos de genocidio en contra de los kurdos; en una sola noche (del 16 al 17 de septiembre de 1982), tropas “falangistas cristianas” realizaron una matanza de aproximadamente 2,800 palestinos, en los campos de Sabra y Chatila (Líbano), gracias a la complicidad criminal de la armada israelita; los falangistas penetraron en los dos campamentos bajo la autorización del comando militar israelita. Esto último quedó plenamente corroborado por la Comisión Internacional de Investigación presidida por M. S. MacBride.³⁸

La otra limitante verdaderamente grave e imperdonable que ve A. Cassese en la convención de 1948, se refiere a la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía, es decir, de esos mismos mecanismos que deberían asegurar el respeto de las prohibiciones planteadas en la convención. Esto es la consecuencia de que la mayoría de los *Estados* que elaboraron la convención prefirieron privilegiar el momento de la “soberanía nacional”, en detrimento de la exigencia de castigar a los autores de crímenes atroces.

Por ello, concluye Antonio Cassese, y a pesar de los méritos de la convención de 1948, ésta permanece en numerosos aspectos como un “ejercicio diplomático” viciado por una profunda hipocresía.³⁹

Afirmar que las personas acusadas de genocidio deberán ser “juzgadas por un tribunal competente del *Estado* en cuyo territorio el acto fue cometido” (artículo VI); se trata claramente de un garantía puramente platónica, por la sencilla razón de que normalmente el genocidio es perpetrado por las autoridades en el poder, directamente o con su asentimiento, y esos funcionarios logran —como dice Cassese— “neutralizar” fácilmente a los tribunales y en general a todo el aparato gubernamental.

³⁸ Véase *ibidem*, pp. 184-187, e *id.*, *Violence et Droit dans un Monde Divisé*, París, PUF, 1990, pp. 117-132.

³⁹ Véase Cassese, A., “La Communauté Internationale...”, *cit.*, nota 37, pp. 184-193.

XVI. EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL PROYECTO
DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ
Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

La Comisión de Derecho Internacional en su 34o. periodo de sesiones, en 1982, nombró al señor Doudou Thiam como relator especial para el tema relativo a la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales.

En su 48o. periodo de sesiones en 1996, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el texto del Proyecto de Código antes mencionado, y en su artículo 17, al tipificar el “crimen de genocidio”, reproduce la misma disposición contenida en el artículo II de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, por ser ésta... ampliamente aceptada y reconocida generalmente como la definición autorizada de ese crimen... Esta definición consta de dos elementos importantes: el requisito de la intención (*mens rea*) y el acto prohibido (*actus rea*)... El acto prohibido debe cometerse contra una persona por razón de su pertenencia a un grupo determinado... Es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona, el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio... La intención debe ser la de destruir al grupo “como tal”, lo que significa como entidad separada y distinta... El crimen de genocidio, por su propia naturaleza, requiere la intención de destruir al menos una parte considerable de un grupo determinado.

Como puede verse, la Comisión de Derecho Internacional, órgano codificador por excelencia del derecho internacional dentro del Sistema de Naciones Unidas, lejos de ampliar o enmendar la noción de genocidio previsto en la convención de 1948, recoge la propia definición del artículo II en forma textual, sin añadir ni quitar un ápice a la misma. En forma idéntica, como ya vimos, se reproduce la disposición de la convención en los *Estatutos* de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.⁴⁰

40 Véase “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 48o. periodo de sesiones*, Asamblea General,

La comisión misma reconoce que se decidió utilizar los términos del artículo II de la convención, para que no hubiera duda de que la lista de actos prohibidos por el artículo 17 del proyecto era una lista de carácter exhaustivo, y que de ninguna manera pudiera interpretarse como meramente enunciativa.

De esta suerte, no se incluyen tampoco aquí, en la definición de genocidio, a los “grupos políticos”, pues de igual manera no se consideró a este tipo de grupos como “suficientemente estable” respecto del crimen de genocidio.

Sin embargo, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político podría constituir un crimen contra la humanidad en el sentido del artículo 18 de este mismo proyecto:

Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato,
- b) Exterminio,
- c) Tortura,
- d) Sujeción o esclavitud,
- e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos”.

De acuerdo con esto:

El acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de Naciones Unidas (artículos 1o. y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2o.). La presente disposición se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17.⁴¹

Documentos Oficiales, 51o. período de sesiones, suplemento número 10 (A/51/10) ONU, Nueva York, 1996, pp. 94-96. Por otro lado, véase el excelente estudio de la profesora de Essex: Hampson, Françoise J., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Reluctant Witness”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, enero de 1998, pp. 50-74.

41 Véase *Informe de la Comisión de Derecho...*, *cit.*, nota anterior, pp. 100-106; y “Symposium.

XVII. JACK STRAW Y EL CRIMEN DE GENOCIDIO

En el Caso Pinochet, el ministro del Interior consideró, que de acuerdo con el Convenio Europeo de Extradición (parte III de la Ley de Extradición de 1989) existían bases suficientes para autorizar el inicio del procedimiento de extradición, ya que Pinochet era acusado en España por delitos equivalentes a los que en el Reino Unido son los de intento de asesinato, conspiración para asesinar, torturar, conspiración para torturar, secuestro de rehenes y conspiración para secuestro de rehenes.

