



Universidad
Rey Juan Carlos

Facultad de
Ciencias Jurídicas y Políticas

**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2024/2025
CONVOCATORIA NOVIEMBRE 2024**

**LA DEFINICIÓN JURÍDICA DEL GENOCIDIO Y SU APLICACIÓN
EN TRIBUNALES INTERNACIONALES**

AUTOR: Pinto Topić, Marco

En Viena, a 30 de octubre de 2024

A quienes no vivieron para ver justicia.

ÍNDICE

ÍNDICE	4
ABREVIACIONES Y SIGLAS	6
INTRODUCCIÓN	7
I. Objeto y motivaciones	7
II. Pregunta de investigación y objetivos	7
III. Metodología y estructura	7
CAPÍTULO PRIMERO. DE LOS ORÍGENES DEL GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	9
I. Las transformaciones del Derecho internacional en el siglo XX	9
1. Lauterpacht y los derechos internacionales del individuo	9
2. Raphael Lemkin y la protección del grupo	11
II. La sanción de crímenes internacionales en los Juicios de Núremberg	12
III. La humanización de los crímenes internacionales en la Convención contra el Genocidio	14
IV. Reflexiones del Capítulo Primero	15
CAPÍTULO SEGUNDO. CRÍMENES INTERNACIONALES	17
I. La responsabilidad por ilícitos en el Derecho internacional	17
II. El elemento objetivo o físico del genocidio	19
III. El elemento subjetivo o mental del genocidio	21
IV. Reflexiones del Capítulo Segundo	24
CAPÍTULO TERCERO. CASOS PRÁCTICOS: LA REPONSABILIDAD POR GENOCIDIO EN INDIVIDUOS Y EN ESTADOS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	25
I. Ilícitos internacionales en la ex Yugoslavia	25
II. La responsabilidad individual en los casos de la ex Yugoslavia	26
III. <i>Bosnia c. Serbia</i> y la responsabilidad del Estado	30
IV. Reflexiones del Capítulo Tercero y comparación de los casos	34
CAPÍTULO CUARTO. CUESTIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO	35
I. Diferencia entre el genocidio y otros crímenes internacionales: ¿es útil la “jerarquización” del orden penal internacional?	35
II. ¿Es demasiado restrictiva la definición actual del genocidio?	36
1. <i>Croacia c. Serbia</i> y las limitaciones del <i>actus reus</i>	37

2. Especial mención a la limpieza étnica como componente del genocidio.....	38
3. El elemento cultural del genocidio	38
III. La aplicabilidad del delito de genocidio a casos pendientes	39
IV. Reflexiones del Capítulo Cuarto	41
CONCLUSIÓN	42
BIBLIOGRAFÍA.....	44
I. Libros	44
II. Artículos académicos	44
III. Tratados y resoluciones internacionales	46
IV. Leyes y jurisprudencia	47
V. Prensa	48
VI. Páginas web.....	48

ABREVIACIONES Y SIGLAS

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
Alem.	En alemán
Art.	Artículo
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
ECC	Empresa criminal conjunta
Fr.	En francés
Ing.	En inglés
Lat.	En latín
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RF Yugoslavia	República Federal de Yugoslavia
SDS	<i>Srpska Demokratska Stranka</i> [Partido Democrático de la República Srpska]
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
VRS	<i>Vojna Republike Srpske</i> [Ejército de la República Srpska]

INTRODUCCIÓN

I. Objeto y motivaciones

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto realizar un análisis del concepto jurídico del crimen de genocidio, en particular a través del examen de su aplicación e interpretación por los tribunales internacionales. Con esto se pretende investigar cómo ha evolucionado el concepto a lo largo de los años desde su origen en la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio de 1948, y su estado actual en la jurisprudencia internacional.

El genocidio, entre los otros crímenes internacionales es un concepto con alta relevancia, no sólo en el Derecho penal internacional, sino también en la política internacional de actualidad. A esto se debe que sea pertinente investigar las delineaciones jurídicas de este delito, cuya definición a menudo viene simplificada en el entendimiento popular de la palabra.

La atención de este estudio a los casos de la antigua Yugoslavia en particular emanan de un punto de interés personal del autor. Los múltiples fallos de parte de las sentencias del TPIY han proporcionado mucho material jurídico sobre el cual se ha interpretado el alcance de la definición del genocidio, pero al mismo tiempo ha dado a conocer las limitaciones del mismo. En consecuencia de ello, los eventos que ocurrieron en el oeste de la Península de los Balcanes a finales del s. XX aportan mucha información con respecto a este crimen internacional.

