

INTRODUCCIÓN

El genocidio es el “crimen de los crímenes”¹. Podría considerarse como el delito más serio de todos los delitos de lesa humanidad², o el crimen último, la violación más grave de los derechos del hombre que es posible cometer³.

No es casualidad que el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que establece los crímenes de la competencia de la Corte, considere en su enumeración al genocidio como el primero de una serie de crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁴.

El delito de genocidio, en su carácter o dimensión internacional, se remonta a la historia, pues la esencia o naturaleza de los actos que lo definen han sido generalmente reprobados en el ámbito internacional⁵.

Muchos pueblos y culturas han sufrido actos propios del genocidio a lo largo de la historia, pero la humanidad en su conjunto ha reaccionado frente a los horrores concretos de la persecución y holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, una vez concluida la contienda.

¹ PROSECUTOR V. KAMBANDA, causa núm. ICTR 97-23-S, Sala 4 de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, septiembre de 1998, pág. 16.

² INTERNATIONAL Centre for Criminal Law Reform and Justice Policy; Rights and Democracy. Manual para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma. Vancouver, mayo 2000.

³ Informe M. B. Whitaker. Estudio sobre la cuestión de la prevención y la represión del delito de genocidio. Resolución 1983/83 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 27 de mayo de 1983.

⁴ ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Se consideran además, en la misma norma, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Artículo 5º letra a).

⁵ ALVAREZ Roldán, Luis B. El Genocidio como Delito Internacional. [en línea] Fundación Centro de Información y documentación <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-1.pdf>> [consulta: 22 agosto 2006]

Es opinión de varios autores que el vocablo “genocidio” 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 la haya preservado de cometer ese crimen"⁶, afirmaba Jean-Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell.

A pesar de la antigüedad del fenómeno, posiblemente la serie de genocidios perpetrados durante el siglo XX sean más graves aún que los cometidos en épocas anteriores, en razón de su especial grado de crueldad, pero sobre todo, en razón de su planificación sistemática.

En tanto 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 internacional⁷.

Esta obra se propone sistematizar el tratamiento del delito de genocidio desde su perspectiva internacional, con énfasis en el origen del término “genocidio” como asimismo de la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio de 1948, considerada hoy una norma de *ius cogens* dada su relativa aceptación y reconocimiento en el derecho internacional.

Asimismo, intentamos dar un tratamiento dogmático al tipo de genocidio, desde una perspectiva más propia quizás del derecho penal, relacionándolo con algunas de las categorías y conceptos jurídico-penales más relevantes. Revisaremos los aspectos del delito de genocidio a la luz de la ciencia penal aplicada a esta figura en particular, y en especial, algunas de las consideraciones más problemáticas en cuanto a interpretación se refiere.

⁶ SARTRE, Jean-Paul., "El genocidio", Situations VIII, Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47; y Tribunal Russell II: le jugement final, París, Gallimard, 1968, pp. 349-369.

⁷ GÓMEZ-ROBLEDO Verduzco, Alonso. El Crimen de Genocidio en Derecho Internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXV, Número 105 Septiembre-Diciembre 2002.

Finalmente, al tratar acerca de la jurisdicción y genocidio, nos proponemos resaltar algunas decisiones jurisprudenciales que resultan interesantes a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional con relación a este delito en particular.

En suma, esta obra pretende contribuir a un acercamiento más integral a este delito, congregando instituciones de derecho internacional con algunos conceptos y categorías propios del derecho penal, de forma tal de permitir una comprensión más completa, aunque insuficiente por cierto, de las dimensiones del crimen de genocidio.

I. CONCEPTO DE GENOCIDIO

1. La evolución del concepto de genocidio en el derecho internacional.

1.1. El concepto de genocidio.

En conformidad a la naturaleza internacional del crimen de genocidio, entendemos por delito o crimen internacional, toda “conducta que, infringiendo una norma internacional, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional”⁸. En este sentido, “es una ofensa grave contra las leyes de las naciones, por la cual el perpetrador individual merece ser castigado”⁹.

Se ha definido genocidio como “una denegación del derecho de existencia de grupos humanos enteros”¹⁰, o “acto dirigido contra un grupo humano con la intención de destruirlo o de impedir su preservación o desarrollo”¹¹.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por genocidio, el “exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de religión o de política”¹².

⁸ SERRANO, Mariol. El Genocidio sobre la base de Nüremberg. [en línea] Valoración crítica del tipo actual. Centro de Derechos Humanos de Nüremberg. <<http://www.menschenrechte.org/beitraege/straflosigkeit/beit006st.htm>> [consulta: 22 agosto 2006]

⁹ BUERGENTHAL, Thomas. Derechos Humanos Internacionales, pág. 79. Citado por GAMBOA Serazzi, Fernando. Fernández Undurraga, Macarena. Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2005.

¹⁰ RESOLUCION 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946.

¹¹ ROBINSON. Ob cit. pág. 55.

¹² DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992, pág. 1034. Esta definición incluye la noción de motivación política, aspecto sobre el cual volveremos más adelante en esta obra.

Un concepto más elaborado sostiene que genocidio consiste en un “conjunto de actos consistentes en la privación de cualquiera de los derechos elementales de la persona humana, realizado con el propósito de destruir total o parcialmente una población, en razón a sus vínculos raciales, nacionales o religiosos, o bien realizar actos lesivos de los derechos individuales definidores de la existencia de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, con el propósito de destruirlo total o parcialmente”¹³.

Erróneamente, se ha sostenido que el genocidio es un “crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros”¹⁴. Errónea es la noción pues veremos más adelante que no es necesaria la destrucción del grupo; de hecho ni siquiera se exige una sola muerte. Lo que caracteriza el genocidio es la intención de destruir al grupo, lo que se evidencia en una serie de actos u omisiones que estudiaremos en detalle más adelante.

Por tanto, proponemos como concepto de crimen de genocidio el **“conjunto de actos u omisiones que causen a los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la muerte, lesiones físicas o psíquicas de carácter grave, o los sometan a condiciones de existencia conducentes a su destrucción física, total o parcial, como asimismo que procuren impedir los nacimientos en el seno del grupo o que signifiquen el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, realizados con la intención específica de destruir, total o parcialmente dicho grupo como tal”**.

¹³ ALVAREZ. Ob. Cit.

¹⁴ AUDIENCIA Nacional de España. Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [en línea] Madrid, 4 y 5 de noviembre de 1998, considerando Quinto de ambos fallos referidos a la dictadura argentina y chilena respectivamente. <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html>><<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/aud.html>> [consulta: 22 agosto 2006]

1.2 La contribución de Raphaël Lemkin.

El origen de la noción jurídica de crimen de genocidio se atribuye al jurista polaco Raphaël Lemkin. En el año 1933, en el marco de la Conferencia Internacional por la Unificación del Derecho Penal Internacional llevada a cabo en Madrid, propuso (aún sin utilizar el concepto de genocidio) que la destrucción de una agrupación racial, religiosa o social fuera declarada un crimen de derecho internacional¹⁵. Posteriormente, en 1944, Lemkin introduciría el concepto de genocidio en su obra "Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada: Leyes de Ocupación, Análisis de gobierno, Propuestas de reparación"¹⁶. La primera definición de genocidio aparece en el prefacio de su libro, como "la práctica del exterminio de naciones y de grupos étnicos llevada a cabo por invasores". Este neologismo, según Lemkin, es un término derivado del vocablo griego "**genos**" (tribu, raza) y de la raíz latina "**cide**" (matar)¹⁷.

Lemkin, en su obra, más adelante, propone que el término genocidio sea empleado al describir "la destrucción de una nación o un grupo étnico". Además, advirtió, en el ámbito del derecho internacional, un reconocimiento creciente a la importancia de la preservación de los grupos nacionales¹⁸. Que no obstante la contribución de estas colectividades al enriquecimiento cultural e intelectual de la sociedad en general, a menudo carecen de la capacidad y de los recursos para su propia subsistencia y perpetuación en el tiempo. La prevención del genocidio es entonces un imperativo práctico y una obligación humanitaria. Estos desastres, debidos

¹⁵ LIPPMAN, Matthew. Genocide. En: Bassiouni, M. Cherif. International Criminal Law, second edition, volume I. Crimes. Transnational Publishers, New York, 1999, pág.591. Lemkin propuso la creación de dos delitos internacionales: el crimen de "barbarie", el que consistía en la exterminación de una agrupación racial, religiosa o social; y el crimen de vandalismo, que comprendía la destrucción de la identidad cultural y artística de dicho grupo. Stein, S. D. Genocide. E. Cashmore (ed.). Dictionary of Race and Ethnic Relations, Fourth Edition. London, Routledge, 1996.

¹⁶ Axis Rule in Occupied Europa: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress.

¹⁷ LEMKIN, Raphael. Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress, Washington, D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944, pág. 79. Lemkin, en una nota al pie de página, señala que el término genocidio y etnocidio son, en este sentido, equivalentes.

¹⁸ LIPPMAN. Ob. Cit., pág. 590.

generalmente a emigraciones a gran escala o a convulsiones internas, requerían entonces de una reacción de carácter internacional¹⁹.

El genocidio, de acuerdo con Lemkin, no implica necesariamente la inmediata destrucción o exterminación de un grupo. Este proceso generalmente supone más bien un plan coordinado de diversas acciones que tienden a sofocar lentamente a ese grupo. Estas acciones tienen como objetivo la destrucción de las características esenciales de la vida de estos grupos en sí, a través de la desintegración de sus instituciones políticas y sociales, cultura, idioma, sentimientos nacionales, religión, y de su propia subsistencia económica, además de la amenaza o destrucción a la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad, e incluso las vidas de los individuos que pertenecen a tales grupos²⁰. Usualmente el genocidio tiene dos fases: una es la destrucción de la identidad nacional, cultural y social del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad propia del opresor²¹.

Lemkin observó que, lamentablemente, la práctica del genocidio fue llevada a cabo en el marco de un sistema metódico, casi científico, el que significó “una de las demostraciones más completas y vistosas de violaciones al derecho internacional y al derecho humanitario”²².

En esa época, los actos de genocidio ya se encontraban sancionados, inorgánicamente, bajo las normas de las Convenciones de la Haya. Sin embargo, Lemkin afirmaba que la creación de una Convención coherente y comprensiva que sancionara el genocidio tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, alertaría enormemente la condena de la comunidad internacional a esta horrible atrocidad. Propuso que el Tratado prohibiera los actos cometidos en contra de la existencia económica, la salud, el honor y la integridad de los individuos en virtud de su pertenencia a un grupo nacional, racial o religioso. Lemkin defendió la imposición de sanciones penales tanto a los que ordenaban como a los que ejecutaban los actos de genocidio y también era partidario de eliminar la excusa del cumplimiento de una orden superior. Además, propuso la incorporación del texto de la Convención a los ordenamientos internos de los Estados que lo adoptaran. En cuanto a la competencia para su juzgamiento, propuso la posibilidad de establecer

¹⁹ LEMKIN. Ob. Cit., págs. 91 a 93.

²⁰ LEMKIN. Ob. Cit., pág. 91.

²¹ LEMKIN. Ob. Cit., pág. 91-93.

²² LEMKIN. Ob. Cit., pág. 94.

como Estado competente a aquel donde se hubiere cometido el acto, como también el de cualquier Estado que hubiese capturado al autor²³. Lemkin reconoció la problemática de llevar ante los tribunales de justicia a los responsables de genocidio. En consecuencia, tiempo después, propuso la creación de una Corte Internacional con jurisdicción sobre los Jefes de Estado, los mandos de organizaciones y actos extraterritoriales de genocidio²⁴.

Pero será en su obra “Le Crime de génocide” donde realmente haga una definición del mismo, al indicar que “el que, participando en una conspiración o conjura con vistas a la destrucción o debilitamiento de un grupo nacional, racial o religioso, comete un ataque contra la vida, la libertad o la propiedad de los miembros de tal grupo, es culpable de un crimen de genocidio”²⁵.

En suma, se sostiene que Lemkin concibió una definición amplia de genocidio, como un escudo para salvaguardar grupos nacionales, raciales y religiosos, cuya existencia biológica, cultural o política estuviese amenazada. La continuidad del género humano requería una tipificación del delito de genocidio a fin de resguardar las diversas dimensiones de la existencia colectiva. Esta noción amplia del concepto anticipó la definición de los crímenes contra la humanidad en el proceso de Nüremberg²⁶.

1.3. El origen del concepto de genocidio en el proceso de Nüremberg.

La Carta del Tribunal de Nuremberg, cuando incriminó las conductas que caían bajo su competencia, no incluyó entre ellas al genocidio. Sin embargo, la Fiscalía en la acusación ante el Tribunal utilizó este neologismo a la hora de imputar conductas criminales. Los cargos de las acusaciones fueron cuatro, aunque es concretamente en el Cargo IV (Crímenes contra la

²³ LIPPMAN. Ob. Cit., pág. 590.

²⁴ LEMKIN, Raphael. Genocide proposed changes in The United Nations, New York, 1946. Capítulos 2, 4, 5. Citado por LIPPMAN. Ob. Cit., pág. 591.

²⁵ SERRANO. Ob cit. De la misma opinión: Congreso Internacional del Movimiento Judicial Francés, París, 1946; Delegación de Holanda ante la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, Bruselas, 1947.

²⁶ LIPPMAN, Matthew. Ob Cit., pág. 591.

humanidad) donde se van a perfilar las características del genocidio como delito autónomo. Bajo la rúbrica “Crímenes contra la Humanidad” se incluyen distintos tipos de delitos que actualmente son independientes, como por ejemplo el genocidio.

La noción de crímenes contra la humanidad supone un tipo absolutamente inédito en relación a la época en la que fue establecido. Los actos concretos que en él se incluyen, atentatorios contra la vida e integridad de las personas, fueron siempre incluidos en las legislaciones penales locales. Fue su plasmación en el art. 6 c) de la Carta lo que lo proyectó de lo nacional a lo internacional. Estos métodos y crímenes constituyen violaciones de convenciones internacionales, de leyes penales internas y de los principios generales de conducta de las naciones "civilizadas"²⁷.

Como ya anunciamos, la variedad de conductas englobadas en este tipo es muy amplia: asesinatos, exterminios, esclavitud, deportación, otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o conexión con crímenes de jurisdicción de este Tribunal sea o no violación de la legislación interna donde se perpetrasen.

El artículo no es muy preciso, concreta el fin de la acción (“persecución por motivos políticos”) pero no establece una relación de las conductas a ejecutar para lograr ese fin (“en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal”).

Pero a pesar de esta imprecisión no podemos pensar que sea óbice para establecer una conexión con el delito de genocidio. La mayoría de las sentencias del Tribunal recayeron sobre personas directamente implicadas en el exterminio de los judíos. Si bien en 1945 esa destrucción fue calificada como delito contra la humanidad, en 1948 serviría de base para la creación de un tipo autónomo que aclararía la poca precisión y concretaría el campo de actuación de lo que en Nuremberg era un término amplísimo en el que tenían entrada diversos tipos de delitos.

²⁷ En el enjuiciamiento de este cargo se incluirían actos pertenecientes a los crímenes de guerra pero considerados como crímenes contra la humanidad. La acusación fue firmada por Robert H. Jackson por los EE.UU, F. De Menthon por Francia, H. Shawcross por Reino Unido y Rudenko por la Unión Soviética. Bassiouni. M., *International Criminal Law III, Enforcement* 1998, p 74.

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".

La redacción del art. 6 c) llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a tener en cuenta la doctrina de Lemkin, elaborando así, dos años más tarde, el concepto legal de genocidio sobre la base de la necesidad de establecer un tipo autónomo, que regulase con exactitud atrocidades tan devastadoras como las ejecutadas durante la II Guerra Mundial.

En 1946, en la misma sesión (la primera regular) de la Asamblea de las Naciones Unidas en la que se adoptó la resolución sobre genocidio, por unanimidad, se dictó también una resolución afirmando los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal Militar Internacional y la sentencia de este Tribunal, en que determinó que dicho fallo y los principios que había utilizado el Tribunal de Nuremberg en el juzgamiento de los jefes nazis eran derecho internacional, que las conductas que el Estatuto de Nuremberg había incriminado en este artículo 6 al que no referimos no eran nada más que declarativas y que eran conductas consideradas como criminales mucho antes que el Estatuto de Nuremberg tuviera existencia²⁸. Lo esencial de esto es que se ha considerado que los crímenes de derecho internacional cuando son tipificados, cuando son incriminados en una norma positiva, tienen efectos declarativos porque esas conductas ya eran consideradas criminales por el derecho de las naciones antes de que fueran consagradas en un texto escrito²⁹.

Los procesos realizados a partir de 1945 en el Tribunal Militar de Nuremberg, han dejado como principal legado el establecimiento de un Tribunal criminal internacional permanente. Pero también, implícitamente, los delitos enjuiciados en el mismo sirvieron de base para la concreción del tipo de genocidio en la Convención de 1948³⁰. En uno de los proyectos de Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, en el Preámbulo señala textualmente que “el

²⁸ RESOLUCION 95 (I) de La Asamblea General de Las Naciones Unidas.

²⁹ RELVA, Hugo. El Genocidio y los Crímenes de Lesa Humanidad. Coordinador para América Latina para la Corte Penal Internacional de Amnistía Internacional y Consultor de la International Coalition for the International Criminal Court. Presentación, Lima Perú, 1999.

³⁰ SERRANO. Ibid.

Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, en su fallo del 30 de septiembre – 1° de octubre de 1946, ha castigado bajo una diferente imputación legal a ciertas personas que han cometido actos similares a los que la presente Convención tiende a penar”.

2. El concepto de genocidio en las etapas preparatorias de la Convención.

2.1. Etapas Preliminares. Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

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 el 2 de noviembre de 1946³¹ al Secretario General en el sentido de que incluyera en la agenda de la Asamblea General un punto sobre la prevención y el castigo del genocidio.

La Asamblea General discutió la cuestión el 9 y el 12 de noviembre de 1946 y la giró a la Sexta Comisión, la cual, después de una discusión en el plenario de la Comisión y en su subcomisión N° 3, elevó a la Asamblea General el informe de su subcomisión y un proyecto de resolución sobre genocidio.

Finalmente, la Asamblea General aprobó el 11 de diciembre de 1946, por unanimidad y sin debate, el proyecto de resolución, que se convirtió en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General³².

La Resolución 96 (I) comprende una serie de elementos que pasamos a enumerar:

En el Preámbulo, declara que “el genocidio es la negación del derecho de existencia de los grupos humanos, del mismo modo que el homicidio es la negación del derecho a vivir de los

³¹ (A/Bur./50)

³² ROBINSON. Ob Cit., pág. 17.

seres humanos individuales; de tal negación del derecho de existencia se siguen grandes pérdidas para la humanidad por la privación de las contribuciones culturales y de otro orden representadas por esos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas”.