En lo relativo al supuesto “*delito de genocidio*”, la resolución del ministro Straw hacía observar que la petición española no reunía los requisitos de la definición. Sostenía además que de acuerdo con la Ley Británica (*Genocide Act*), el delito de genocidio solamente se tipificaba si era cometido en el territorio del Reino Unido, no pudiendo por lo tanto, en esta hipótesis, ser perseguido bajo el concepto de extraterritorialidad.⁴²

En realidad, la resolución del ministro Jack Straw era, por decirlo de alguna manera, la primera eliminatoria del torneo. Straw únicamente se limitó a dar la autorización con el fin de que se examinara el fondo del caso de extradición.

Lo que ahora procedía, de acuerdo con el derecho inglés, era la consideración por parte de un tribunal de decidir, en el sentido

War Crimes: Bosnia and Beyond”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, 1994, *passim*.

⁴² Véase Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Londres, Herper Collins Academic, 1991 (en especial capítulo 8 “Jurisdiction”, pp. 104-110). De conformidad con el derecho inglés, la extradición requiere necesariamente una autorización previa que debe emanar del Parlamento (*Act of Parliament*), pues de lo contrario se estaría cometiendo un delito grave (*serious offence*), de acuerdo con la “Ley de Enmienda del *Habeas Hábeas*” de 1679. La ley más importante a este respecto es la “*Extradition Act*” de 1870, que faculta a la Corona para adoptar “Órdenes en Consejo”, para dar efecto a los tratados de extradición. *Ibidem*, p. 109. Jack Straw (*Home Secretary*) sostuvo: “The Secretary of State has also proceeded on the basis that Senator Pinochet does not enjoy any immunity in relation to the offences in question... Nor does it appear to him that Senator Pinochet is entitled to diplomatic immunity or protection as the head of a special misión”, United Kingdom Home Secretary; response of the Majesty’s Government Regarding the Spanish Extradition Request, 9 de diciembre de 1998, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 489-492.

de si la petición española sería jurídicamente correcta, y si existía materia delictiva que pudiera ser objeto de extradición.

En todo caso, lo que nunca aceptó Gran Bretaña fue la concepción “social” del crimen de genocidio esgrimida por España, por ser una interpretación extensiva del tipo, y que no era avalada por el derecho internacional positivo.

XVIII. CONCLUSIONES

1. Debemos estar de acuerdo en que la jurisdicción penal internacional debe de ser aplicable, en todas y cada una de aquellas hipótesis en donde las jurisdicciones internas o nacionales no han podido ser ejercidas, por motivos de hecho o de derecho.

2. Al especificar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en vigor, desde el 12-I-1957), que los responsables de genocidio deberían ser juzgados por los tribunales competentes del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, los redactores de la convención excluían, por lo mismo, la posibilidad de que un Estado pudiera intervenir judicialmente basándose sobre la “competencia personal”, por una parte, y sobre la “competencia universal”, por la otra parte.

3. Los debates sobre esta cuestión en el seno de la Conferencia de Roma de 1998, y a pesar del precedente *Eichmann*, demostraron que el “principio de jurisdicción universal”, según el cual la competencia penal de una jurisdicción nacional se extiende, en principio, a hechos delictivos cometidos fuera de la competencia interna y con independencia de la nacionalidad de la persona, no había adquirido todavía carta de naturalización en tanto que norma consuetudinaria de derecho internacional general.

4. El crimen de genocidio se distingue de los otros crímenes por un “dolo especial”, entendido como lo dijo el TPIR, como elemento constitutivo del crimen que exige que el que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado.

Este *dolus specialis* reside así en la intención específica de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

5. Sin lugar a dudas, un solo asesinato puede llegar a ser constitutivo de “crimen de genocidio”, pero única y exclusivamente si se prueba que existía la intención específica de querer destruir “el grupo”, ya sea parcial o totalmente. Ahora bien, esta deducción se revela harto difícil, si no se acompaña el hecho mismo de otra serie de circunstancias o “indicadores” que posibiliten precisamente la operación lógica susodicha.

6. En el importante Caso de Jean-Paul Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda, no tuvo duda en reconocer que era tal la gravedad del crimen de genocidio que la “incitación directa y pública” a cometerlo debía ser penalizada como una infracción formal en tanto tal, incluso en los casos en que la incitación no hubiera alcanzado el resultado que se buscaba.

7. A pesar de una fuerte corriente doctrinaria, el concepto de crimen de genocidio sigue siendo el mismo que consagró la Convención de Naciones Unidas de 1948 en su artículo II, ya que el derecho internacional positivo así lo establece, ya sea en los Estatutos de los Tribunales Internacionales de la ex Yugoslavia (1993) o de Ruanda (1994), —y en su jurisprudencia— o en la más reciente e importante codificación del mismo, que no es otro, sino el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998.