II. Pregunta de investigación y objetivos

En atención a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales se buscará responder a la siguiente pregunta, que servirá como la base de este estudio: ¿viene la definición del genocidio más informada por su codificación o por la jurisprudencia? Esta pregunta viene planteada con los siguientes objetivos:

1. Examinar la evolución del concepto del genocidio en el ámbito jurídico internacional.
2. Verificar hasta qué punto las sentencias pertinentes a casos de genocidio se han atendido a los propósitos de la Convención de 1948.
3. Determinar las posibles limitaciones de la actual definición de genocidio.

III. Metodología y estructura

El presente trabajo tomará una metodología analítica, dicho análisis siendo inductivo. Para su realización se ha utilizado, además, una combinación de fuentes primarias y secundarias, las cuales incluyen libros, artículos académicos de diversas disciplinas, tratados y resoluciones internacionales, jurisprudencia pertinente a la investigación, medios de prensa y páginas web.

La estructura de este proyecto se divide en cuatro capítulos. En el Capítulo Primero, se realiza un análisis histórico sobre el origen del genocidio como crimen internacional. Este se centrará en particular en las figuras de Hersch Lauterpacht y Raphael Lemkin, cuyas obras han tenido gran influencia en la temática.

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

En el Capítulo Segundo, se explicará la responsabilidad en los crímenes internacionales, así como los componentes teóricos del delito de genocidio, que nos ayudarán a entender los requisitos para poder clasificar un acto como tal crimen. Se hará también mención del entendimiento de la autoría del genocidio en el Caso de *La Fiscalía c. Paul Akayesu*, sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y primera ocasión en la que un individuo es condenado por el crimen de genocidio en el Derecho penal internacional.

En el Capítulo Tercero se realizarán dos estudios de caso, uno sobre los juicios penales del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, y otro sobre la Aplicación de la Convención para la Sanción y la Prevención del Genocidio (*Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*). Estos dos casos se servirán para realizar una comparativa de la aplicabilidad del delito de genocidio en individuos y en Estados.

Finalmente, el Capítulo Cuarto se dedicará a la discusión de cuestiones particulares con una presente relevancia en la aplicación de las leyes internacionales sobre el genocidio. Estas discusiones son de particular importancia y trascendencia, pues ayudarán a entender las limitaciones actuales de la definición del genocidio en el Derecho internacional.

El concepto jurídico del genocidio ha sido estudiado en distintas perspectivas por múltiples autores. Por ejemplo, autores clásicos como R. Lemkin enumeran una serie de conductas que constituyen el delito, rgumentando que existen varias dimensiones en las que puede existir este crimen.

D. Bloxham y A. D. Moses recoleccionan una serie de ensayos sobre la historia del genocidio, mientras que otros como P. Akhavan o W. A. Schabas lo analizan desde un término decididamente jurídico, centrándose en distintos componentes como los elementos jurídicos del genocidio, el alcance de la definición o el proceso internacional. Otros autores como L. Berster o J. L. Pérez Triviño critican la aplicación en determinados ámbitos, argumentando que es demasiado restrictiva o demasiado ambigua.

La investigación se ha llevado a cabo a través de la lectura de libros y artículos académicos especializados, de legislación internacional (esto es, tratados y resoluciones), así como de jurisprudencia de tribunales internacionales al respecto. Algunas de las obras más consultadas vienen de la mano de autores como R. Lemkin (*Axis Rule in Occupied Europe*), P. Akhavan (*Reducing Genocide to Law*), K. Ambos (*What does 'intent to destroy' in genocide mean*), P. Sands (*East West Street*) y, de nuestra doctrina doméstica, autores como C. Espaliù Berdud (*Locus standi de los estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia*) o J. L. Pérez Triviño (*Genocidio*).

CAPÍTULO PRIMERO. DE LOS ORÍGENES DEL GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En este primer capítulo se establecerán las definiciones primitivas del genocidio del en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Con esto se pretende asentar las bases legales que fueron en un primer momento asentadas que las distintas Cortes Internacionales han utilizado y posteriormente desarrollado. En primer lugar se estudiará el origen de los términos *crímenes de lesa humanidad* y *genocidio*, así como los cambios a los que estos dieron lugar en el Derecho internacional público. Después, analizaremos cómo se aplicaron estas definiciones tras la Segunda Guerra Mundial, en particular el uso de la terminología en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Por último, estudiaremos la culminación del término genocidio, codificado por la Convención contra el Genocidio en 1948.

I. Las transformaciones del Derecho internacional en el siglo XX

Las acciones llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista a principios y mediados del siglo XX despiertan un interés en la comunidad internacional por explicar, y por consiguiente penalizar el genocidio. La introducción del llamado *crimen de crímenes* y otros delitos internacionales en el léxico jurídico internacional ha requerido un cambio radical en el funcionamiento y en el objeto del Derecho internacional público. El jurista británico Philippe Sands documenta estos cambios con gran diligencia en su obra *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity* (traducida al español como *Calle Este-Oeste*); en la que aporta un gran valor al trabajo de los abogados Hersch Lauterpacht y Raphael Lemkin, las dos figuras objeto de estudio de este epígrafe.