Agrega que ”muchos casos de tales crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos, entera o parcialmente, grupos raciales, religiosos, políticos³³ y de otro orden”.

Afirma que, conforme al derecho internacional, el genocidio es un crimen condenado por el mundo civilizado y por cuya comisión deben ser castigados tanto los principales como sus cómplices, ya sean individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas, y ya haya sido cometido el crimen por motivos religiosos, raciales, políticos³⁴ o de cualquier otro orden”.

La Asamblea General “invita a los Estados miembros a decretar las leyes necesarias para la prevención y el castigo de este crimen”, refiriéndose a su adopción por la ley interna de cada uno de los Estados miembros.

La Asamblea General “recomienda que se organice la cooperación internacional entre los Estados con el fin de facilitar la pronta prevención y castigo de los crímenes de genocidio...”

Este último aspecto se refiere a la acción internacional y a este fin la resolución “pide al Consejo Económico y Social que emprenda los estudios necesarios para elaborar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio, a fin de someterlo a la Asamblea General en su próximo período ordinario de sesiones”.

³³ Destacamos por ahora la inclusión en este instrumento del vocablo “políticos”, aspecto relativo al sujeto pasivo, objeto de protección de la tipificación de ese delito, cuya precisión ha significado una polémica sobre la cual volveremos más adelante.

³⁴ IBID.

2.2. El concepto de genocidio en el proyecto de Convención sobre Genocidio del Secretariado General.

El 12 de marzo de 1947 el Secretario General dirigió al Consejo Económico y Social una nota en la que sugería que se confiara a la Comisión de Derechos Humanos o a una Comisión Especial compuesta por varios miembros del Consejo, la tarea de estudiar y preparar un proyecto de Convención. Expresaba luego que podía solicitarse al Secretariado la preparación de un proyecto preliminar.

El Consejo Económico y Social se ocupó del problema durante su cuarta sesión de 15 de marzo de 1947 y decidió “referir el cumplimiento de la resolución de la Asamblea General sobre el crimen de Genocidio a la Comisión Plenaria de Asuntos Sociales”. Luego, la Comisión Social aprobó un proyecto de resolución que fue luego también aprobado por el Consejo Económico y Social³⁵.

En conformidad con las instrucciones del Consejo Económico y Social, el Secretario General solicitó a la División de Derechos Humanos del Secretariado la redacción de un proyecto de Convención para la prevención y el Castigo del Genocidio³⁶.

En el preámbulo del Proyecto de Convención preparado por el Secretariado, se expresa que el genocidio, “que es la destrucción intencional de un grupo de seres humanos, contraviene a la conciencia universal, inflige una pérdida irreparable a la humanidad al despojarla de las

³⁵ 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) y, de ser posible, con la Comisión de Derechos Humanos, para remitirlo luego a todos los Estados miembros, a los efectos de su comentario.

³⁶ El proyecto preliminar fue considerado con tres expertos invitados por el Secretario General – M. Donnedieu de Vabres (profesor de la Escuela de Derecho de París), el profesor Pella (presidente de la Asociación de Derecho Penal Internacional) y el mismo profesor Lemkin – así como con expertos del Secretariado. De esta manera el proyecto fue objeto de enmiendas y ampliaciones y se convirtió e el primer borrador de la Convención.

contribuciones culturales y de otra clase del grupo destruido, y está en violenta contradicción con el espíritu y los fines de las Naciones Unidas”.

En su artículo I (de las definiciones) considera como grupos protegidos a los “grupos raciales, nacionales, idiomáticos, religiosos o políticos de seres humanos”. A continuación, por genocidio entiende “un acto criminal dirigido contra cualquiera de los grupos de seres humanos antes mencionados, con el propósito de destruirlo en todo o en parte, o de impedir su preservación o desarrollo”.

Conforme al proyecto, los actos de genocidio eran divididos en tres grupos principales:

A) **Genocidio Físico:** Incluye conductas que causan la muerte de miembros de los grupos protegidos o que provocan daños en su salud o integridad física.

“Artículo I. II. Tales actos consisten en: 1. Causar la muerte de miembros de un grupo o dañar su salud o integridad física mediante:

- a) Masacres en grupo o ejecuciones individuales; o
- b) Sumisión a condiciones de vida que, por falta de vivienda adecuada, ropa, alimento, higiene y asistencia médica, o por exceso de trabajo o esfuerzos físicos, sean susceptibles de resultar en el debilitamiento o en la muerte de los individuos; o
- c) Mutilación y experimentos biológicos impuestos con otros fines que los curativos; o
- d) Privación de todos los medios de vida, mediante confiscación de la propiedad, saqueo, reducción de trabajo, negación de la vivienda y de víveres que sí están al alcance de los otros habitantes del territorio dado.

B) **Genocidio Biológico:** Incluye actos que tienden a evitar o restringir los nacimientos dentro del grupo.

“Artículo I. II. Tales actos consisten en: 2. Restricción de nacimientos mediante:

- a) Esterilización y/o aborto compulsivo; o
- b) Segregación de los sexos; u
- c) Obstáculos al matrimonio”.

C) **Genocidio Cultural:** Incluye conductas orientadas a la neutralización o destrucción de las características particulares que otorgan una singularidad al grupo y su cultura. El Proyecto establece al efecto:

“Artículo I. II. Tales actos consisten en: 3. Destrucción de las características específicas del grupo mediante:

- a) Traslado forzado de niños a otro grupo humano; o
- b) Exilio forzado y sistemático de individuos que representan la cultura de un grupo; o
- c) Prohibición del uso del idioma nacional aún en las 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 destino a usos extraños, destrucción o dispersión de documentos y objetos de valor histórico, artístico o religioso y de objetos utilizados para el culto.”

Además de la tipificación antes descrita, en el artículo II.I del proyecto de Convención, se establecían, como conductas punibles asimiladas en su texto al delito de genocidio, la “tentativa de cometer genocidio” y los siguientes actos preparatorios: “a) Estudios e investigaciones con el propósito de desarrollar la técnica del genocidio; b) El establecimiento de instalaciones, la fabricación, obtención, posesión o provisión de artículos o sustancias con el conocimiento de que están destinados a genocidio; y c) Emisión de instrucciones u órdenes y distribución de tareas con vistas a la comisión de genocidio”.

Adicionalmente, en el artículo II.II del proyecto de Convención, se consideraban como modalidades o conductas punibles, la “participación voluntaria en actos de genocidio de cualquier tipo; la instigación pública y directa a cualquier acto de genocidio, ya sea que la instigación tenga éxito o no; y la asociación para cometer actos de genocidio”. Por su parte, el artículo III castigaba “todas las formas de propaganda pública tendientes, por su carácter sistemático y maligno, a provocar genocidio, o tendientes a aparecer como un acto necesario, legítimo o excusable”.

El proyecto se proponía castigar a todas las personas responsables por actos de genocidio, con prescindencia de su condición de gobernantes, funcionarios públicos o personas privadas, no admitiendo defensas basadas en el cumplimiento de la ley o la excusa de las órdenes superiores. Las partes contratantes se obligaban a incorporar las disposiciones de la Convención a la legislación local y a castigar a los reos por sus propios tribunales. Debían entregar a todas las personas culpables de genocidio a un tribunal internacional para su juzgamiento, si no optaban por procesarlos ellos mismos o por acordar su extradición a una autoridad competente, o bien en aquellos casos en que el acusado había actuado como órgano del Estado o con el apoyo o la tolerancia del Estado. A fin de prevenir la comisión de actos de genocidio, el proyecto proponía, entre otras cosas, la disolución de organizaciones que hubieran participado en tales actos. Las partes contratantes podrían recabar la ayuda de los órganos de las Naciones Unidas a los fines de la represión o prevención de actos de genocidio potenciales. El proyecto contenía dos apéndices: un borrador de estatuto para una Corte Penal Internacional y los estatutos para un Tribunal Internacional para actos de genocidio³⁷.

2.3. Genocidio en el segundo proyecto de Convención preparado por la Comisión Ad Hoc.

El proyecto antes descrito fue sometido por el Secretario General, en primer término, a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación³⁸. El 4 de agosto de 1947, a su vez, la Comisión Social aprobó un proyecto de resolución que fue aceptado por el Consejo Económico y Social el 6 de agosto de 1947. En cumplimiento de esta resolución, el Secretario General transmitió nuevamente el proyecto de Convención a los Estados miembros con pedido de comentarios, y lo sometió a la Asamblea General conjuntamente con las observaciones recibidas oportunamente. La Asamblea General discutió la cuestión del genocidio durante su reunión del 23 de septiembre de 1947 y lo remitió a su Sexta Comisión.

³⁷ ROBINSON. Ob cit., pág. 19.

³⁸ El Presidente de la Comisión informó que no formularía observaciones pues el proyecto no había sido sometido a los miembros de las Naciones Unidas para su comentario, lo que sucedió finalmente el 7 de julio de 1947.

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.

En ejecución de lo anterior, se crearía una Comisión Ad Hoc 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 la que se prepararía el Proyecto de Convención para la Prevención y la Represión del Genocidio. En la preparación del proyecto, la Comisión Ad Hoc debía tomar en cuenta el borrador preparado por el Secretariado y los comentarios sobre el proyecto o los proyectos formulados por los miembros de las Naciones Unidas. La Comisión Ad Hoc produjo un proyecto de Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio consistente en un preámbulo y diecinueve artículos.

Interesante resulta anotar que en el Preámbulo señala textualmente que “el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, en su fallo del 30 de septiembre – 1° de octubre de 1946, ha castigado bajo una diferente imputación legal a ciertas personas que han cometido actos similares a los que la presente Convención tiende a penar”³⁹. Sobre el concepto de genocidio, en el artículo I, indica que “el genocidio es un delito de derecho internacional ya se lo cometa en tiempos de paz o en tiempos de guerra”. Este aspecto no estaba explícitamente determinado en el proyecto el Secretariado⁴⁰.

El artículo II resume las descripciones tanto de los grupos protegidos, como del genocidio físico y biológico del primer proyecto, de la siguiente manera: “En esta Convención genocidio significa cualquiera de los actos deliberados, cometidos 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. Matanza de miembros del grupo;

³⁹ Lo que permite confirmar la consideración de dicho fallo precisamente como una de las fuentes del concepto de genocidio, tal como afirmamos más arriba en el capítulo sobre el proceso de Nüremberg

⁴⁰ ROBINSON. Ob cit. , pág. 22.

2. Daño a la integridad física de los miembros del grupo;
3. Imposición a los miembros del grupo de medidas o condiciones de vida destinadas a causar su muerte;
4. Imposición de medidas dirigidas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”.

Por su parte, el artículo III recogía el genocidio cultural, en los siguientes términos: “En esta Convención, se entiende también por genocidio todo acto deliberado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso en razón del origen nacional o racial o de la creencia religiosa de sus miembros, tales como:

1. 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;
2. Destruir o impedir el uso de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares de culto u otras instituciones y objetos culturales del grupo”

El artículo IV enumera los actos punibles según el proyecto de Convención:

- a) “El genocidio, como está definido en los artículos II y III;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa en público o en privado a cometer genocidio, resulte o no exitosa tal instigación;
- d) La tentativa de cometer genocidio;
- e) La complicidad en cualquiera de los actos enumerados en este artículo”.

Finalmente, en el artículo V se establece que las conductas del artículo IV serán castigadas, ya sus autores sean Jefes de Estado, funcionarios públicos o individuos particulares.

La definición clara y precisa de este proyecto del genocidio como delito de derecho internacional significa una diferencia notable con relación al proyecto del Secretariado, que no lo definía explícitamente como tal. Las tres formas de genocidio – físico, biológico y cultural – eran reproducidas, pero disminuía la cantidad de actos que eran reputados genocidio (por ejemplo, excluía de entre los actos de genocidio la privación de los medios de vida). Debilitaba también un tanto el aspecto “biológico” del genocidio, sustituyendo por el término “impedir”

(los nacimientos) el anterior “restricción” (de nacimientos)⁴¹. El proyecto fue en definitiva aprobado, con el voto en contra del representante de la URSS⁴² y la abstención de Polonia⁴³.

2.4. La adopción del texto definitivo.

El proyecto de Convención preparado por la Comisión ad Hoc fue discutido en la 142° sesión plenaria de la Asamblea General, en la que se decidió remitirlo a la Sexta Comisión, la que comenzó su consideración en la 63° reunión celebrada el 30 de septiembre de 1948. Entre el 5 de octubre y el 9 de noviembre de 1948 el proyecto de la Comisión Ad Hoc fue examinado por la Sexta Comisión. Los textos de los artículos de la Convención y de dos resoluciones (relativas a la cuestión de la jurisdicción internacional y la aplicación de la Convención a territorios dependientes) fueron sometidos a una Comisión Redactora compuesta por 13 Estados⁴⁴. La Comisión Redactora elevó su informe a la Sexta Comisión. El informe y el texto revisado fueron considerados por la Sexta Comisión desde su 128° sesión hasta la 134° inclusive, proponiéndose enmiendas por parte de distintas delegaciones y aprobándose un texto definitivo por una votación de treinta contra cero y ocho abstenciones⁴⁵.

⁴¹ ROBINSON. Ob. Cit, pág. 23. En esta parte corregimos el error contenido en el texto, que en la traducción, confunde los términos que se modifican en uno y otro proyecto respectivamente.

⁴² El voto en contra de la URSS se basó en que, en su opinión, una cantidad de disposiciones que debilitarían el documento y porque no se incorporaba a él un cantidad de delitos peligrosos, entre ellos la propaganda dirigida a incitar el odio racial y otras formas de odio, la acción preparatoria para la ejecución del genocidio, la disolución de organizaciones que trataban de instigar el odio racial y otras formas de odio y a cometer genocidio. Censuró también la falta de una disposición que excluyera la “orden superior” como una defensa válida en actos de genocidio, y criticó la cláusula que establecía la jurisdicción internacional, en violación de la soberanía del Estado. Ver: ROBINSON. Ob Cit., pág. 23.

⁴³ La abstención de Polonia se basó en la supuesta imperfección del proyecto al ignorar los crímenes cometidos por los nazis y los fascistas, al dejar de incluir el principio de que las órdenes superiores no constituían defensa, al no disponer medidas para la disolución de organizaciones que cometieran genocidio, al incluir los grupos políticos entre aquellos que quedaban cubiertos por la Convención y al crear un tribunal internacional. Ver: ROBINSON. Ob Cit., pág. 24.

⁴⁴ Fue compuesta por representantes de Australia, Bélgica, Brasil, Checoslovaquia, China, Cuba, Egipto, Estados Unidos, Francia, Irán, Polonia, el Reino Unido y la URSS.

⁴⁵ De los seis Estados de Europa Oriental, el Reino Unido y la Unión Sudafricana. ROBINSON. Ob. Cit., pág. 26

El texto fue sometido a la reunión plenaria de la Asamblea General, junto con el informe de la Sexta Comisión y enmiendas propuestas por la URSS⁴⁶ y Venezuela⁴⁷, y fue discutido durante su 178° y 179° reuniones. El representante de Venezuela retiró sus enmiendas. Las de la URSS fueron rechazadas por mayorías diversas.

A pesar de las discrepancias acerca de la efectividad de la Convención y sus diferentes disposiciones, los oradores, sin excepción, se pronunciaron a favor de la aprobación de la misma. Consiguientemente, 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 unánimemente y sin abstenciones⁴⁸.

3. El delito de genocidio en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948⁴⁹.

El concepto de genocidio, en su expresión universalmente aceptada, emana del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, el que establece:

⁴⁶ Las propuestas de enmiendas de la URSS incluían modificar el preámbulo, reincorporar a la Convención disposiciones relativas al genocidio “cultural” y a la disolución y prohibición de organizaciones tendientes a la instigación al odio racial, religioso y nacional y a la provocación de actos de genocidio. Finalmente, propuso la aplicación obligatoria de la Convención a los territorios dependientes y la eliminación de la jurisdicción internacional – asuntos con respecto a los cuales la Sexta Comisión no había estado de acuerdo. ROBINSON. Ob. Cit., pág. 26.

⁴⁷ La enmienda venezolana pretendía que fueran declarados actos de genocidio la destrucción sistemática de edificios religiosos, escuelas y bibliotecas de un grupo. ROBINSON. Ob. Cit., pág. 26.

⁴⁸ Sin embargo, la Unión Sudafricana y El Salvador no participaron en la votación. Las dos resoluciones no contaron con la unanimidad. La relativa a la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional fue adoptada por 43 votos contra 6, con 3 abstenciones, y la segunda, referente a territorios dependientes por 50 votos contra 0, con una abstención. ROBINSON. Ob. Cit., pág. 26

⁴⁹ CONVENCION para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 y ratificada por Chile mediante Decreto Supremo N° 316 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de junio de 1953, publicado el 11 de diciembre de 1953.

“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.”⁵⁰

Esta definición de "genocidio" es la que se encuentra en forma idéntica, tanto en los artículos 4° y 2° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Rwanda, de 1993 y 1995, respectivamente, como finalmente en el artículo 6° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998⁵¹. Su incorporación, de hecho, como primer crimen contemplado en dicho Estatuto, no planeó controversia alguna, ni en lo referente a su inclusión en el Estatuto ni sobre la cuestión de su definición material⁵². Estas definiciones fueron adoptadas por los 120 Estados que participaron en la Conferencia de Roma. Por ende, representan los puntos de vista de la mayoría de los Estados, de conformidad con el estado actual del derecho penal internacional. Se basan en las disposiciones actuales de tratados y derecho consuetudinario internacional, y toman en cuenta la jurisprudencia del TPIY/R⁵³.

⁵⁰ CONVENCION. Artículo II.

⁵¹ ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Artículo 6: “*Genocidio: 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 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*”.

⁵² FIERRO Sedano, Elena. La Conferencia de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional: El proceso negociado y sus dificultades jurídicas. Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 53, pág. 233. La jurista Fierro Sedana fue asesora jurídica de la delegación de República Dominicana en la Conferencia de Roma. Cit. por ALVAREZ. Ob. Cit.

⁵³ INTERNATIONAL. Ob. Cit.

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 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 razón de ser 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 obligaciones⁵⁴.

Por otro lado, es de sumo interés resaltar la opinión individual emitida por el eminente juez Eliu 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"⁵⁵.

⁵⁴ Véase CIJ, "Reserves à la Convention pour la Prévention et la Represión du Crime de Génocide", Avis Consultatif du 28 Mai 1951, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1951, pp. 14-69.

⁵⁵ Véase Order, 13 de septiembre de 1993, ICJ, Reports, numeral 108-115, págs. 121-124. Cit. por GÓMEZ-ROBLEDO. Ibid.

4. La Corte Internacional de Justicia y su opinión consultiva de 1951.

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. A pesar de ello, 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 universal, condenando al genocidio como un "flagelo odioso" del cual debe librarse la humanidad.

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 razón de ser 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"⁵⁶.