1. Lauterpacht y los derechos internacionales del individuo

Nacido en la localidad de Żółkiew, Imperio Austrohúngaro (actual Zhovkva, Ucrania), Hersch Lauterpacht comienza a escribir sobre la subjetividad del individuo en el derecho internacional en sus primeros años estudiando para su doctorado en la Escuela de Economía de Londres, donde publica *Private Law Sources and Analogies in International Law*, y más tarde, *The Function of Law in the International Community*, considerado éste último por muchos como uno de sus escritos más influyentes. En este, H. Lauterpacht cuestiona la opinión generalizada en la comunidad internacional de que el Derecho internacional tiene limitaciones inherentes y es incapaz de unificarse¹.

Con respecto a la protección penal del individuo, S. Rosenne explica que este enfoque va unido al ataque constante y persistente de H. Lauterpacht al positivismo extremo, rasgo casi omnipresente la doctrina jurídica de principios del XX. Esta doctrina que situaba la voluntad de los Estados soberanos como determinante supremo y exclusivo de las normas del Derecho internacional², así como la negación a perseguir cualquier acción que no estuviese explícitamente codificada, aislaba la posibilidad de que cualquier influencia externa pudiese

¹ Philip C. Jessup y R. R. Baxter. "The Contribution of Sir Hersch Lauterpacht to the Development of International Law." *American Journal of International Law* 55, no. 1 (1961): págs. 97–103. <https://doi.org/10.2307/2196400>.

² Shabtai Rosenne. "Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge." *The American Journal of International Law* 55, no. 4 (1961): pág. 827. <https://doi.org/10.2307/2196270>.

intervenir en los asuntos domésticos de un Estado, irrespectivamente de si las acciones de este eran evidentemente injustas o perjudiciales.. Según el jurista polaco, esto ha conducido a:

“[L]a tendencia intransigente que aísla el Derecho internacional de cualquier influencia exterior, que obstruye la tarea de interpretación y los intentos de desarrollar conscientemente el Derecho internacional, y que no pocas veces llega al extremo de ignorar la práctica de los Estados si ésta resulta contraria a las fórmulas positivistas...”³

El autor, por lo tanto, considera que esta intransigencia resulta contraproducente a la hora de responsabilizar tanto a Estados como a individuos en un panorama internacional.

La ruptura de la soberanía absoluta

La vehemencia con la que H. Lauterpacht divulga sus ideas a favor de los derechos del individuo se sitúa en una época en la que los remanentes de la idea westfálica sobre la prevalencia de la soberanía nacional sobre cualquier otro principio en el Derecho internacional estaba muy presente. No es difícil responder al por qué de la relevancia de esta filosofía en un contexto en el que la Alemania de Adolf Hitler comete innumerables actos de opresión y persecución contra millones de sus habitantes.

De todos modos es importante dejar por sentado que la soberanía de los Estados era algo que, por lo general, se dejaba a Estados democráticos para que se cumpliese; el Tercer Reich hacía continuamente caso omiso de esto, no solo tomando control de territorios que no les correspondían, sino incluso persiguiendo las acciones de sus ciudadanos fuera de territorio alemán. P. Sands narra un caso estudiado por el jurista polaco el que un acto sexual acontecido entre dos ciudadanos alemanes, una mujer “aria” y un hombre judío, en Checoslovaquia, que en aquellas fechas aún no había sido invadida. Según la opinión del Tribunal Supremo de Alemania, se desestimaría el objetivo de los decretos si estos no se aplicasen a actos cometidos en el extranjero, por lo que entraba en la jurisdicción de los decretos de Núremberg de 1935, y por tanto el matrimonio podía ser criminalizado⁴.

Según explica el autor inglés, H. Lauterpacht mantiene que “los individuos poseen ciertos ‘derechos internacionales’, un idea innovadora y revolucionaria entonces, y posiblemente también hoy en día”⁵. Es en este contexto que Hersch Lauterpacht acuña el término *crímenes contra la humanidad* codificado en el ordenamiento español como ‘delitos de lesa humanidad’⁶, para hacer referencia a las acciones cometidas hacia individuos en el plano internacional. El término se codifica por primera vez en el Tribunal de Núremberg. Dicta su Estatuto que el Tribunal poseía de competencia para juzgar ‘crímenes contra la humanidad’, los cuales se designan en el art. 6(c) de la Carta como:

“A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que

³ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies in International Law* (Londres: British Library of Political and Economic Science, 1927).