5. El delito de genocidio como norma de ius cogens.

La Opinión Consultiva de 1951, respecto del genocidio, 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

⁵⁶ CORTE Internacional de Justicia. Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre Reserva a la Convención de Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio.

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*.

En Derecho Internacional existen ciertas normas generales imperativas de orden superior que los Estados no pueden dejar de cumplir, aun cuando algunos de ellos se pongan de acuerdo y suscriban un tratado al respecto que las viole. Estas normas imperativas (o sea, obligatorias *per se*) son aquellas reconocidas por la comunidad internacional que reflejan o traducen valores fundamentales para la Humanidad. No podrían por tanto ser violadas. Para modificar una norma de *ius cogens* sería necesario que naciera otra norma de igual valor. Los autores citan como ejemplo de norma de *ius cogens*, precisamente el genocidio⁵⁷. Como se ha dicho, el *ius cogens* se refiere al estatuto legal que alcanzan ciertos crímenes internacionales, y la obligación *erga omnes* se deriva de los efectos legales que tiene la caracterización de determinado crimen como sujeto al *ius cogens*. Existe suficiente fundamentación legal para llegar a la conclusión de que todos estos crímenes (incluidos la tortura, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad) forman parte del *ius cogens*⁵⁸.

Desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es pacíficamente aceptado por la doctrina y los Estados que una norma es de *ius cogens* por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional; no puede ser derogada; y ello obliga incluso a los Estados no partes en el tratado que le dio forma escrita⁵⁹.

La precedente opinión, generalizada e indiscutible entre los internacionalistas, como se dijo anteriormente, recibe el total refrendo en la opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 28 de mayo de 1951, en que considera el delito de genocidio una norma imperativa de *ius cogens* que, por tanto, debe ser aceptada pacíficamente por la comunidad internacional.

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

⁵⁷ GAMBOA. Ob. Cit. pág. 56.

⁵⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Crimes: Jus Cogens and obligatio Erga Omnes*. En: *Law & Contemp. Prob.*, 25, 1996, págs. 63 y 68.

⁵⁹ ALVAREZ. Ob. Cit.

los Estados independientemente de todo vínculo convencional, poseyendo un carácter universal⁶⁰.

⁶⁰ CORTE. Ob. Cit.

II. ESTRUCTURA DEL TIPO DE GENOCIDIO

1. Introducción.

La noción de delito, esto es, toda conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable será el punto de partida de nuestro análisis. Hemos dicho que delito o crimen según el derecho internacional “es una ofensa grave contra las leyes de las naciones, por la cual el perpetrador individual merece ser castigado”⁶¹, es toda “conducta que, infringiendo una norma internacional, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional”⁶².

En el contexto del estudio del delito de genocidio como crimen de derecho internacional, denominaremos, para los efectos del análisis de su estructura, concepto “**legal**” de genocidio a aquel consagrado en artículo 6° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, recogido de la Convención de 1948 y que se encuentra en forma idéntica, en los artículos 4° y 2° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Rwanda, de 1993 y 1995, respectivamente⁶³.

El genocidio presenta algunas características esenciales:

1. Es un delito o crimen de carácter internacional.

⁶¹ BUERGENTAL. Cit. por GAMBOA. Ob. Cit. pág. 383.

⁶² SERRANO. Ob. Cit.

⁶³ Dicha norma establece: “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 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”. Artículo 6° del ESTATUTO.

2. Que implica la mayor gravedad ya que viola textos internacionales que protegen a la persona humana⁶⁴;
3. Es cometido en tiempos de paz;
4. Es un delito común y, por tanto, extraditable;
5. Es un delito individual en cuanto a su comisión.
6. De competencia de un Tribunal Penal Internacional en forma complementaria a las jurisdicciones nacionales.

A pesar de la existencia de dicho concepto “**legal**” de genocidio contenido en los instrumentos de derecho internacional ya mencionados, es posible advertir que las interpretaciones de su sentido y alcance siguen siendo varias. A pesar de la existencia de un concepto legal unívoco de genocidio, este se ve alterado en la elaboración jurisprudencial y doctrinal.

Así, tal como hemos dicho, por genocidio entendemos el **“conjunto de actos u omisiones que causen a los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la muerte, lesiones físicas o psíquicas de carácter grave, o los sometan a condiciones de existencia conducentes a su destrucción física, total o parcial, como asimismo que procuren impedir los nacimientos en el seno del grupo o que signifiquen el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, realizados con la intención específica de destruir, total o parcialmente dicho grupo como tal”**.

Revisaremos los aspectos del delito de genocidio a la luz de la ciencia penal aplicada a esta figura en particular, y en especial, algunas de las consideraciones más problemáticas en cuanto a interpretación se refiere.

⁶⁴ MIAJA de la Muela. El Genocidio, delito internacional. Volumen IV N° 2, 1951, pág. 326. Citado por GAMBOA. Ob. Cit., pág. 383.

2. El genocidio con relación a los delitos contra la humanidad.

Un aspecto discutido en doctrina se refiere a la pertenencia o independencia del delito de genocidio a la categoría de los delitos de lesa humanidad. Sobre este aspecto se ha dicho que el genocidio constituye tan sólo una especie o una modalidad agravada del género de los crímenes de lesa humanidad⁶⁵.

En primer lugar, cabe señalar que en la actualidad no hay una definición aceptada pacíficamente en el derecho internacional de crímenes de lesa humanidad⁶⁶.

Sobre la base del Estatuto de 8 de Agosto de 1945 se elabora la teoría que dota a los crímenes contra la humanidad de la independencia de la que carecían, respecto de los crímenes de guerra, en momentos anteriores⁶⁷. Sin embargo, esta independencia no lleva a la depuración total del término “crimen contra la humanidad”⁶⁸. En 1945, en el marco del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg se tipifica este delito, pero en él se contienen conductas típicas de lo que hoy denominamos genocidio: muerte, exterminación, deportación y otros actos inhumanos, persecución de dicha población por motivos políticos, raciales o religiosos⁶⁹. Lo que en 1945, era desde el punto de vista actual, una mezcla de conductas genocidas y ataques contra la humanidad, se va a concretar ahora en acciones contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, salud, libertad), cometidas, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto⁷⁰.

⁶⁵ TERNON, Yves. El Estado criminal: Los genocidios en el siglo XX, Editorial Península, Barcelona, 1995, pág. 32.

⁶⁶ GAMBOA. Ob. Cit., pág. 384.

⁶⁷ Vid. IV Convención de la Habana de 1907 (establece el concepto de este delito pero no lo tipifica). V. GIL GIL A El genocidio y otros crímenes internacionales. Valencia 1999, pp. 107-108

⁶⁸ SERRANO. Ob. Cit.

⁶⁹ Art. 6 c) Carta del Tribunal Militar Internacional, anexa al acuerdo de Londres, 8 de Agosto de 1945.

⁷⁰ GIL GIL, A. El genocidio y otros crímenes internacionales. Valencia 199 p.123. Citado por SERRANO. Ob. Cit.

Además del Estatuto del Tribunal de Nüremberg y el de Tokio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica los crímenes de lesa humanidad en su artículo 7º, el que establece: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales 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 física⁷¹

⁷¹ La Norma, en seguida, detalla cada una de las conductas antes referidas con relación a los delitos de lesa humanidad: “2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá 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. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización,

Si consideráramos las figuras establecidas en las letras h) y k), es posible concluir que en ellas encontramos los delitos de lesa humanidad genéricos o si, se prefiere, la figura residual de delito de lesa humanidad, cuya especie, atendiendo a una especial consideración del dolo especial como asimismo de la identidad del grupo específico digno de protección, es precisamente, el delito de genocidio.

La específica consideración de dolo especial dice referencia con la exigencia de la intención en el agresor, en el caso del genocidio, de destruir, total o parcialmente, un grupo específico. En el delito de lesa humanidad se requiere tan sólo la existencia de cualquier motivo universalmente reconocido como inaceptable con arreglo al derecho internacional, no el propósito específico de destrucción del grupo, propio del delito de genocidio.

Recordemos que genocidio es cualquiera de una serie de actos cuya comisión tiene por objeto la destrucción total o parcial de ciertos grupos de personas. Es esta intención lo que distingue el genocidio de otros crímenes de lesa humanidad⁷².

Por otro lado, entre los grupos protegidos, el genocidio excluye de su enumeración a los grupos políticos, culturales, y los de género (masculino y femenino), todos objetos de expresa protección de los crímenes de lesa humanidad como delito internacional. Además es preciso mencionar que es una enumeración abierta, en el caso del delito de lesa humanidad, a cualquier grupo o colectividad con identidad propia.

Así, actualmente podría sostenerse la “independencia” de las figuras del “crimen de lesa humanidad” y “genocidio”. Por otro lado, se relacionan estas figuras sin embargo como delitos internacionales, o aún más, es posible vincularlos a partir de la consideración del genocidio

apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

⁷² AMNISTÍA Internacional. Corte Penal Internacional. Folleto 3. [en línea] Enjuiciamientos por el crimen de genocidio, 1 de agosto de 2000 <<http://web.amnesty.org/library/index/esIIOR400042000?Open&of=esl-393>> [consulta: 22 agosto 2006]

como una figura agravada y específica de delito de lesa humanidad, utilizando para distinguirlos los dos siguientes criterios:

1. Dolo especial.

- Crimen de Lesa Humanidad - Persecución 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.

- Genocidio - Intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

2. Grupos protegidos:

- Crimen de Lesa Humanidad - Cualquier grupo o colectividad con identidad propia.

- Genocidio - Grupo nacional, étnico, racial o religioso.

3. Bien Jurídico Protegido.

Se sostiene que el aspecto más interesante del genocidio desde el punto de vista normativo es que se trata de un tipo penal que no protege, como a veces se cree, el bien jurídico de la vida⁷³.

En palabras de la pensadora alemana Hannah Arendt, el genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad⁷⁴.

⁷³ Entendemos por bien jurídico ciertos intereses, estados de cosas y funciones institucionales, necesarios para el libre desarrollo de la personalidad y para el funcionamiento del sistema social. Son los intereses jurídicamente protegidos por el sistema jurídico: por ejemplo, la vida, la integridad física y psíquica, la propiedad, la seguridad nacional, etc. Asimismo, se define como una “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”. BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1989, pág. 55.

Se trataría de la existencia de un determinado grupo, nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Por tratarse de un bien jurídico internacional, la intervención del Derecho Internacional para su protección se produciría cuando lo previsto en las legislaciones nacionales fuese insuficiente. 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 destrucción de grupo "como tal"⁷⁵.

4. Tipicidad.

El tipo penal puede definirse como la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por una norma. En cambio, la tipicidad es la cualidad del hecho concreto en cuanto a subsumirse en la descripción legal. El estudio de la tipicidad implica un proceso de subsunción del complejo real (hechos) en la descripción abstracta y general del tipo legal⁷⁶.

La subsunción es precisamente la adecuación de la conducta (hecho de la realidad) con la descripción legal (la descripción abstracta hecha por el legislador).

En rigor, no son los delitos los que se adecuan típicamente, sino las conductas concretas realizadas por los particulares.

4.1. Elementos Típicos Comunes a las figuras de genocidio.

Es posible rescatar algunos elementos comunes a cada una de las figuras de genocidio en cuanto a su tipicidad, los que pasamos a analizar a continuación.

⁷⁴ VALENCIA. Ob. Cit., pág. 108.

⁷⁵ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

⁷⁶ BUSTOS. Ob. Cit. pág. 158.

4.1.1. Elementos subjetivos del tipo.

4.1.1.1. Comisión dolosa.

En cuanto a los elementos subjetivos (*mens rea*) del tipo de genocidio, en primer lugar debemos precisar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla la existencia de dolo en el autor como exigencia típica en cada uno de los crímenes de su competencia. Esto es, los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con intención y conocimiento⁷⁷.

Señala su artículo 30: “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 actúa con intención y conocimiento de los elementos 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. 3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido”⁷⁸.

En los Elementos del Crimen⁷⁹ se corrobora lo anterior, pues “como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por

⁷⁷ AMBOS, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En *El Estatuto de Roma*, Bogotá, 1999, pág. 119.

⁷⁸ ESTATUTO.

⁷⁹ Los elementos del crimen emanan de lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “*Los Elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*”. Se consigna a su vez en la Introducción de dichos elementos: “*De conformidad con el artículo 9, los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los elementos de los crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III*”. Introducción General, N°1 de los ELEMENTOS del Crimen. Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. [en línea] Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal

un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos”. Se indica además que “la existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso”⁸⁰.

Para la determinación de la intención se distingue si debe referirse al comportamiento inculpativo o a la consecuencia provocada. En el primer caso, la persona en cuestión debe querer el comportamiento. En el último caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos. De modo análogo, por saber o conocimiento se entenderá la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos⁸¹.

En segundo lugar, el crimen de genocidio, 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 inculpativo"⁸², y que comprende como tal, la existencia de la intención en el agresor de destruir total o parcialmente a un grupo específico, nacional, étnico, racial o religioso⁸³.

Para que se cumpla el tipo de genocidio, ha de concurrir simultáneamente el dolo y el momento anímico integrante del elemento subjetivo del injusto, esto es, que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal⁸⁴. Si faltase alguno de estos componentes no se apreciaría la existencia del injusto.

Internacional Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000 y 12 a 30 de junio de 2000 <http://www.un.org/law/icc/statute/elements/spanish/1_add2s.doc> [consulta: 22 agosto 2006]

⁸⁰ Introducción, N° 3. ELEMENTOS.

⁸¹ AMBOS. Ob. Cit., pág. 119.

⁸² TPIR, Sala de Primera Instancia I: "Le Procureur c/ Jean-Paul Akayezu", Affaire, No. ICTR-96-4-T, párrafo 495.

⁸³ TAZÓN, Santiago. Darfur: Actos genocidas que no constituyen genocidio. [en línea] Grupo de Estudios Estratégicos. España, 11 de Febrero de 2005. <<http://www.gees.org/articulo/1109/>> [consulta: 22 agosto 2006]

⁸⁴ ELEMENTOS.

El fin no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo. Así, el genocidio no está caracterizado necesariamente por la intención de destruir a un grupo entero; basta con que el propósito sea eliminar porciones de la población marcadas por rasgos específicos raciales, religiosos, nacionales o étnicos⁸⁵.

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 materia⁸⁶.

Tratándose de la cuestión de saber cómo se puede determinar la intención específica del agente, la Sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda 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 reprobables, 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

⁸⁵ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 59.

⁸⁶ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

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 genocida⁸⁷.

4.1.1.2. Comisión imprudente.

En el caso de la comisión imprudente del delito estudiado, la doctrina mayoritaria establece que esto es imposible⁸⁸, básicamente por los medios comisivos y las exigentes consideraciones subjetivas del tipo del crimen de genocidio.

Sin embargo, lo acertado en esta materia es advertir lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el sentido de reconocer la posibilidad de comisión por omisión en el crimen de genocidio.

De hecho, en esta norma se recoge la doctrina de la *command responsibility*⁸⁹. Al Comandante militar (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometían tales delitos y omitió emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes.

⁸⁷ TPIR, Sala de Primera Instancia I: "Le Procureur c/Jean-Paul Akayezu", Affaire, No. ICTR-96-4-T, párrafo 520.

⁸⁸ En este sentido, International Centre for Criminal Law Reform and Justice Policy; Rights and Democracy. Manual para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma. Vancouver, mayo 2000.

⁸⁹ En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones, Regla &I sobre los comandantes de facto. Por ejemplo, ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Radovan Karadzic/Ratko Mladic. Review of the Indictments pursuant to Rule &I of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases IT-95-5-R 6/IT-95-18-R 6I, 11 de julio de 1996, párrafo 42, 65-85; ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a "Jenki", Review of Indictment pursuant to Rule 6I of the Rules of Procedure and Evidence, Decision Case IT-94-2-R &I, 20 de octubre de 1995. Citado por AMBOS. Ob. Cit., pág. 118.

Se introduce, de esta manera, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer de los crímenes de los subordinados redundan en reproche para el jefe militar. Además, la responsabilidad de cualesquiera de otros superiores (civiles) se diferencia de ello, desde una perspectiva subjetiva, en que se exige una especie de imprudencia consciente en el sentido de criterio tradicional, por tanto, más que la simple imprudencia⁹⁰.

4.1.2. Elementos objetivos del tipo.

4.1.2.1. Sujeto activo.

Es sujeto activo quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal⁹¹. Sobre este punto, preliminarmente debemos precisar que el crimen de genocidio es de carácter individual en cuanto a la titularidad activa de su comisión, y que no implica en caso alguno, la responsabilidad del Estado. Además, no existe excusa válida alguna por la investidura o el cargo que detente el sujeto activo.

En el caso de la intervención del Estado la posible responsabilidad de éste ha sido objeto de discusión doctrinal⁹². Sin embargo, es aceptado generalmente que en caso de intervención del Estado o de organizaciones con carácter delictivo, será en los representantes de las mismas o en los que actúen en su nombre, sobre los que recaiga la responsabilidad individual⁹³.

⁹⁰ AMBOS. Ibid.

⁹¹ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 169.

⁹² Autores españoles como Gierke, Mestre, Pella, Saldaña, entre otros, defienden la responsabilidad de las personas morales y colectividades organizadas. Martínez Miltos hace referencia al carácter excepcional de esta responsabilidad. Gil y Gil A. y Sáenz de Pipaón entre otros, defienden la responsabilidad individual de los representantes o agentes de Estado que hayan actuado en su nombre; Sólo admiten la responsabilidad penal de Estado, en la persona de sus representantes. Gil y Gil A. Derecho Penal Internacional, Madrid 1999, pp 201-203; Sáenz de Pipaón. Delincuencia Política Internacional, Especial consideración del delito de genocidio, Madrid 1973, p. 129-141. Cit. por SERRANO. Ob. Cit.

⁹³ SERRANO. Ob. Cit.

Dicho principio está consagrado expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues establece en su artículo 25, la responsabilidad penal individual: “1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

Además, en la misma norma se excluye por completo la posibilidad de perseguir algún tipo de responsabilidad del Estado: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue finalmente rechazada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional - a pesar de la limitación a los órganos de dirección de empresas privadas⁹⁴ - por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor, así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente ni existen reglas de imputación consensuadas⁹⁵.

Toda persona que haya cometido genocidio puede ser juzgada por ello, cualquiera que sea su cargo. Es decir, que se considera culpable no sólo al jefe de Estado o al ministro que haya planeado u ordenado el acto, sino también a quien lo haya cometido, sea un simple soldado o un ciudadano de a pie⁹⁶.

El artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece el principio de la “improcedencia del cargo oficial” en los siguiente términos: “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad

⁹⁴ Propuesta de la delegación de Francia (UN. DOC A/ Conf. 183/C.I/WGGP/ L.5, 3 de julio de 1998). Citado por AMBOS. Ob. Cit., pág. 116.

⁹⁵ AMBOS. Ibid.

⁹⁶ AMNISTÍA. Ob. Cit.

penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Ya la Convención de 1948 se refería a “personas culpables de genocidio” (art. V) o “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” (IV). Vemos que se prescinde de la inmunidad y privilegios, equiparando estos últimos, los funcionarios públicos, a los particulares.

Ahondaremos en las consideraciones del sujeto activo más adelante, precisando las modalidades de comisión, a propósito del apartado sobre autoría y participación.

4.1.2.2 Sujeto pasivo.

Es el destinatario de la protección del bien jurídico⁹⁷, el titular del bien jurídico protegido; es decir el conjunto de personas que forman el grupo cuya existencia se ataca. Donde se presentan problemas de interpretación y de asignación de significado, es en el delineamiento del sujeto pluripersonal o colectivo que es sujeto pasivo del obrar criminoso⁹⁸.

En este caso sujeto pasivo y objeto material no son uno. Mientras que el primero hace referencia al grupo; el segundo se concreta en la persona individual sobre la que se produce el resultado típico. Todo miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso puede ser víctima de genocidio⁹⁹. El acto debe estar dirigido hacia la destrucción de un grupo. Los grupos se componen de individuos y, por consiguiente, en último análisis, la acción destructiva debe estar

⁹⁷ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 173.

⁹⁸ BARCESAT S., Eduardo. Sobre el Concepto de Genocidio [en línea] <<http://www.menschenrechte.org/Menschenrechte/Koalition/info.htm>> [consulta: 22 agosto 2006]

⁹⁹ AMNISTÍA. Ob. Cit.

dirigida contra los individuos. Si embargo, estos individuos son importantes no per se sino sólo como miembros del grupo al cual pertenecen¹⁰⁰.

Los grupos protegidos, tal y como se recogió en la Convención de 1948, son los nacionales, raciales, étnicos y religiosos; pero estos varían a tenor de las legislaciones nacionales¹⁰¹. La definición legal de genocidio, desde la Convención de 1948 como asimismo el Estatuto de Roma, no incluye los grupos sociales o políticos en la definición de víctimas potenciales.

El texto original de la Resolución 96(I) de 1946 de la Asamblea General incluyó la destrucción de grupos políticos en la definición de genocidio. Inicialmente¹⁰², la Sexta Comisión había decidido mantener los grupos políticos entre los protegidos por la Convención. Estos grupos fueron luego omitidos en base a una propuesta conjunta de Irán, Egipto y Uruguay, al ser discutido el informe de la Comisión Redactora en la Sexta Comisión, por 22 votos contra 6, con 12 abstenciones¹⁰³. Finalmente, la Sexta Comisión excluyó a los grupos políticos en atención a que los grupos políticos no son bastante estables, que su inclusión sería un serio obstáculo a la ratificación de la Convención por una gran cantidad de Estados y que la inclusión de los grupos políticos podría permitir a alguna autoridad internacional intervenir en las contiendas domésticas de un país e introducir a las Naciones Unidas en las luchas políticas internas de aquel¹⁰⁴.

Los grupos políticos fueron, por tanto, excluidos para facilitar la ratificación del Convenio de genocidio por un amplio número de Estados, algunos de los cuales se encontraban inmersos en violentas luchas políticas¹⁰⁵. En cambio, la Sexta Comisión agregó los grupos “étnicos” a los

¹⁰⁰ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 55.

¹⁰¹ Vid. En el código penal canadiense se hace referencia a “cualquier grupo identificable”.

¹⁰² Votación del 15 de octubre de 1948 (A/C. 6/SR. 75).

¹⁰³ Curiosamente, aquellos Estados que habían favorecido previamente la exclusión (LA URSS y otros) se abstuvieron (A/C. 6/SR. 74).

¹⁰⁴ “La inclusión de este grupo en los primeros proyectos fue considerada como uno de los principales obstáculos para un acuerdo sobre la jurisdicción internacional. El Congreso Judío Mundial fue el primero en recomendar que los grupos políticos fueran excluidos de la Convención. Esta recomendación fue formulada para obviar las dilaciones que hubieran ocasionado en la aceptación de la Convención las diferencias de opinión acerca de qué es un grupo político”. ROBINSON. Ob. Cit., pág. 56.

¹⁰⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 128.

“nacionales” y “raciales” a fin de evitar una posible interpretación de “nacional” como equivalente a “político”¹⁰⁶.

El problema de la necesidad de la inclusión de los grupos religiosos fue planteado en una sugestión de la Unión Soviética de usar el término “religioso” entre corchetes, después de “nacional”, porque si el genocidio era cometido por un motivo religioso, ese motivo estaba siempre relacionado con otros de carácter nacional o racial, propuesta que fue finalmente rechazada por 40 votos contra 5, con una abstención¹⁰⁷.

Durante la redacción de la Convención, la preocupación, según algunos autores, fue evitar el recurso a políticas de exterminación planeadas y ejecutadas por el gobierno alemán nazi que apuntó a una comunidad específica distinguible por atributos relativamente inmutables y estables. De allí que la Convención no proteja a los grupos políticos, y no se aplicará, por ejemplo, al supuesto de derrocamientos de gobiernos por parte de movimientos políticos disidentes, salvo que involucre la cuestión de características tales como raza, religión y etnia¹⁰⁸.

Alguien podría cuestionar si existe una diferencia real entre muertes cometidas por agentes gubernamentales y motivadas políticamente, y muertes dirigidas a un grupo nacional específico, étnico, racial o religioso, ya que en ambos casos el individuo está simplemente muerto y el grupo tal vez amenazado en forma análoga. Sin embargo, la comunidad internacional reconoce que el ataque sistemático a un grupo sobre la base de la nacionalidad, etnia, raza o religión, tiende a acarrear un potencial mucho mayor para violaciones masivas, por la mera razón de que las víctimas intentadas pueden individualizarse del resto de la población con particular facilidad, debido a su diferencia relativamente inmutable. Dada esta especial vulnerabilidad, se garantiza entonces el proveer a tales grupos de protección específica (una preocupación que la definición legal de genocidio refleja en forma apropiada)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 56.

¹⁰⁷ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 57.

¹⁰⁸ SUNGA, Lyal S. La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, en Ambos, Kai. El Estatuto de Roma, Bogotá, 1999, pág. 244.

¹⁰⁹ SUNGA. Ob. cit. pág. 245.

No obstante, muchos de los actos cometidos contra miembros de tales grupos serían de la competencia de la Corte en tanto que crímenes de lesa humanidad si se cometieran de manera generalizada o sistemática y de conformidad con la política de un Estado o una organización¹¹⁰. Ello en conformidad al carácter de figura residual del crimen de lesa humanidad propuesto en esta obra.

Un aspecto que resulta relevante en este punto es la determinación de quién es el que califica o identifica al grupo; y sobre el particular, se ha propuesto quien constituye o categoriza al grupo sobre el que recae el obrar genocida, es el represor¹¹¹. Sin embargo, se ha utilizado este argumento con el fin de tratar de ampliar la enunciación taxativa de los grupos protegidos, bajo la premisa que el único que podría definir la identidad del grupo sería el opresor, y por tanto, resulta, como propuesta de lege ferenda, inútil la descripción de los grupos protegidos, bastando la enunciación de grupo como tal, y no su limitación a ciertas categorías de grupos.

Se dice que no guarda sentido pretender abarcar o agotar cuáles son los rubros que convocan a la represión genocida. Que es inútil intentar una definición, intensiva o extensiva, de cuáles son los grupos posibles como sujetos pasivos del obrar genocida. Que lo que configura el crimen del genocidio es que el represor defina y decida cómo se integra el colectivo de sujetos, de seres humanos, sobre los que se ejercerá el obrar destructivo, eliminatorio, de aniquilamiento. Es más, que el grupo se configure por razones "políticas" nada agregaría o quitaría a esta descripción de la figura del genocidio. Que en efecto, quién puede sostener, racionalmente, que toda destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, no esté impulsada, fundamentalmente, por razones políticas; o, inversamente, que las razones políticas no admiten razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas. Decir que existen "razones políticas" establece un necesario cotejo con el de las llamadas "cuestiones políticas no justiciables", que no es más que el central tema de la injusticiabilidad del poder.

En suma, más allá de las propuestas de lege ferenda para el caso en comento, es claro que al tenor de la interpretación del tipo legal de genocidio, éste no incluye los grupos políticos dentro de su campo de protección.

¹¹⁰ AMNISTÍA.. Ob. Cit.

¹¹¹ BARCESAT. Ob. Cit.

4.1.2.3. Acción.

Recordemos que es acción toda conducta humana exterior evitable. Del requisito que sea exterior, deducimos que no constituyen delito el simple pensamiento, ni la mera resolución delictiva no puesta de manifiesto externamente, ni la simple disposición de ánimo. Es el principio básico de que no se castigan los meros pensamientos o ideas. Que sea evitable apunta al hecho de que el sujeto debe haber tenido la posibilidad de abstenerse de la conducta y, así, de haber actuado conforme a derecho. Sólo si la conducta era evitable puede afirmarse respecto de ella el poder de autodeterminación del sujeto y que corresponde a un fin determinado por él mismo, lo que constituye la esencia de toda acción.

Al delito de genocidio podríamos encuadrarlo dentro de los delitos de consumación anticipada en su modalidad de resultado cortado. Se trata de un acto completo pero acompañado de un elemento subjetivo adicional al dolo y que consiste en el ánimo de realizar un 2º acto, el cual el sujeto no realiza (no destruye totalmente al grupo), sino que espera a que se desarrolle. Podemos ver como la acción genocida incorpora una relación causal entre la acción y el daño producido y otra final en el acontecer causal: “la destrucción del grupo”. Estaríamos hablando de la supradeterminación final del acontecer causal¹¹².

4.1.2.4. Comisión por omisión.

La omisión es la no ejecución de un obrar esperado por el derecho. Sólo habrá omisión para los efectos del delito cuando exista una norma penal que imponga a una persona la obligación de realizar una actividad dada o evitar un peligro.

Dos son los requisitos para que nos encontremos frente a un delito de omisión:

- Requisito Fático (poder actuar). El autor debe estar en condiciones de poder realizar la acción omitida (cerca de la víctima, o con posibilidad de salvarla).

¹¹² SERRANO. Ob. Cit.

- Elemento Normativo (deber actuar). Esto es, la existencia del deber de obrar (ser pariente o cónyuge, salvavidas, cuidador de niños o anciano, médico, etc).

En pocas palabras, omitir es no realizar una acción debida, impuesta por la norma, fácticamente posible, y que el sujeto tenía el deber de ejecutar.

Se ha dicho que en cuanto a la comisión por omisión, esta sólo se producirá cuando el sujeto ocupe una posición de garante respecto a la existencia del grupo. Que este sujeto tiene que ser capaz de hacer fracasar el plan genocida total, por lo que la comisión por omisión, sólo comenzará cuando el sujeto, al no impedir la siguiente muerte, ya no sea capaz de evitar el exterminio del grupo. La determinación de este momento es un problema fáctico de difícil solución.

Es cierta la hipótesis anterior, pero aún más certera es la observación de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce en su artículo 28 el modo de comisión por omisión, en las siguientes hipótesis:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar 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:

a) 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

b) 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.

2. 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 subordinados, cuando:

a) 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;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) 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.”

Estas reglas intentan codificar las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la *command responsibility*¹¹³. El precepto distingue en los dos párrafos citados entre jefes militares o personas que actúan de facto como jefes militares, y otros (normalmente civiles) superiores.

Al comandante militar (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometían tales delitos y omitió emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, de un lado, se intenta incluir no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos militares, en especial, de paramilitares. De otro, se introduce en sentido subjetivo, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer de los crímenes de los subordinados redundan en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de cualesquiera otros superiores (civiles) se diferencia de ello en una doble perspectiva. De una parte, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia consciente en el sentido de criterio tradicional; por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca en forma expresa, como una de las condiciones de punibilidad acumulativamente necesarias, que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

¹¹³ AMBOS. Ob. Cit., pág. 117.

4.1.2.5. Resultado.

La definición del artículo 6° del Estatuto de la Corte Penal Internacional no esclarece la cuestión perenne de qué cantidad de personas tiene que ser asesinada antes de que se califique el hecho como genocidio¹¹⁴. Algunos verán esta omisión como un defecto mayor en términos del nivel de precisión requerido en derecho penal. Sin embargo, la pregunta de la cantidad parece formularse sobre la base de una premisa incorrecta de que tiene que haber por lo menos una persona muerta antes de que el acto de genocidio se cometa. Debería tenerse en mente que la definición legal de genocidio no puede equipararse con el uso de la palabra “genocidio” en el lenguaje coloquial.

En otras palabras, ¿es necesario destruir o intentar destruir a un grupo entero o a una parte considerable de él para que el acto constituya genocidio? No. Basta con que el acusado haya intentado destruir a gran número de miembros del grupo en una comunidad particular, como una ciudad o pueblo, debido a la identidad del grupo¹¹⁵. Se ha afirmado, acertadamente, que ni una sola persona tiene que morir para que se considere cometido un acto de genocidio¹¹⁶, debido al hecho de que la definición se refiere a cualquiera de los actos extremos que también cuentan como actos de genocidio, a saber, 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, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, enumeración lo suficientemente clara y precisa en términos jurídico –penales.

Esta interpretación encuadra también con el objeto de la Convención de 1948, cual es el de prevenir que el genocidio se practique, no sólo castigar a sus autores una vez que el mundo se detuvo y los observó cometerlo¹¹⁷.

¹¹⁴ SUNGA. Ob. Cit., pág. 243.

¹¹⁵ AMNISTÍA. Ob. Cit.

¹¹⁶ SUNGA. Ob. Cit., pág. 244.

¹¹⁷ SUNGA. Ob. Cit., pág. 244.

El término “en su totalidad o en parte” significa que un acto aislado de violencia racista no constituye genocidio. Deberá existir la intención de eliminar en grandes cantidades a un grupo, aunque no se logre la destrucción completa de éste¹¹⁸.

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 susodicha¹¹⁹.

Por otro lado, se puede imaginar que los jueces de la Corte Penal Internacional tendrán una saludable dosis de prudencia cuando consideren si acaso un acto constituye genocidio en una instancia determinada, dado que el genocidio se reconoce como un crimen de extrema gravedad¹²⁰.

4.2. Elementos objetivos del tipo específicos de cada figura en particular.

4.2.1. Conductas Típicas.

La conducta típica, o elemento objetivo (actus reus) del tipo, corresponde, según recoge la definición legal de genocidio, a 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;

¹¹⁸ INTERNATIONAL. Ob. cit.
¹¹⁹ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.
¹²⁰ SUNGA. Ob. Cit., pág. 244.

- 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 grupo¹²¹.

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 extensivas¹²². Así, se ha establecido una relación limitativa de conductas típica de genocidio: matanza de miembros del grupo, lesiones graves a su integridad física o mental, sometimiento a condiciones que acarreen su destrucción total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos y traslado por fuerza de niños¹²³.

El tipo no está referido a la destrucción del grupo como resultado de la acción sino que dicha destrucción tiene que ser objeto del propósito del sujeto.

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 6°. El genocidio cultural (los actos cometidos con la intención de impedir a los miembros de un grupo utilizar su idioma, practicar su religión o realizar las actividades culturales propias del grupo) no está incluido en la definición de genocidio utilizada en el Estatuto de Roma si no comporta ninguno de los cinco actos prohibidos ni se comete con la intención requerida. Asimismo, el ecocidio (los actos cometidos con objeto de perturbar o destruir el ecosistema de una zona particular) por ataques al medio ambiente tampoco está incluido en la definición ni constituye genocidio si los ataques no son causa de que se cometa con la debida intención ninguno de los cinco actos prohibidos¹²⁴.

¹²¹ Tazón, Santiago. Ob. Cit.

¹²² GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit..

¹²³ BARCESAT. Ob. Cit.

¹²⁴ AMNISTÍA. Ob. Cit.

¿Puede ser la violación un acto de genocidio?

En la sentencia sobre el caso Akayesu, una sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda sostuvo que cuando la violación se utiliza como método de destrucción de un grupo protegido causando lesiones físicas o mentales graves a sus miembros constituye genocidio. Asimismo, explicó que la violación podía ser utilizada también para impedir los nacimientos en el seno de un grupo. Por ejemplo, en las sociedades donde la pertenencia a una etnia está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada puede impedirle dar a luz a su hijo en el seno de su propio grupo¹²⁵.

4.2.2. Genocidio físico.

4.2.2.1. Genocidio mediante matanza

Está recogido en el artículo 6 a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y, además de los elementos comunes ya analizados, requiere, como elemento específico, la matanza de miembros del grupo, esto es, que el autor haya dado muerte a una o más personas tal como se interpreta en los Elementos del Crimen. La expresión “dado muerte”, se agrega, es intercambiable con la expresión “causado la muerte”¹²⁶.

La "matanza de miembros del grupo" como un medio por el cual se comete el delito de genocidio, parece excluir -según algunos- la muerte de uno sólo de los integrantes del grupo, pues "asesinato" (killing; muerte) no puede ser equivalente a "matanza"¹²⁷. El acto de “matar” (matanza) es más amplio que “asesinar” (homicidio calificado en nuestro sistema), y fue

¹²⁵ AMNISTÍA. Ob. Cit.

¹²⁶ ELEMENTOS.

¹²⁷ En este sentido, véase Gregorini, Eduardo, Genocidio: su prevención y represión, Abeledo-Perrot, Argentina, 1961, pp. 40-51. Cit. por GÓMEZ-ROBLEDO Verduzco, Alonso. Ob. Cit.

escogido para la Convención de 1948 para corresponder a la palabra francesa “meurtre”, que implica más que “assassinat”¹²⁸.

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 genocidio¹²⁹.

Hemos visto anteriormente que basta con que haya una sola muerte para que se produzca el genocidio en su modalidad de delito consumado, con tal que se cumpla el elemento subjetivo en el autor.

4.2.2.2. Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental

Esta figura, del artículo 6 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, requiere que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas. Según los elementos del crimen, esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

En cuanto a las lesiones físicas, se acordó no admitir más 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 incorrectas¹³⁰. La lesión grave es una cuestión de interpretación a ser resuelta en cada caso sobre la base de la intención y de la imposibilidad de ejecutar esa intención mediante la lesión inferida¹³¹.

¹²⁸ Actas Sumarias de la Sexta Comisión, 1948, pág. 175.

¹²⁹ En este sentido, véase Gregorini, Eduardo, *Genocidio: su prevención y represión*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1961, págs. 26-28. En el mismo sentido, Colin y Goldrick. *Genocide*, "The elements confirm that the killing of only one person could amount to genocide". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, april 2001, p. 422. Citados por GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit..

¹³⁰ GÓMEZ-ROBLEDO. *Ibid.*

¹³¹ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 60.

4.2.2.3. Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física

Esta particular forma de comisión quizás sea la más amplia y compleja de todas las figuras de genocidio. Está contemplada en el artículo 6 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Requiere que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia que hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo. La 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.

En uno de los proyectos preliminares de la Convención sobre Genocidio de 1948 (Proyecto del Secretariado), entre las figuras de genocidio físico, se contenía la antecesora de esta figura, en que se indicaba: “sumisión a condiciones de vida que, por falta de vivienda adecuada, ropa, alimento, higiene y asistencia médica, o por exceso de trabajo o esfuerzos físicos, sean susceptibles de resultar en el debilitamiento o en la muerte de los individuos”. Más adelante agregaba, como otra figura, en los siguientes términos: “privación de todos los medios de vida, mediante confiscación de la propiedad, saqueo, reducción de trabajo, negación de la vivienda y de víveres que sí están al alcance de los otros habitantes del territorio dado”.

Se ha dicho que esta figura es 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 inhumanas, o exponiéndolos a temperaturas extremas o privándolos de los recursos indispensables para la supervivencia¹³².

Es imposible de enumerar las “condiciones de existencia” que pueden caer bajo la prohibición de la norma; sólo la intención y la probabilidad del propósito final pueden determinar en cada

¹³² 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). Citados por GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit..

caso separado si se ha cometido (o intentado) o no un acto de genocidio. Ejemplo de esta figura es someter a un grupo de gente a una dieta apenas suficiente para subsistir, reducir los servicios médicos necesarios por debajo de un mínimo, rehusar los servicios vitales necesarios, etc., siempre que estas restricciones sean impuestas con la intención de destruir al grupo en todo o en parte¹³³.

4.2.3. Genocidio Biológico.

4.2.3.1. Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos

En el artículo 6 d) del Estatuto de la Corte Penal, se consagra esta figura, que requiere como elemento específico, que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

Sobre este particular, se sostiene que 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, 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 esterilización o prácticas abortivas sistemáticas, y el traslado forzoso de los niños a otros lugares inmediatamente después de su nacimiento¹³⁴. Se podría plantear el problema de si la intención es impedir los nacimientos en todo el grupo o sólo en parte. Aunque esta norma no habla de restringir sino de impedir, puede admitirse que la intención del impedimento parcial es suficiente, ya que requerir la prevención total estaría en conflicto con la definición del genocidio como relativo no sólo a un grupo entero sino también a una parte del mismo¹³⁵.

¹³³ ROBINSON. Ibid.

¹³⁴ Véase Blanc Altemir, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona, Casa Bosch, 1999, págs. 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. Citados por Gómez-robledo. Ob. Cit.

¹³⁵ ROBINSON. Ibid.

4.2.3.2. Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños

Esta última modalidad genocida, contemplada en el artículo 6 e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se caracteriza porque el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas de ese grupo a otro grupo, que los trasladados hayan sido menores de 18 años y que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados tenían tal edad.

5. Antijuridicidad.

La antijuridicidad es la realización del tipo que no se encuentra especialmente autorizada. Si un hecho es típico, no necesariamente es también antijurídico. Así, quien mata a otro comete una acción típica, pero si lo hace en legítima defensa, entonces su conducta es típica pero no antijurídica, dado que en la especie concurre una causal de justificación.

La antijuridicidad puede entenderse como la ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de una determinada conducta típica. Por eso, en definitiva, el análisis de este elemento de la teoría del delito se reduce al estudio de cada una de las causales de justificación que deben encontrarse ausentes para poder afirmar la antijuridicidad de una conducta determinada. Si una acción es típica y además antijurídica, se dice que es ilícita o injusta.

El contenido del injusto de un delito se determina por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. La antijuridicidad objetiva se instaura en el precepto del genocidio al describir la conducta genocida; es decir, en la efectiva lesión de un bien jurídico. Pero también podemos encontrar componentes de antijuridicidad subjetiva; ya que existe una voluntad contraria al precepto legal que se determina en el propósito de destruir al grupo. La exigencia de este factor psicológico es condición necesaria para que pueda hablarse de genocidio¹³⁶.

¹³⁶

SERRANO. Ob. Cit.

5.1. Causas de justificación.

Las causales de justificación son autorizaciones legales expresas para realizar conductas típicas, en tanto la antijuridicidad implica la presencia de una conducta típica y la simultánea ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de esa conducta típica.

Los casos en que se configura una causa de justificación, son aquellos en que la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. En estas circunstancias, el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no está prohibido por la norma. Su fundamento se encuentra ya sea por la ausencia de interés del titular del bien jurídico y, por tanto, de la protección, o por conflicto de intereses que se contraponen¹³⁷.

La causa de justificación por ausencia de interés se manifiesta en el consentimiento del ofendido.

Entre las causas de justificación que se dan por conflicto de intereses (también denominada del “interés preponderante” según Mezger), en primer lugar tenemos aquellas que se deben a la necesidad de “actuación del derecho”, entre las que encontramos el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, ejercicio legítimo de una autoridad o cargo, ejercicio legítimo de una profesión u oficio y la omisión por causa legítima. En estas últimas (que nos interesan en esta parte), la ley ha previsto por anticipado la hipótesis de un conflicto de intereses y lo ha resuelto en forma directa a favor del interés a que particularmente se ha referido¹³⁸.

Finalmente, existe, como otra forma de manifestación del principio del interés preponderante, esta vez por la “preservación de un derecho”, la legítima defensa y el estado de necesidad.

¹³⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General. Editorial Jurídica. Santiago, 1997, págs. 238 y 239.

¹³⁸ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 243.

Analizaremos en esta parte, las causales de justificación relevantes en el caso de genocidio que, a la luz del artículo 31 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluye solamente la legítima defensa y estado de necesidad.

El artículo 31 del Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye¹³⁹ otras “causas de exclusión de la pena”, aunque sin embargo, como ya se deduce de las primeras palabras (“Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto”), no es taxativa¹⁴⁰.

Por lo demás, el artículo 31.3 se remite a la disposición sobre el derecho aplicable (artículo 21), de tal modo que se atribuye a la Corte un considerable margen de maniobra para invocar otras “defences”, en especial, bajo la consideración a principios generales del derecho.

5.1.1 La legítima defensa.

El fundamento de la legítima defensa se encuentra en la facultad que se le reconoce a los particulares para proteger sus bienes jurídicos ante agresiones ilegítimas que el Estado no se encuentra en condiciones de reprimir o prevenir.

Es una reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada¹⁴¹.

Requiere que haya una intención de defensa de los bienes jurídicos. Se exige que quien haga uso de la legítima defensa lo haga apremiado por las circunstancias, como forma obligada y excepcional de defender sus bienes jurídicos. Por eso no puede provocarse el ataque de un tercero, ni actuar por venganza o resentimiento.

¹³⁹ Destacamos que se exceptúa en esta parte la consideración a la exención o atenuación de la pena de un determinado cargo oficial, en especial, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las normas de inmunidad o normas de procedimiento especiales (artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). AMBOS. Ob. Cit., pág. 120.

¹⁴⁰ AMBOS. Ob. Cit., pág. 120.

¹⁴¹ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 249.

Establece el artículo 31 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “Circunstancias eximentes de responsabilidad penal. 1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: letra c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero.”

A continuación, se indica: ”2.La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo. 3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

En el caso de legítima defensa se reconocieron como bienes jurídicos defendibles en el caso del genocidio sólo no sólo la integridad física y la vida del agredido o de un tercero.

5.1.2. Estado de necesidad.

Se basa en una ponderación de bienes jurídicos que se encuentran en un conflicto tal que sólo uno de ellos puede ser salvado, sobre la base del sacrificio del otro. Se define como una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico¹⁴².

Se requiere realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar, que el mal que se quiere evitar sea mayor que el causado para impedirlo y finalmente que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal que se quiere evitar.

¹⁴² ETCHEBERRY. Ibid.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, indica en su artículo 31: “Circunstancias eximentes de responsabilidad penal. 1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: letra d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control”.

A continuación, se contiene la norma ya transcrita del N° 2 y 3 del artículo 31 que permite a la Corte una mayor amplitud en la aplicación de estas causales, remitiéndose al artículo 21 del Estatuto. En contra de la jurisprudencia de Yugoslavia en el caso Erdemovic se reconoce también el estado de necesidad coactivo (31.1.d). De este modo se diferencia entre amenazas por otras personas o con base en cualesquiera otras circunstancias que consisten en una violencia superior. Las condiciones para una exclusión de la pena son en ambos casos iguales: el necesitado debe estar ante una amenaza de muerte inminente (situación de estado de necesidad) y actuar necesaria y razonablemente para rechazar la amenaza sin querer causar con ello un daño mayor (acción de estado de necesidad)¹⁴³.

6. Culpabilidad.

Se ha definido culpabilidad como la reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica, determinada por el conocimiento, el ánimo y la libertad de su autor¹⁴⁴.

La calificación de una conducta como típica y antijurídica expresa solamente que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el derecho, pero no que el autor deba responder

¹⁴³ AMBOS. Ob. Cit., págs. 120 y 121.

¹⁴⁴ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 277.

penalmente por ello, cuestión que debe decidirse en el ámbito de la culpabilidad, esto es, que el autor del injusto se encontraba en capacidad psicológica suficiente (media) de comportarse y motivarse por la norma, que conocía la antijuricidad del acto por él protagonizado; y que se encuentra en condiciones psicofísicas, morales y circunstanciales de actuar de manera diferente a como lo hizo por serle exigible.

De lo precedente tenemos que tres son los elementos fundamentales de la culpabilidad, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad del comportamiento.

Para Reyes Echandía, siguiendo a Antolisei, la culpabilidad la define "como la actividad consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente". Luis Jiménez de Asúa define la culpabilidad como "el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas". José María Rodríguez Devesa define la culpabilidad diciendo que "actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico puede proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica".

La culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho constitutivo de infracción penal. Su estructura se centra en la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad. Estos tres elementos son necesarios para poder hablar de esta parte del delito.

Se ha dicho que sólo las causas de inimputabilidad e inexigibilidad podrían excluir la responsabilidad; lo que es totalmente inviable en el delito de genocidio, por lo que tales circunstancias deberían quedar limitadas, en este caso, a la mera teoría¹⁴⁵. Sin embargo, veremos que sí se aplican causas de inimputabilidad e inexigibilidad, al tenor de las reglas del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁴⁵

SERRANO. Ob. Cit.

6.1. Enajenación mental.

La imputabilidad es la capacidad de comprender el injusto y de adecuar la conducta a esa comprensión. Depende de la normalidad de las facultades intelectuales y de la voluntad. Evidentemente, esta normalidad es la regla general, de modo que la inimputabilidad es una situación excepcional. Enajenado mental es aquel que presenta una alteración profunda de las facultades psíquicas, de modo que no puede dirigir su conducta conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Es importante tener presente el concepto de razón: se trata de un conjunto de facultades intelectuales y volitivas. Es sinónimo de juicio, que incluye no sólo la inteligencia, sino también la voluntad, la sensibilidad y la memoria.

Casos de inimputabilidad son la enajenación mental, la privación temporal de la razón y falta de madurez por menor edad. Establece el artículo 31, en este punto, que “no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: letra a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley”. A continuación, se contiene la norma ya transcrita del N° 2 y 3 del artículo 31 que permite a la Corte una mayor amplitud en la aplicación de estas causales, remitiéndose al artículo 21 del Estatuto.

6.2. Privación temporal de la razón.

Es el caso del que, por cualquier causa independiente de su voluntad se halle privado totalmente de razón. Son dos las exigencias: la involuntariedad de la privación total de la razón y la temporalidad de tal privación.

El artículo 31 del Estatuto de la Corte señala que “no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: letra b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad

para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera”.

A continuación, se contiene la norma ya transcrita del N° 2 y 3 del artículo 31 que permite a la Corte una mayor amplitud en la aplicación de estas causales, remitiéndose al artículo 21 del Estatuto.

6.3. El error.

Aparte de las causales de inimputabilidad ya revisadas, el juicio de reproche resulta eliminado por la ausencia de alguno de los factores que lo fundamentan: el conocimiento y la libertad. A la falta de conocimiento se refiere precisamente el error; a la falta de libertad, diversos casos que se agrupan como no exigibilidad¹⁴⁶.

Error propiamente tal es la disconformidad entre una representación mental y la realidad externa pasada o presente¹⁴⁷.

En el caso del error se distingue entre un error de hecho y un error de derecho.

El primero recae sobre las realidades fácticas: los elementos que constituyen el tipo legal (incluyendo la potencialidad causal de la acción propia y la posibilidad de acaecimiento del resultado) o las circunstancias que para la ley constituyen una causal de justificación. El segundo recae sobre la existencia e interpretación de las normas jurídicas aplicables al acto. La principal consecuencia de esa distinción es la tendencia (muchas veces impuesta por textos legales expuestos) de negar toda relevancia al error de derecho, sobre la base de la ficción de conocimiento universal de la ley, salvo que por texto especial y explícito la ley le acordara cierta

¹⁴⁶ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 330.

¹⁴⁷ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 332.

relevancia en algún caso¹⁴⁸. Se ha dicho que en ambos supuestos, la cuestión es si el error hace desaparecer el elemento subjetivo; por tanto, el dolo del tipo y que esto corresponde al principio del common law de que un error de hecho es relevante y un error de derecho es irrelevante, pues en aquél normalmente desaparece el dolo, pero con éste no¹⁴⁹.

6.3.1. El error de hecho.

Establece el artículo 32 del Estatuto de la Corte Penal, acerca del error de hecho, que éste “eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”.

6.3.1. El error de derecho.

En la parte referida al error de derecho, señala el artículo 32 del Estatuto de la Corte, que “el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”.

6.4. Obediencia debida.

En cuanto a la exigibilidad del comportamiento, entendida como la posibilidad, en el caso concreto, de exigir al sujeto obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, se analiza si pudo comportarse de acuerdo a derecho, conforme al criterio del hombre medio. Este concepto de hombre medio, debe considerar también las situaciones personales del sujeto

¹⁴⁸ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 333.

¹⁴⁹ AMBOS. Ob. Cit. pág. 121.

reprochado, ya que sus características personales también forman parte de la situación que enfrenta. Las siguientes son las causales de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho:

- a) La fuerza moral irresistible.
- b) El miedo insuperable.
- c) El encubrimiento de parientes.
- d) La obediencia debida.

El deber impuesto por la ley, en general, puede ser substancial (la ley ordena conductas concretas) o formal (la ley ordena obedecer a otra persona). En el primer caso estamos ante una causal de justificación. En el segundo, solamente habrá causal de justificación si se trata del cumplimiento de una orden lícita: en tal caso el subordinado cumple un deber y el superior ejercita legítimamente su autoridad o cargo. Pero si el superior da una orden ilícita, el acto no queda intrínsecamente justificado por tal circunstancia: no hay causal de justificación. Sin embargo, el inferior no recibe pena; la razón por la cual está exento de pena es uno de los temas más debatidos en la teoría del delito¹⁵⁰.

Resulta relevante destacar la presunción establecida en el N° 2 del artículo 33: “A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”. Esto excluye por completo entonces, en el caso de genocidio, la aplicación de esta causa de justificación.

Con el actuar por orden viene en cuestión una exclusión de la pena cuando el subordinado estaba obligado a la obediencia, no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita. Esto es válido, en efecto, según el artículo 33.2 a contrario sólo para crímenes de guerra, pues en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuridicidad manifiesta de la orden respectiva¹⁵¹. De hecho, en la mayoría de los

¹⁵⁰ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 350.

¹⁵¹ En los (difíciles) debates en torno a este precepto fue ya objeto de controversia si merecía un artículo específico o si debía integrarse en el artículo 31 (así la propuesta de Estados Unidos). Por encima de ello, existía una discusión importante sobre las consecuencias jurídicas de un actuar por orden: Estados Unidos defendió en una sesión informal de los debates la opinión de que un actuar por orden era una substantive defence, y por tanto representaba una causa de justificación o de exculpación. Esto se rechazó por el resto de las delegaciones a la luz del derecho de Nüremberg, en especial el artículo 8 del Estatuto de la Corte Militar Internacional, así como la praxis de los Tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda.

supuestos se rechaza su carácter justificante, ya que la condena de la autoridad superior donde nació la orden no exime la responsabilidad de la autoridad subordinada¹⁵².

7. Autoría y Participación.

Establecía la Convención de 1948, como formas de participación punible en el delito de genocidio, en su artículo III, la autoría directa, la asociación, la instigación directa y pública y la complicidad en el genocidio¹⁵³.

Por su parte, y en la definición de la autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establece al efecto, en el artículo 25.3:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

Estas delegaciones, entre ellas la alemana, aprobaron atenerse al principio de Nüremberg de que un actuar por orden no representa ninguna causa de exclusión de la pena. El compromiso alcanzado retorna al derecho de Nüremberg en cuanto que no se excluye para todos los casos una exención de la pena. Pero siempre viene en expresión una solución de regla-excepción, de tal manera que el actuar por orden, en principio, no debe implicar una causa de exclusión de la pena. AMBOS. Ob. Cit., págs. 122 y 123.

¹⁵² SERRANO. Ob. Cit.

¹⁵³ 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. En su letra d) incorpora un elemento del delito de genocidio que no tiene que ver con la participación, al establecer a la tentativa como punible, lo que excluiríamos del análisis en esta parte, retomándolo a propósito del iter criminis.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen 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 desista de la comisión del crimen o impida 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”.

Para los efectos del análisis, nos referiremos a la autoría como primer elemento de las formas de participación, junto a la coautoría e inducción, para posteriormente referirnos a las restantes modalidades de participación en el crimen de genocidio que se circunscriben a la complicidad, encubrimiento, asociación y la instigación directa y pública.

7.1. Autoría, coautoría e inducción.

Hemos dicho más arriba que uno de los principios generales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el de la responsabilidad penal individual y la exclusión expresa de la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional., principio consagrado en su artículo 25.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se reconocen como formas de autoría, la autoría directa, la coautoría (jointly with another) y la autoría mediata (through another person),

no obstante, en los dos últimos supuestos la punibilidad de cualquier otro implicado carecerá de importancia (artículo 25 N° 3.a.)¹⁵⁴.

Autor en general es aquel sin cuya intervención el hecho típico no puede siquiera principiar a ejecutarse o, aunque se ejecutara, no sería ya típico o sólo satisfaría las exigencias de un tipo deferente del que se trata en el caso concreto¹⁵⁵. El autor, en general, toma parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa o impidiendo o procurando impedir que se evite¹⁵⁶.

En los delitos de dominio (cuyo caso es el genocidio) es autor quien cuenta con el dominio del hecho. Autor directo, establecido en el artículo 25.3.a) primera parte (el que cometa ese crimen por sí solo), también denominado por la doctrina como autor de propia mano o autor ejecutor, es aquel sujeto que domina el hecho porque domina inmediatamente a realización de la acción; es aquel que realiza dolosamente y por sí mismo, la conducta descrita en el tipo¹⁵⁷.

La coautoría está descrita a continuación, en el artículo 25.3.a) segunda parte (el que cometa ese crimen con otro). Es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo¹⁵⁸.

La autoría mediata se consagra en el artículo 25.3.a) parte final (el que cometa ese crimen por conducto de otro). En este caso el autor mediato (también llamado “hombre de atrás”) domina la acción porque domina la voluntad del que ejecuta la acción. Así, autor mediato es quien para ejecutar el hecho típico se sirve de otros, cuya voluntad domina, y es quien lo realiza materialmente¹⁵⁹. No ejecuta el delito por sí mismo, sino que se vale de otro para realizarlo¹⁶⁰. Su

¹⁵⁴ AMBOS. Ob. Cit., pág. 116.

¹⁵⁵ CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005, pág. 595.

¹⁵⁶ ETCHEBERRY. Ob. Cit., págs. 88 y 89.

¹⁵⁷ CURY. Ob. Cit., pág. 597.

¹⁵⁸ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 285.

¹⁵⁹ CURY. Ob. Cit., pág. 605.

¹⁶⁰ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 97.

peculiaridad es que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro, al que utiliza como instrumento (aún doloso)¹⁶¹.

Se distinguen a este respecto dos situaciones de autoría mediata. En la primera, denominada autoría mediata por dominio único sobre el injusto, el autor mediato tiene el dominio único sobre el injusto realizado, y falta éste en el sujeto inmediato, ya sea por desconocimiento de la significación del acto que realiza o por la presencia de una causa de justificación en el sujeto inmediato.

En la segunda, denominada por dominio superior sobre el sujeto, ya no se trata de que sólo en el autor mediato se dan exclusivamente las características del injusto, sino también en el inmediato, ambos realizan el injusto; pero el mediato está en una relación de superioridad absoluta respecto del inmediato. Luego, hay dos autores, el mediato y el inmediato (doloso), al revés de la situación anterior en que había un solo autor, el mediato¹⁶².

Empleo de un “aparato organizado de poder”.

En este grupo de situaciones, propuesto por Roxin, se sostiene que es autor mediato aquel que, para realizar el hecho típico, se sirve de un “aparato organizado de poder”. En estos casos el hombre de atrás dominaría el hecho porque tiene a su disposición un número indefinido de ejecutores plenamente responsables, de manera que si alguno de ellos se opusiera a cumplir la orden, siempre puede ser sustituido por otro u otros que realizarán lo mandado. Así, en estos supuestos la voluntad del instrumento no se dominada mediante coacción ni engaño, sino porque el sujeto de atrás cuenta con que en las filas de la organización siempre ha de encontrar voluntades disponibles para la concreción de su objetivo y, en ese sentido puede decirse que tiene en sus manos la voluntad del ejecutor¹⁶³.

Roxin enfatiza que estos supuestos sólo se dan cuando el “aparato organizado” opera al margen de la ley, pero, al mismo tiempo, exige que no se lo confunda con un grupo delictual

¹⁶¹ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 288.

¹⁶² BUSTOS. Ob. Cit., pág. 286 y 287.

¹⁶³ Roxin, Claus. Autoría, 6, págs. 42 y 43. Citado por CURY. Ob. Cit., pág. 606.

cualquiera, como pudiera serlo una de las tantas bandas de criminales que actúan en cualquier sociedad. Tal aparato debe contar con una estructura establecida y jerarquizada que garantice al hombre de atrás la obediencia y “fungibilidad” de los ejecutores y debe operar en conjunto fuera de la ley. Por ello, será más frecuente que se originen asociados a la actividad de “estados criminales”. Sólo en casos relativamente especiales se los encontrará en el ámbito de la criminalidad organizada de carácter privado.

Una de las peculiaridades de esta forma de autoría mediata la constituiría el hecho de que, a diferencia de los que suele ocurrir en los supuestos tradicionales, en los que cuenta con más dominio quien se encuentra más próximo a la ejecución, aquí sucede al contrario, pues usualmente el jerarca con más poder y por consiguiente, con mayor capacidad de control de la voluntad fungible de sus posibles ejecutores es quien se halla más distante del teatro del suceso¹⁶⁴.

En el mismo sentido, Kai Ambos señala que “en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductu) con las contra fuerzas psíquicas “fieles al derecho” del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la ausencia de cualquier fuerza que se oponga”¹⁶⁵.. El

¹⁶⁴ Es fácilmente perceptible que esta categoría de autores mediatos se ha originado sobre todo para afirmar la autoría de jefes nacionalsocialistas en la perpetración de crímenes masivos, en especial contra individuos pertenecientes a la raza judía. Por una parte es posible que haya tenido por objeto desestimar los argumentos defensivos de antiguos oficiales nazis intermedios, como Eichmann, que pretendían asilarse en la institución de la obediencia jerárquica u obediencia de órdenes antijurídicas; pero en parte también pareciera hacer concesiones a consideraciones sobre el merecimiento de pena que aquí resultan inoportunas y que el propio Roxin declara ajenas a la distinción entre autor y partícipe. En contra, Cury, en el sentido de que debe considerarse coautor o, en todo caso, instigador, También, Jakobs, 21, 103 págs. 783 y 784:” La construcción de la autoría mediata es nociva, porque en los hechos de la época del régimen nacionalsocialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común. Sólo mediante la conjunción de quien imparte el orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”. Por tal motivo en estos casos Jakobs aprecia, por lo general, coautoría. En el mismo sentido Jescheck, 62, II, 8, pág. 241. CURY. Ob. Cit., pág. 607 y 624.

¹⁶⁵ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder. Universidad de Externado, Colombia, 1998, págs. 28 y siguientes., citando a Schroeder, Der Täter Hinter Dem Täter, 1965, págs. 143 y siguientes.

instigador domina l instigado y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción¹⁶⁶

Inducción.

De acuerdo con el artículo 25.3.b del Estatuto de Roma, es culpable de genocidio todo el que ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.

Instigar es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso¹⁶⁷. Implica dos fases. En la primera, se provoca en otra persona, por medios psíquicos, la resolución de cometer un hecho concreto. En la segunda, el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en correspondencia con dicha resolución¹⁶⁸.

Es inductor el que, de manera directa, forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosamente típica y antijurídica¹⁶⁹.

Sobre este punto, y tomando en consideración el ordenamiento español, se ha dicho, que la instigación tiene que ser a un hecho determinado ya persona determinada, de ahí que la provocación jamás puede ser instigación ni tampoco la apología del delito¹⁷⁰. Sin embargo, según la descripción que se hace en la norma del artículo 25.3.b), es posible afirmar que en el caso del genocidio, la exigencia es mucho menos estricta, pues se permite expresamente la “proposición a delinquir” como modo suficiente para la comisión por inducción de este crimen¹⁷¹.

¹⁶⁶ MACKINNON Roehrs, John R. Autoría y Participación y el delito de Receptación. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, pág. 293.

¹⁶⁷ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 292.

¹⁶⁸ MACKINNON. Ob. Cit., pág. 292

¹⁶⁹ CURY. Ob. Cit., pág. 624.

¹⁷⁰ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 293.

¹⁷¹ Para que la inducción sea punible es preciso que la voluntad de delinquir del autor se exteriorice al menos en un principio de ejecución. Por consiguiente, la instigación no aceptada no es punible (La inducción en cadena es admitida, en cambio, usualmente por los autores alemanes. Véase, por todos, Jescheck, 64, III, 2, a), pág. 626; con limitaciones, Jakobs, 22, III, 30, págs. 809 y 810), aunque en los casos en los que la ley la pena excepcionalmente, puede ser castigada como proposición a delinquir, del

De otra parte, limitarse a reafirmar una voluntad delictiva ya existente no constituye instigación; pero sí lo es restablecer una decisión que previamente se había abandonado, o inducir a un delito más grave que aquel que el autor se disponía a ejecutar. Como se trata de formar una voluntad, el instigador ha de ejercer sobre el autor una influencia determinante y orientada a la ejecución precisa de una acción típica. Por esto ano configuran inducción los consejos vagos relativos a la conveniencia de entregarse a la vida delictual o las apreciaciones generales sobre los “infortunios de la virtud”. La inducción debe referirse a un hecho determinado. Sin embargo, puesto que el inductor carece del dominio del hecho, su posibilidad de hacer precisiones es limitada. Por eso, los detalles del plan y su ejecución concreta quedan abandonados al autor, pero no las desviaciones esenciales ni el exceso en el dolo, los cuales no gravan al instigador. La instigación se refiere a la ejecución de un hecho típico y antijurídico. Puesto que la ley habla expresamente de inducir a ejecutar, de ello debe deducirse que solo existe instigación a la autoría. No es punible, en consecuencia, la inducción a inducir o a prestar una simple colaboración accesoria (complicidad)¹⁷².

7.2. Complicidad y Encubrimiento.

Las figuras de complicidad y encubrimiento están descritas en el artículo 25.3.c) donde se castiga al que con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

Cómplice es el que participa en el hecho punible que otro comete, apoyándolo o auxiliándolo, pero sin haber determinado su resolución delictuosa. En otras palabras, es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro por actos anteriores o simultáneos. Implica una colaboración dolosa a un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la

artículo 8 inciso segundo del Código Penal Chileno, siempre que se den los restantes presupuestos de ésta. CURY. Ob. Cit., pág. 625.

¹⁷² CURY. Ob. Cit., pág. 627.

realización¹⁷³. La cooperación implica una aportación consciente (dolosa) a la tarea que se sabe y quiere común. No es necesaria una intención causal¹⁷⁴.

El encubrimiento, entendido como una intervención posterior a la ejecución del acto, era impune bajo el sistema anterior al del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁷⁵.

7.3. Asociación.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo III de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en el Estatuto de Roma no se define expresamente como delito la conspiración para cometer genocidio.

Sin embargo, el artículo 25.3.d considera como tal una conducta muy similar¹⁷⁶: al que contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. Dicha contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Esta norma es una propuesta de compromiso relativa a un Convenio sobre Terrorismo¹⁷⁷, en conflicto con el originario concepto de conspiracy no susceptible de consenso¹⁷⁸.

¹⁷³ BUSTOS. Ob. Cit., pág. 293.

¹⁷⁴ CURY. Ob. Cit., pág. 628.

¹⁷⁵ El encubrimiento, que en Chile está sancionado, corresponde a una tradición muy antigua, por lo menos en el derecho germánico. Muchos sistemas, como el español, lo han eliminado. En la actualidad, de hecho, su consideración es objeto de críticas, sobre todo porque, como la intervención del encubridor es posterior a la ejecución, falta por completo la relación de causalidad entre aquélla y el resultado típico. CURY. Ob. Cit., pág. 631.

¹⁷⁶ AMNISTÍA. Ob. Cit..

¹⁷⁷ Artículo 2.3.c de la Internacional Conventiunon for the Suppression of Terrorist Bombings, aprobado en Nueva York el 9 de enero de 1998, en International Legal Materials, 1998, pág. 249. Citado por Ambos, Kai. Ob. Cit., pág. 117.

¹⁷⁸ “Por eso, el conflicto de la tutela del derecho penal en torno a la aún lícita fase de preparación en caso de crímenes internacionales se resuelve a favor de un principio restrictivo que permite como límite

7.4. Instigación Directa y Pública.

También constituye un delito en virtud del artículo 25.3.e, el hecho de que una persona «haga una instigación directa y pública a que se cometa» genocidio¹⁷⁹.

En esta parte, se adoptó el tenor literal de la Convención de 1948¹⁸⁰. También a este precepto precedieron largas discusiones en las que al final se impusieron quienes querían conceder una posición privilegiada a la participación en el genocidio¹⁸¹.

Una norma especial del delito de genocidio señala en la letra e) del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que “respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa”.

En este punto estamos frente a una figura que podría equipararse don lo que se denomina la “apología del delito”. En este caso la incitación no se dirige a persona determinada, sino a un número más o menos grande de personas entre las que se espera surja alguna determinación delictiva. Son las llamadas incitaciones generales a delinquir¹⁸².

Esta figura, criticada y proscrita de los ordenamientos penales en general, dada su exagerada amplitud, y producto de la gravedad y la experiencia en el caso del delito de genocidio, es lo que ha permitido su consideración en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El que participa en un hecho punible obteniendo que otro se decida a realizarlo, generando en la mente de otro el propósito de delinquir, en lo que ve un aporte esencialmente psicológico.

mínimo de punibilidad la participación en la tentativa. Aunque esto es merecedor de aplauso, ahora se cuestiona, sin embargo, si cualquier otra contribución al hecho para delitos en grupo podrá delimitarse en esa dirección de la simple complicidad en el sentido del artículo 23.3.c.” AMBOS. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En El Estatuto de Roma, Bogotá, 1999, pág. 117.

¹⁷⁹ AMNISTÍA.

¹⁸⁰ Cuyo origen se atribuye a Lemkin, Raphaël, en American Journal of International Law, 1947, págs. 14 y siguientes. Citado por AMBOS, Ob. cit., pág. 117.

¹⁸¹ AMBOS. Ibid.

¹⁸² ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 93.

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 buscaba¹⁸³.

8. Iter Criminis.

En el iter criminis, entendido como las “etapas de desarrollo del delito”, distinguimos la tentativa (en su sentido amplio) de los actos preparatorios. Tentativa (o conato) es la situación en que el sujeto ha desarrollado una actividad externa, encaminada a la producción del hecho típico, el cual, sin embargo, no ha alcanzado a producirse. Por su parte, los actos preparatorios comprenden todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo. La regla general, defendida por los clásicos, es la impunidad de los actos preparatorios, que están todavía muy alejados de la realización completa del evento¹⁸⁴.

El delito consumado corresponde a la plena y total realización de la descripción legal de cada figura delictiva¹⁸⁵.

El artículo 25.3 del Estatuto contiene algunas menciones al iter criminis al enunciar las formas de participación, en forma específica para cada caso.

Al efecto señala sobre este aspecto que “de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o

¹⁸³ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

¹⁸⁴ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 53.

¹⁸⁵ ETCHEBERRY. Ibid.

encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común... f) Intente cometer ese crimen 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 desista de la comisión del crimen o impida 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”.

La tentativa, figura recogida en las letras b), c) y d), requiere, como requisitos objetivos, la realización de hechos externos que representen un comienzo de ejecución. La tentativa, en suma, no es un delito, es una forma de aparición de un delito, forma imperfecta, que no llega a la realización plena del evento descrito por la norma. Como requisitos subjetivos, exige la representación del resultado (con cualquier grado de probabilidad), un propósito dirigido a su obtención y una motivación normal (exigibilidad)¹⁸⁶.

El párrafo 3.f del mismo artículo estipula que quien intente cometer genocidio es culpable¹⁸⁷. La tentativa 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")¹⁸⁸.

¹⁸⁶ ETCHEBERRY. Ob. Cit., págs. 59 y 64.

¹⁸⁷ AMNISTÍA. Ob. Cit.

¹⁸⁸ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

EL delito frustrado (tal como se conoce en el ordenamiento chileno) está implícitamente reconocido en la letra f).

La mayor parte de las legislaciones no separa esta figura de delito frustrado de la tentativa propiamente tal¹⁸⁹. En esta figura, el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen se consuma, y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad¹⁹⁰.

En este punto, se asemeja a una definición a modo casi de tratado doctrinal en cuanto al inicio de la tentativa (mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad) y se reconoce el desistimiento como causa de exención de la pena (con el abandono definitivo y voluntario del propósito criminal del hecho)¹⁹¹.

9. Concursos.

El concurso real o material implica una pluralidad de hechos cada uno de ellos constitutivo de delito por sí mismo. El concurso ideal o formal implica una unidad del hecho con valoración múltiple, que da lugar a la existencia de varios delitos¹⁹².

En caso de delitos en concurso real ha de imponerse una pena individual para cada uno y después formarse una pena común, que no puede exceder de 30 años (en el caso de la pena privativa de libertad temporal) o de reclusión a perpetuidad¹⁹³.

¹⁸⁹ ETCHEBERRY. Ob. Cit., pág. 65.

¹⁹⁰ En base al artículo 7º inciso segundo del Código Penal chileno.

¹⁹¹ AMBOS. Ob. Cit., pág. 117.

¹⁹² ETCHEBERRY. Ob. Cit., págs. 115 y 116.

¹⁹³ AMBOS. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En El Estatuto de Horma, Bogotá, 1999, pág. 143.

10. Penalidad.

El Estatuto prevé como penas principales un apena privativa de libertad temporal de hasta 30 años o un apena de cadena perpetua (artículo 77). La pena privativa de libertad temporal podrá ser revisada tras haberse cumplido dos tercios de su duración: la cadena perpetua, transcurridos 25 años (artículo 110.3). Con carácter de penas accesorias se prevén una multa y el decomiso. La determinación de los criterios de medición de la pena se remite en lo principal a las Reglas de Procedimiento y Prueba¹⁹⁴. El artículo 78 se refiere únicamente a la gravedad del crimen y las

¹⁹⁴ Se establece en las Reglas de Procedimiento y Prueba: “*De las penas. Regla 145. Imposición de la pena. 1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte; b) Como circunstancias agravantes: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas. 3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes. Regla 146 Imposición de multas con arreglo al artículo 77 1. Para resolver si impone una multa con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 y fijar su cuantía, la Corte considerará si la pena de reclusión es suficiente. La Corte tendrá debidamente en cuenta la capacidad financiera del condenado, considerando entre otras cosas si se ha decretado un decomiso con arreglo al párrafo 2 b) del artículo 77 y, cuando proceda, una reparación con arreglo al artículo 75. La Corte tendrá en cuenta, además de los factores que se indican en la regla 145, si el crimen estuvo motivado por el afán de lucro personal y en qué medida. 2. Las multas impuestas con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 serán de una cuantía adecuada. A tal efecto, la Corte, además de los factores antes indicados, tendrá en cuenta, en particular, los daños y perjuicios causados y los correspondientes beneficios derivados del crimen que perciba el autor. Bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 75% del valor de los haberes y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que sirva para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo. 3. Cuando imponga una multa, la Corte deberá fijar un plazo razonable al condenado para pagarla. La Corte podrá decidir que el pago se efectúe de una*

circunstancias personales del autor, y determina por lo demás el cálculo de la medida de la pena. La Corte debe descontar el tiempo de detención previa. Como ya vimos, en caso de delitos en concurso real ha de imponerse una pena individual para cada uno y después formarse una pena común. La duración de la pena perpetua no está determinada, pero es posible deducir, a partir de la revisión de la cadena perpetua tras 25 años y de la pena privativa de libertad temporal tras el cumplimiento de sus dos tercios, que la duración total (tres tercios) de la pena de cadena perpetua no puede exceder de 37, 5 años (3 veces 12,5 años). Ello representaría también una diferencia suficiente respecto de la duración máxima de la pena privativa de libertad temporal (30 años). La Corte ha de constituir un fondo fiduciario, que se nutrirá fundamentalmente de multas y decomisos, a favor de las víctimas y de sus familiares (artículo 79)¹⁹⁵.

El catálogo de penas expuesto no ha satisfecho en particular a aquellos Estados que consideran necesarias penas más duras, en especial la pena de muerte (como Trinidad y Tobago

*sola vez o en varias cuotas, durante el plazo fijado. 4. Cuando imponga una multa, la Corte podrá, a título opcional, calcularla con arreglo a un sistema de días–multa. En tal caso, la duración mínima será de 30 días y la máxima de cinco años. La Corte decidirá la cuantía total de la multa de conformidad con las subreglas 1 y 2 y determinará la suma diaria que deba pagarse teniendo en cuenta las circunstancias individuales del condenado, incluidas las necesidades financieras de sus familiares a cargo. 5. Si el condenado no paga la multa impuesta en las condiciones antes indicadas, la Corte podrá tomar las medidas que procedan en cumplimiento de las reglas 217 a 222 y de conformidad con el artículo 109. De persistir el condenado en su actitud deliberada de no pagar y si la Presidencia, de oficio o a petición del Fiscal, llega a la conclusión de que se han agotado todas las medidas de ejecución aplicables, podrá como último recurso prolongar la reclusión por un período no superior a una cuarta parte de la pena y que no exceda de cinco años. Al determinar la prolongación, la Presidencia tendrá en cuenta la cuantía de la multa impuesta y pagada. La prolongación no será aplicable cuando se trate de una pena de reclusión a perpetuidad. La prolongación no podrá hacer que el período de reclusión sea superior a 30 años. 6. Para resolver si ordena una prolongación, y la duración de ésta, la Presidencia convocará una reunión a puerta cerrada a fin de escuchar al condenado y al Fiscal. El condenado tendrá derecho a la asistencia de un letrado. 7. La Corte, cuando imponga una multa, advertirá al condenado de que, en caso de no pagarla en las condiciones indicadas se podrá prolongar la duración de su reclusión según lo dispuesto en esta regla. **Regla 147. Órdenes de decomiso.** 1. De conformidad con los párrafos 2 y 3 del artículo 76 y con las reglas 63.1 y 143, en las audiencias relativas a una orden de decomiso la Sala recibirá pruebas en cuanto a la identificación y la ubicación del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente del crimen. 2. La Sala, si en el curso de la audiencia o antes de ella toma conocimiento de la existencia de un tercero de buena fe que parezca tener interés en el producto, los bienes o los haberes de que se trate, le hará una notificación. 3. El Fiscal, el condenado y el tercero de buena fe que tenga interés en el producto, los bienes o los haberes de que se trate podrán presentar pruebas relativas a la cuestión. 4. La Sala, tras examinar las pruebas presentadas, podrá dictar una orden de decomiso del producto, los bienes o los haberes si se ha cerciorado de que proceden directa o indirectamente del crimen. **Regla 148. Orden de transferencia de las multas o decomiso al Fondo Fiduciario.** Antes de dictar una orden de conformidad con el párrafo 2 del artículo 79, la Sala podrá pedir a los representantes del Fondo que le presenten observaciones escritas u orales”.*

¹⁹⁵

AMBOS. Ob. Cit., pág. 143.

y muchos Estados Árabes). Estos Estados querían evitar en todo caso que la renuncia a estas penas más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva de derecho internacional o interna. Por ello dispone el artículo 80 que las penas previstas en el Estatuto no afectarían al derecho interno. Sin embargo, la renuncia a la pena de muerte implica cuando menos ciertos reparos desde la perspectiva internacional¹⁹⁶.

¹⁹⁶ AMBOS. Ob. Cit. pág. 144.

III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA SOBRE GENOCIDIO. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. La competencia en el crimen de genocidio propuesta por Raphaël Lemkin.

En cuanto a la competencia para su juzgamiento, Raphaël Lemkin propuso la posibilidad de establecer como Estado competente a aquel donde se hubiere cometido el acto (territorialidad) como también el de cualquier Estado que hubiese capturado al autor (universalidad)¹⁹⁷. Lemkin reconoció la problemática de llevar ante los tribunales de justicia a los responsables de genocidio. En consecuencia, tiempo después, propuso la creación de una Corte Internacional con jurisdicción sobre los Jefes de Estado, los mandos de organizaciones y actos extraterritoriales de genocidio (jurisdicción internacional)¹⁹⁸.

2. La competencia en los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, fueron establecidos los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y de Extremo Oriente. Al primero correspondió el enjuiciamiento de los más importantes criminales de guerra de Europa, en tanto que al segundo, tocó juzgar a los del continente asiático.

En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas, habida cuenta de las discusiones sobre la legitimidad del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, adoptó una resolución, por unanimidad, que determinó que la sentencia y los principios que había utilizado el Tribunal de Nuremberg en el juzgamiento de los jefes nazis, eran derecho internacional, que las

¹⁹⁷ LIPPMAN. Ob. Cit., pág. 590.

¹⁹⁸ LEMKIN. Genocide proposed changes in The United Nations, New York, 1946. Capítulos 2, 4, 5. Citado por Lippman. Ob. Cit., pág. 591.

conductas que el Estatuto de Nuremberg había incriminado en este artículo 6 al que no referimos no eran nada más que declarativas y que eran conductas consideradas como criminales mucho antes que el Estatuto de Nuremberg tuviera existencia.

Lo esencial de esto es que se ha considerado que los crímenes de derecho internacional cuando son tipificados, cuando son incriminados en una norma positiva, tienen efectos declarativos porque esas conductas ya eran consideradas criminales por el derecho de las naciones antes de que fueran consagradas en un texto escrito¹⁹⁹.

Si bien el crimen de genocidio no se encontraba aún codificado en esa época, es posible afirmar que en su esencia, estuvo bajo la competencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, y su inclusión (aún sin dicha denominación) sirvió de base para su tipificación en la Convención de 1948.

En el Estatuto del Tribunal de Nuremberg se estableció que el Tribunal contaba con la competencia necesaria para juzgar y castigar a las personas, que como individuos, o integrantes de diversas organizaciones, cometiesen algunos de los siguientes crímenes²⁰⁰:

Crímenes contra la paz: planeamiento, preparación, ejecución de una guerra, participación en un plan o conspiración para cometer los actos precedentes.

Crímenes de guerra: violaciones de las leyes, asesinatos, malos tratos, lesiones, deportaciones para trabajos forzados u otros propósitos, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes.

¹⁹⁹ RELVA, Hugo. El Genocidio y los Crímenes de Lesa Humanidad. Coordinador para América Latina para la Corte Penal Internacional de Amnistía Internacional y Consultor de la International Coalition for the International Criminal Court). Presentación, Lima Perú, pág 3 y ss.

²⁰⁰ En el art. 6 de la Carta del Tribunal se establece una división tripartita de los crímenes a enjuiciar, pero en el proceso esta clasificación pasará a tener 4 grupos: Los delitos de conspiración (The Common Plan or Conspiracy) se separarán de los Crímenes contra la Paz (Crimes against Peace).

Crímenes contra la humanidad: asesinatos, exterminios, esclavitud, deportación, otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o conexión con crímenes de jurisdicción de este Tribunal sea o no violación de la legislación interna donde se perpetrasen.

Parte de los delitos objeto de juicio por el Tribunal de Nüremberg, son fruto de la aplicación de normas y principios del régimen nazi. Estos anularon el principio fundamental en el Estado de Derecho, "nullum crimen, nulla poena sine lege" por ley de 26 de Junio de 1935, así como el contenido de la Constitución de Weimar de 1919, en especial lo relativo a derechos y libertades fundamentales (Libro II arts. 109 y ss.)²⁰¹.

La Carta del Tribunal de Nuremberg, cuando incriminó las conductas que caían bajo su competencia, no incluyó al genocidio dentro de las figuras bajo ella. Sin embargo, la Fiscalía en la acusación ante el Tribunal utilizó este neologismo a la hora de imputar conductas criminales.

Los cargos de las acusaciones fueron cuatro, aunque dentro de cada uno de ellos cupiesen figuras delictivas diversas, que como veremos seguidamente, sirvieron de base a la inclusión en su competencia del crimen de genocidio.

Es concretamente en el Cargo IV (Crímenes contra la humanidad) donde se van a perfilar las características de este delito. La extensión de su articulado permite incluir bajo la rúbrica "Crímenes contra la Humanidad", distintos tipos de delitos que actualmente son independientes, como por ejemplo el genocidio.

En este sentido es posible establecer una conexión con el delito de genocidio. La mayoría de las sentencias del Tribunal recayeron sobre personas directamente implicadas en el exterminio de los judíos. Si bien en 1945 esa destrucción fue calificada como delito contra la humanidad, en 1948 serviría de base para la creación de un tipo autónomo que aclararía la poca precisión y

²⁰¹ Huber y Müller. *El Tercer Reich*, Barcelona, 1967, págs. 502 a 503. 1. Opinión en contrario, en el sentido de que dicho principio, junto a otros, fueron evidentemente conculcados, en ALAVAREZ. *Ob. cit.*

concretaría el campo de actuación de lo que en Nuremberg era un término amplísimo en el que tenían entrada diversos tipos de delitos.

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".

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 nacionalsocialista, 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 derecho común internacional, propuesto aquí como raíz de la costumbre internacional.

Agregaba el jurista, que los actos de los acusados formaron parte integrante de un plan de política criminal y que debían ser juzgados en función de esta política criminal.

A su vez, en enero de 1946 fue creado, con sede en Tokio, el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente. En abril de 1946 se adoptó el Reglamento del Tribunal, que es muy similar al Estatuto de Nüremberg.

Sin embargo, prescinde de la clasificación cuatripartita de infracciones, sacrificándose la figura del complot o conspiracy, quedando los tipos delictivos agrupados en tres clases, crímenes

contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cuya consagración consta en el artículo 5 del Estatuto del referido tribunal²⁰².

3. Jurisdicción y competencia en la Convención de 1948.

La cuestión de la aplicabilidad de la Convención fue planteada en relación con el primer proyecto. El preámbulo disponía que las partes “se obligan a prevenir y reprimir tales actos en cualquier lugar que pudieren ocurrir”.

El Secretario General y los expertos opinaron que la universalidad de la represión parece haber sido la intención de la Resolución 96 (I) de la Asamblea General. En la medida en que el genocidio es, por su naturaleza, un delito de derecho internacional entendieron que la Convención fracasaría en su propósito si los actos de genocidio no pudieran ser perseguidos fuera de los territorios de las partes en la Convención. Sostuvieron empero, que aun tal extensión debía necesariamente quedar restringida a los delincuentes que pudieran ser procesados ante un tribunal de un Estado signatario o ante un tribunal internacional y a la acción contra un Estado no signatario. En el proyecto del Secretariado, tal extensión estaba contenida en el artículo VII, en cuanto a individuos se refiere, y en el artículo XII, en cuanto se contemplaba la acción por las Naciones Unidas.

Resulta relevante destacar 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.

²⁰² Lledó Vásquez, Rodrigo. Derecho Internacional Penal. Ediciones Congreso. Santiago, 2000, pág. 192.

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. Se argumentó que como el genocidio involucra o puede involucrar la responsabilidad de un Estado, el principio de la represión universal convertiría a los tribunales de Estados extranjeros en jueces de la conducta de un gobierno extranjero, lo cual podría provocar tensión internacional²⁰³.

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.

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.

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.

²⁰³ Robinson, Nehemiah. Ob. Cit., pág. 29.

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. 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”.

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, estimaba 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 sancionadas²⁰⁴.

²⁰⁴ 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

En definitiva, en la Sexta Comisión se rechazó el principio de la universalidad por 29 votos contra 6, con 10 abstenciones. Un argumento adicional fue el de que la represión universal podría llevar al abandono de la idea de un tribunal internacional.

3.1 Convención sobre genocidio.

El texto no contiene ninguna referencia a la universalidad ni en el preámbulo ni en los artículos pertinentes.

El artículo VI de la Convención establece: “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”.

Como el artículo precedente establecía de los Estados de dar un castigo efectivo por los actos de que se ocupa la Convención, no pudo subsistir duda alguna acerca de la jurisdicción primaria de los tribunales locales. Fue evidente desde el comienzo mismo, sin embargo, que la jurisdicción local no era suficiente, especialmente en casos de jefes de Estado o de altos funcionarios, ya que las autoridades y los tribunales locales podrían generalmente encontrarse en situación de no poder o no querer acusarlos y castigarlos. Esta consideración indujo a los autores del primer proyecto a estatuir la jurisdicción internacional en ciertos casos especificados. Hubo sin embargo oposición a esta disposición, basada en parte en la resistencia de ciertos Estados a acceder a la jurisdicción internacional, en parte en la consideración de que los fallos de tales Cortes no podrían ser ejecutados y en parte en la no existencia de tribunales penales internacionales²⁰⁵.

genocidio en donde se viera comprometida la responsabilidad de un Estado. Esta propuesta no recibiría mucho apoyo por parte de las demás delegaciones.

²⁰⁵ ROBINSON. Ob. Cit., pág. 75.

Resulta evidente del significado y lenguaje claros de esta disposición que la jurisdicción es territorial y que únicamente si un “tribunal penal internacional” es establecido y únicamente si los Estados parte de la Convención sobre Genocidio son también Estados parte de la convención que establece un “tribunal penal internacional” puede este último tribunal tener jurisdicción universal. Sin embargo, dicha jurisdicción universal dependerá del estatuto de ese “tribunal penal internacional,” si es establecido y cuando lo sea²⁰⁶.

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 parte²⁰⁷.

No obstante el hecho que el artículo VI de la Convención sobre Genocidio difícilmente justifica el punto de vista de que él refleja la teoría de la universalidad de jurisdicción, algunos comentaristas argumentan consistentemente que la legislación internacional consuetudinaria ha reconocido la universalidad de jurisdicción para el genocidio a pesar que no existe una práctica de los Estados para apoyar dicha argumentación. Como el profesor Meron señala, “Es cada vez más reconocido por los principales comentaristas que el crimen de genocidio (a pesar de la ausencia de una disposición con respecto a la jurisdicción universal en la Convención sobre Genocidio) puede también constituir una causa para el procesamiento por cualquier Estado”²⁰⁸.

No obstante la ausencia de respaldo en el derecho internacional convencional y en la práctica de los Estados²⁰⁹ para la aseveración categórica de que el genocidio ipso facto confiere

²⁰⁶ BASSIOUNI. Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea. Título original: “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”. Publicado en Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int’l. L. 81.

²⁰⁷ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

²⁰⁸ Ver Schabas, supra nota 70, en 353-78; Matthew Lippman, “Genocide”, en 1 International Criminal Law 589-613 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

²⁰⁹ Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 Am. J. Int’l L. 554, 569 (1995). Pero ver Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, 59 Law & Contemp. Probs. 153, 159-60 (1996); Jordan J. Paust, “Congress and Genocide: They’re Not Going to Get Away with It”, 11 Mich. J. Int’l L. 90, 91-92 (1989); Randall, supra nota 131, en 837. Estos y otros autores, incluyendo este autor, han

jurisdicción universal, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic, en conexión con genocidio, señaló que “la jurisdicción universal es hoy reconocida para los crímenes internacionales”²¹⁰. En forma similar, el TPIR sostuvo en el caso del Estado contra Ntuyahaga que la jurisdicción universal existe para el crimen de genocidio²¹¹.

4. Tribunal Internacional para el juzgamiento de los crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia.

En conformidad al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 808 de 22 de febrero de 1993 en virtud de la cual, considerando que la situación de la ex – Yugoslavia constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, decidió la creación de un Tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex–Yugoslavia, cometidas a partir de 1991. El 27 de mayo de 1993, en definitiva, se aprueba el Estatuto del Tribunal Internacional²¹². Habiendo sido establecido de esta manera, el Tribunal, con sede en la Haya, Holanda, pasó a ser un órgano subsidiario de la organización, de los previstos en el artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas²¹³.

En cuanto a la competencia *ratione materiae* del Tribunal, aquella está basada en siete instrumentos internacionales, entre los que se cuenta la Convención para la prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

consistentemente sostenido que la jurisdicción universal se aplica al genocidio como un crimen internacional *jus cogens*. Es debido a la influencia de los tratadistas que la Restatement of the Foreign Relations Law of the United States explica: “La jurisdicción universal para castigar el genocidio es ampliamente aceptada como un principio del derecho consuetudinario”. Restatement (Third) of Foreign Relations, supra nota 37, 404, nota 1 del relator.

²¹⁰ Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto al genocidio, ver infra notas 188-227 y texto acompañado.

²¹¹ Prosecutor v. Tadic, Caso N° IT-94-1-AR72, Decisión sobre la Presentación de la Defensa por Apelación

Interlocutoria sobre Jurisdicción, par. 62 (2 de octubre de 1995).

²¹² LLEDÓ Vásquez, Rodrigo. Derecho Internacional Penal. Ediciones Congreso. Santiago, 2000, pág. 202.

²¹³ LLEDÓ. Ob. cit. pág. 203.

En el marco de su desarrollo, se acusó a un grupo de 21 personas el 13 de febrero de 1995, por hechos acaecidos entre junio y agosto de 1992 en el campo Serbobosnio de Omarska en Opstina de Prigedor, al noroeste de Bosnia. Las acusaciones cubrían un amplio rango de delitos – desde graves violaciones a las Convenciones de Ginebra hasta Genocidio – y representaban la primer ocasión en que el cargo de genocidio había sido presentado ante el tribunal. Luego, el 26 de junio del mismo año el fiscal suscribió acusación contra Dusko Sikirica, comandante de campo de Keraterm, también en la región de Progedor, por el crimen de genocidio. Cargos similares fueron levantados por el fiscal contra Slobodan Milosevic, Goran Jelusic y Ranko Cesic. El 25 de julio, otras dos acusaciones fueron confirmadas, contra Radovan Karadzic y Ratko Mladic, acusados de genocidio, y otros crímenes internacionales²¹⁴.

5. Tribunal Internacional para Rwanda.

En 1994, entre abril y mayo, Rwanda país de África del Este e independiente desde 1962, sufrió un grave conflicto enorme, cuyo número de muertos oscilaba entre medio y un millón, de acuerdo con los informes de Naciones Unidas. El odio tribal entre las etnias de los hutus y de los tutsis, alcanzó proporciones enormes.

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 Rwanda, en aplicación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

El Tribunal Internacional para Rwanda 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 Rwanda, y de

²¹⁴ United Nations. Year Book 1995, Vol. 49. Department of Public Information. United Nations, New York, 1997, pág. 1314.

ciudadanos rwandeses 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 Rwanda 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.)²¹⁵.

5.1 Proceso de Jean-Paul Akayesu.

Tres sujetos fueron puestos a disposición en mayo de 1996, Georges Anderson Nderubumwe Rutuganda, Jean-Paul Akayesu y Clément Kayishema, a quienes se les acusó de haber cometido “genocidio y conspiración para cometer genocidio, asesinato masivo de varios miles de hombres, mujeres y niños, en la Prefectura de Kibuyem, en el oeste de Rwanda”²¹⁶.

²¹⁵ Hay que hacer notar que el Tribunal Penal de Rwanda 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.

²¹⁶ Payam Akhavan. The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment. American Journal of International Law, Vol. 90, N° 3, July 1996, pág.509.

Jean-Paul Akayezu, alcalde 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 incitación directa y pública para cometer el crimen de genocidio. El 2 de octubre del mismo año se le dictaba sentencia de cadena perpetua²¹⁷.

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 más que un simple componente²¹⁸.

5.2 La problemática del dolo especial en la sentencia de Jean-Paul Akayesu.

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).

²¹⁷ TPIR, Sala de Primera Instancia I: "Le Procureur c/Jean-Paul Akayezu", Affaire, No. ICTR-96-4-T.

²¹⁸ TPIR. Ibid. No. ICTR 96-4-9, párrafos 518 y 519.

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"²¹⁹.

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 genocida²²⁰.

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.

²¹⁹ TPIR. Ibid, párrafos 495; 512 y 510. En forma muy desafortunada, el tribunal se basa en 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.

²²⁰ TPIR. Ibid. párrafo núm. 520.

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 Penal, deducir más allá de toda duda razonable, la intención genocida del acusado²²¹.

El Coronel Théoneste Bagasora, quien fue Director del Gabinete del Ministerio de Defensa de Rwanda y estrecho colaborador del presidente Habyarimana, fue acusado de ser el autor intelectual de las masacres de civiles rwandeses y de los asesinatos de 10 soldados belgas de las Naciones Unidas²²².

6. El caso Pinochet y el crimen de genocidio.

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".

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.

²²¹ TPIR. Ibid, 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 París, 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.

²²² LLEDÓ. Ob. cit. pág. 234.

6.1 Interpretación de la Audiencia Nacional de España.

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.

A continuación, transcribimos una síntesis de la resolución:

“En los hechos imputados en el sumario está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población chilena, sin excluir a los residentes afines. 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 y 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 del grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes y amedrentamiento de los miembros del grupo claramente definido -identificable- para los represores. No fue una actuación al azar, indiscriminada.

Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "político" o las voces "u otros" cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los

imputados en esta causa. 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 que los apelantes (en este recurso, un solo apelante) defienden 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, 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, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. 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. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 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 cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también.

Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”²²³.

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.

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.

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

²²³ Capítulo Quinto. Sobre si los hechos imputados son susceptibles de calificarse, según la Ley penal española, como genocidio. AUDIENCIA. Ob. cit.

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 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.

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 culturales²²⁴.

6.2 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

²²⁴ Tampoco prosperaron, en aquél entonces, los pocos intentos por introducir dentro de la definición de genocidio, el delito contra el medio ambiente, por ejemplo "el ecocidio" como destrucción ambiental.

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 extraterritorialidad²²⁵. 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 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.

7. La Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional es un tribunal internacional de justicia permanente y complementario de las jurisdicciones nacionales, que se basa en el principio de territorialidad, persiguiendo la responsabilidad penal de personas naturales, por los delitos que se señalan,

²²⁵ 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.

cometidos a futuro, declarándose los imprescriptibles. Su sede se ubica en Holanda, en la ciudad de La Haya²²⁶.

Al ser permanente, previene que se sigan creando tribunales penales internacionales ad hoc, como fueron los de Nürenberg o de Tokio, manteniéndose a lo largo del tiempo un tribunal que sea competente para resolver asuntos ocurridos con posterioridad a su creación.

En cuanto a los delitos que conoce, en la parte segunda del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que trata a cerca de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, en el artículo 5, se establecen los crímenes de la competencia de la Corte: “1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”.

A continuación, en el artículo 6, se contempla expresamente el crimen de genocidio.

En 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 general²²⁷.

Por tanto, se optó por el establecimiento de una jurisdicción para la Corte Penal Internacional de carácter complementaria a las jurisdicciones nacionales.

²²⁶ FIGUEROA Elgueta, José Ignacio. Tribunal Penal Internacional. Juicio a Genocidios y Crímenes de Guerra. Artículo publicado en Revista del Abogado, Nro. 35, Santiago, enero 2006.

²²⁷ GÓMEZ-ROBLEDO. Ob. Cit.

7.1 La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre El Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Recientemente, en el ámbito del Derecho Internacional, se ha desarrollado un importante avance en materia de crímenes que afectan a la comunidad internacional.

Desde la antigüedad existió el concepto de que hay ciertos crímenes que, por su gravedad y circunstancias, convierten a sus autores en "enemigos del género humano" (hostes generi humanis), por lo que no deben quedar sin castigo y cualquiera que aprese al autor debe castigarlo.

La terminología que se utiliza actualmente para designar ciertos delitos graves, cuando se cometen con propósitos y en circunstancias especiales, como crímenes contra la humanidad surge fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la doctrina y los principios establecidos por las sentencias de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, los que más tarde fueron aprobados por una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que estableció los crímenes de derecho internacional: Crímenes contra la paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la humanidad.

Así, la creación de una Justicia Penal Internacional para perseguir estos crímenes se ha desarrollado desde fines de la Segunda Guerra Mundial, especialmente luego de la Constitución del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

A partir de la década de los noventa, con el mayor protagonismo alcanzado por las Naciones Unidas a través del Consejo de Seguridad en la resolución de los conflictos regionales, se generan las condiciones políticas necesarias para lograr la creación de esta Justicia Penal Internacional.

Mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se establecen los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y a partir del año 1995 comienza en las Naciones Unidas un debate en torno al proyecto de un Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, el 17 de julio de 1998, se logra el establecimiento de la Corte Penal Internacional con la suscripción del Acta Final de la Conferencia de Roma.

La Corte Penal Internacional es un tribunal internacional de justicia permanente y complementario de las jurisdicciones nacionales, que se basa en el principio de territorialidad, persiguiendo la responsabilidad penal de personas naturales, por los delitos que se señalan, cometidos a futuro, declarándose los imprescriptibles. Su sede se ubica en Holanda, en la ciudad de La Haya.

Al ser permanente, previene que se sigan creando tribunales penales internacionales ad hoc, como fueron los de Nürenberg o de Tokio, tan cuestionados y criticados, manteniéndose a lo largo del tiempo un tribunal que sea competente para resolver asuntos ocurridos con posterioridad a su creación.

En cuanto a los delitos que conoce, estos son los de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, definiéndolos latamente y desarrollando el catálogo de tipos penales específicos, el que llega a una cantidad aproximada de 80. Además incluye los “crímenes de agresión”, cuya aplicación se encuentra suspendida hasta que se apruebe la disposición que los defina.

Hay que destacar que la Corte Penal Internacional funciona subsidiariamente o en subsidio de las competencias de los tribunales internos. Sólo a falta de tribunales internos o si éstos no están en condiciones de impartir justicia, opera la Corte Penal Internacional. De manera tal que la Corte no puede entenderse, y esta es la esencia del principio de complementariedad, como substituyendo el ejercicio de la jurisdicción que le compete a los tribunales internacionales.

Sin embargo, El Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 346 de 8 de abril de 2002, exigió la reforma de la Carta Fundamental como requisito previo para la aprobación del Tratado de Roma de 1998. Básicamente, estableció tres líneas para fundamentar su fallo: a) Esencia de la soberanía: El TPI comprometía de parte esencial de la soberanía, a menos que se condujera previa reforma la Carta; b) El TPI adolecía de diversas inconstitucionalidades técnicas; y c) El

TPI es un ejemplo de lo que se llama Inconstitucionalidad por Imprevisión, esto es, que este Tribunal no estaba previsto en nuestra Constitución.

Por lo anteriormente expuesto, especialmente sobre el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, rechazamos la conclusión arribada en el fallo del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 que no respetó los avances que el derecho Internacional ha experimentado a la fecha y dejó en la práctica a nuestro país fuera de uno de los procesos más importantes del último siglo en materia de Derechos Humanos.

A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, se hace urgente una Reforma Constitucional para que nuestro país pueda ratificar el Tratado de Roma de 1998.

8. Proyecto de ley que penaliza las conductas constitutivas de genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra.

La noción de crímenes internacionales surge fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la doctrina y los principios establecidos por las sentencias de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, los que más tarde fueron aprobados por una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que estableció los siguientes crímenes de derecho internacional:

El fundamento teórico de estas figuras está en el *Ius Cogens*, derecho que se encuentra por sobre las naciones, que las obliga a la protección de los atributos fundamentales del ser humano y cuyos principios han sido recogidos en numerosos instrumentos internacionales. Es el caso de la Convención de Viena, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los Pactos de Ginebra y de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, por nombrar sólo algunos.

Como consecuencia de la relevancia de estos delitos, surge la jurisdicción universal, como potestad que se reconoce a los Estados para investigar y juzgar a través de sus propios tribunales,

a nombre de la comunidad internacional y de acuerdo a los principios y normas del Derecho Internacional generalmente aplicables, a las personas sospechosas de haber tenido participación en la comisión de delitos graves, que por su naturaleza representan un atentado contra toda la humanidad.

Reconociéndose las mejores condiciones de los tribunales nacionales competentes para ejercer la jurisdicción, se ha demostrado que éstos no siempre son suficientemente eficaces para sancionar estos hechos, lo que ha obligado a establecer ciertos casos de extraterritorialidad a fin que ilícitos muy graves no queden impunes. Recuerdan al efecto la experiencia de los Tribunales de Nüremberg, Ruanda y Yugoslavia, seguida de la Corte Penal Internacional.

La Moción Legislativa de los senadores señores Naranjo y Viera Gallo de diciembre de 2005 propone incorporar un título especial en el Código Penal, tipificando las diversas hipótesis constitutivas de estos ilícitos y disponiendo ciertas reglas generales para su persecución.

El proyecto de ley consta de un artículo único que incorpora en el Código Penal, a continuación del artículo 161, un Título III-A, nuevo, del Libro Segundo (Artículos 161 A a 161 M), denominado "De los crímenes y simples delitos contra la comunidad internacional".

La iniciativa viene a tipificar y sancionar, en nuestro ordenamiento positivo interno, graves crímenes que, mediante diversos instrumentos internacionales ratificados y vigentes, Chile se ha obligado a establecer y castigar en su legislación. En dicho orden de ideas, el proyecto constituye nada más que el cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos con anterioridad por nuestro país cuyo cumplimiento está pendiente.

Desde otro punto de vista, al castigar estos graves crímenes, el proyecto sólo viene a dar aplicación a principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, basado en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, en su primacía frente al Estado y en el respeto y protección a los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana.

No obstante ello, durante la discusión particular habrá de revisarse cuidadosamente la descripción de los nuevos delitos, así como las normas sobre procedimientos y competencia de

los tribunales nacionales, extranjeros e internacionales, cuidando de recoger los términos en que sea aprobada en definitiva la autorización constitucional para ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues ella incluirá una serie de declaraciones interpretativas o prevenciones que deberían contemplarse expresamente en esta iniciativa (primacía de jurisdicción criminal chilena para investigar, juzgar y sancionar estos crímenes; no entrega de sospechosos de parte Chile a órganos extranjeros o internacionales hasta que los órganos chilenos hayan tenido la oportunidad de investigar, juzgar y sancionar el presunto crimen, etc.)

CONCLUSIÓN

El desarrollo del derecho internacional ha encontrado en la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional un punto importante de inflexión hacia la construcción de una verdadera justicia penal internacional.

En este contexto, el crimen de genocidio ocupa un lugar importantísimo en la preocupación permanente por dotar a este sistema internacional de una seguridad jurídica y estabilidad de la que carecía hace tan sólo 50 años.

Su carácter de norma de ius cogens y su aceptación general por la comunidad jurídica internacional permiten afirmar que el propósito manifestado por Raphaël Lemkin al difundir la importancia de prevenir actos como los que engloba este delito, han tenido eco en el derecho internacional.

Es de esperar que tanto en el desempeño de la Corte Penal Internacional como en la adopción del tipo de genocidio en el derecho interno chileno no queden entrampados en el Congreso los proyectos respectivos, mientras el mundo entero se involucra en el desarrollo progresivo de la justicia penal internacional.

El propósito de esta obra fue precisamente contribuir a entender el origen y desarrollo del crimen de genocidio a la luz del derecho internacional, y comprender la importancia de los esfuerzos internacionales por dotar a este sistema penal internacional de eficacia y de su función esencial: la prevención de actos condenables como los que caracterizan al crimen de genocidio.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ Roldán, Luis B. El Genocidio como Delito Internacional. [en línea] Fundación Centro de Información y documentación <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-1.pdf>> [consulta: 22 agosto 2006]

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder. Universidad de Externado, Colombia, 1998, pp. 28 y ss., citando a Schroeder, *Der Täter Hinter Dem Täter*, 1965.

AMBOS, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. En *El Estatuto de Roma*, Bogotá, 1999.

AMNISTÍA Internacional. Corte Penal Internacional. Folleto 3. [en línea] Enjuiciamientos por el crimen de genocidio, 1 de agosto de 2000 <<http://web.amnesty.org/library/index/esIIOR400042000?Open&of=esl-393>> [consulta: 22 agosto 2006]

AUDIENCIA Nacional de España. Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [en línea] Madrid, 4 y 5 de noviembre de 1998, considerando Quinto de ambos fallos referidos a la dictadura argentina y chilena respectivamente. <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html>> <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>> [consulta: 22 agosto 2006]

BARCESAT S., Eduardo. Sobre el Concepto de Genocidio [en línea] <<http://www.menschenrechte.org/Menschenrechte/Koalition/info.htm>> [consulta: 22 agosto 2006]

BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

BASSIOUNI, M. Cherif. International Crimes: Jus Cogens and obligatio Erga Omnes. En: *Law & Contemp. Prob.*, 25, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif. Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea. Título original: "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice". Publicado en *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law III, Enforcement* 1998, p 74.

BELTRA Ballester. Citado por ALVAREZ ROLDAN, Luis B. *El Genocidio como Delito Internacional*. [en línea] Fundación Centro de Información y documentación <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-1.pdf>> [consulta: 22 agosto 2006]

BUSTOS Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989.

CIJ, "Reserves à la Convention pour la Prévention et la Represión du Crime de Génocide", Avis Consultatif du 28 Mai 1951, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1951.

COMISIÓN Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000 y 12 a 30 de junio de 2000.

CONGRESO Internacional del Movimiento Judicial Francés, París, 1946; Delegación de Holanda ante la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, Bruselas, 1947.

CONVENCIÓN para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio.

CORTE Internacional de Justicia. Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre Reserva a la Convención de Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio.

CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.

DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992.

ELEMENTOS del Crimen. Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. [en línea] Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000 y 12 a 30 de junio de 2000 <http://www.un.org/law/icc/statute/elements/spanish/1_add2s.doc> [consulta: 22 agosto 2006]

ESTATUTO de Roma de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General*. Editorial Jurídica. Santiago, 1997.

FIGUEROA Elgueta, José Ignacio. Tribunal Penal Internacional. Juicio a Genocidios y Crímenes de Guerra. Artículo publicado en Revista del Abogado, Nro. 35, Santiago, enero 2006.

GAMBOA Serazzi, Fernando. Fernández Undurraga, Macarena. Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2005.

GÓMEZ-ROBLEDO Verduzco, Alonso. El Crimen de Genocidio en Derecho Internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXV, Número 105 Septiembre-Diciembre 2002.

INFORME M. B. WHITAKER. Estudio sobre la cuestión de la prevención y la represión del delito de genocidio. Resolución 1983/83 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 27 de mayo de 1983.

INTERNATIONAL CENTRE FOR CRIMINAL LAW REFORM AND JUSTICE POLICY; RIGHTS AND DEMOCRACY. Manual para la Ratificación e Implementación del Estatuto de Roma. Vancouver, mayo 2000.

LEMKIN, Raphael. Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Análisis of Government, Proposals for Redress, Washington, D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LEMKIN, Raphael. Genocide proposed changes in The United Nations, New York, 1946. Capítulos 2, 4, 5. Citado por Lippman. Ob. Cit., pág. 591.

LIPPMAN, Matthew. Genocide. En: Bassiouni, M. Cherif. International Criminal Law, second edition, volume I. Crimes. Transnational Publishers, New York, 1999, pág.591.

LLEDÓ Vásquez, Rodrigo. Derecho Internacional Penal. Ediciones Congreso. Santiago, 2000.

MACKINNON Roehrs, John R. Autoría y Participación y el delito de Receptación. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.

PAYAM Akhavan. The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment. American Journal of International Law, Vol. 90, N° 3, July 1996.

PROSECUTOR V. TADIC, Caso N° IT-94-1-AR72, Decisión sobre la Presentación de la Defensa por Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción, par. 62 (2 de octubre de 1995).

RELVA, Hugo. El Genocidio y los Crímenes de Lesa Humanidad. Coordinador para América Latina para la Corte Penal Internacional de Amnistía Internacional y Consultor de la International Coalition for the International Criminal Court. Presentación, Lima Perú, 1999.

RESOLUCIÓN 95 (I) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

RESOLUCIÓN 96 (I) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE 11 DE DICIEMBRE DE 1946.

ROBINSON, Nehemiah. La Convención sobre genocidio, traducción de Natan Lerner, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

SARTRE, Jean-Paul., "El genocidio", Situations VIII, Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47; y Tribunal Russell II: le jugement final, París, Gallimard, 1968.

PROSECUTOR V. KAMBANDA, causa núm. ICTR 97-23-S, Sala 4 de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, septiembre de 1998, párr. 16.

SERRANO, Mariol. El Genocidio sobre la base de Nüremberg. [en línea] Valoración crítica del tipo actual. Centro de Derechos Humanos de Nüremberg. <<http://www.menschenrechte.org/beitraege/straflosigkeit/beit006st.htm>> [consulta: 22 agosto 2006]

STEIN, S. D. Genocide. E. Cashmore (ed.). Dictionary of Race and Ethnic Relations, Fourth Edition. London, Routledge, 1996.

SUNGA, Lyal S. La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, en Ambos, Kai. El Estatuto de Roma, Bogotá, 1999.

TAZÓN, Santiago. Darfur: Actos genocidas que no constituyen genocidio. [en línea] Grupo de Estudios Estratégicos. España, 11 de Febrero de 2005. <<http://www.gees.org/articulo/1109/>> [consulta: 22 agosto 2006]

TERNON, Yves. El Estado criminal: Los genocidios en el siglo XX, Editorial Península, Barcelona, 1995.

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

UNITED NATIONS. Year Book 1995, Vol. 49. Department of Public Information. United Nations, New York, 1997.

VALENCIA Villa, Hernando. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional. En: La Justicia Penal Internacional, una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional. Ediciones Casa de América, Madrid, 2001.