⁴ Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity* (Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2016)., pág. 100.

⁵ Sands (2016), *op. cit.*, pág. 83.

⁶ Ambos términos serán usados de forma intercambiable a lo largo de este estudio.

sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”⁷.

2. Raphael Lemkin y la protección del grupo

La acuñación del *crimen contra la humanidad* constituye indudablemente un avance importante y necesario para traer justicia a las víctimas del régimen nacionalsocialista. No obstante, respecto a traer justicia específicamente a los grupos que fueron objeto de persecución sistémica, los aportes de Lauterpacht quedan incompletos. La idea de proteger al colectivo en el derecho internacional fue objeto de crítica de muchos juristas, incluyendo por parte del propio H. Lauterpacht. Este temía que la protección del colectivo socavaría la protección del individuo, y que por tanto no debía ser el objeto principal del derecho⁸. Es así como las principales aportaciones sobre este aspecto vienen de la mano de otro jurista, Raphael Lemkin.

Nacido cerca de Grodno, actual Bielorrusia, el abogado judío polaco pasa sus primeros años como jurista realizando amplias investigaciones de derecho penal comparado⁹. Asimismo, realiza múltiples ensayos argumentando a favor de un derecho penal unificado, así como contribuciones a intentos multilaterales de codificar determinados delitos internacionales. Su culmen profesional tiene lugar en la Quinta Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Internacional, en Madrid¹⁰. En preparación para la Conferencia, Lemkin prepara su informe *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme delit de droit des gens*, en el que enumera cinco crímenes de Derecho internacional y diferentes razones para explicar la necesidad de sancionarlos en la comunidad internacional¹¹.

Lemkin observaba que ciertos delitos que amenazaban a un individuo como miembro de un grupo no sólo iban dirigidos contra el individuo, sino que perjudicaban al grupo al que pertenecía. Dos delitos en su lista propuesta entran en esta categoría: los crímenes de vandalismo y barbarie, definiéndolos de la siguiente forma:

“El que, por odio a un grupo racial, religioso o social, o con miras a su exterminio, cometiere un hecho punible contra la vida, la integridad física, la libertad, la dignidad o la existencia económica de una persona perteneciente a dicho grupo, será castigado, por el delito de barbarie... El que, bien por odio a una raza, religión o grupo social determinado, bien con ánimo de exterminio de dicho grupo, destruya sus obras culturales o artísticas, será castigado, por el delito de vandalismo, con las siguientes penas”¹².

La idea de la internacionalización de determinados delitos no es del todo original, ya que se basan en las opiniones de Vespasian V. Pella, jurista rumano que promueve la idea de la *jurisdicción universal*, principio según el cual los tribunales nacionales de todo el mundo

⁷ Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Núremberg [en adelante, Carta de Londres], (Londres, 8 ago.1945). Naciones Unidas. art. 6(c).

⁸ Sands (2016), *op. cit.* pág. 107.

⁹ Ana Filipa Vrdoljak, ‘Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law’, *The European Journal of International Law*, 20 no. 4 (2009): pág. 1171. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp090>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Raphael Lemkin, *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens, Rapport spécial présenté à la V-me Conférence pour l’Unification du Droit Pénal à Madrid (14–20.X.1933) (explications additionnelles)*, (París: A. Pedone, 1933).

¹² *Ibid.*

deberían poder juzgar a los autores de los delitos más graves¹³. Cabe destacar como, en esta segunda definición, el abogado Lemkin ya viene incluyendo la destrucción de artefactos culturales y religiosos como parte integral de los ataques hacia el colectivo, idea que a día de hoy pasa desapercibida en las discusiones jurisprudenciales que rodean el genocidio¹⁴.

Esta palabra, sin embargo, no entra en nuestro léxico hasta que R. Lemkin no publica *Axis Rule in Occupied Europe*, obra en la que busca concienciar a la comunidad jurista de las atrocidades que las Potencias del Eje llevan a cabo sobre los territorios ocupados. Siendo Lemkin judío, tenía especial interés en el aterrador tratamiento que su pueblo sufrió durante el Holocausto, temática que está muy presente a lo largo de la obra. Es en el capítulo noveno de esta obra en la que se da nombre al delito de delitos. Como explica el propio autor, “las nuevas concepciones requieren nuevos términos”¹⁵. Lemkin también da su definición primitiva del crimen del genocidio, refiriéndose esta palabra a “la destrucción de una nación o grupo étnico”¹⁶. La tesis de este capítulo la resume Lemkin en un artículo con el mismo nombre que escribe para *The American Scholar*, donde afirma que “[p]or su propia naturaleza jurídica, moral y humanitaria, debe considerarse un crimen internacional”¹⁷.

Así pues, J. L. Pérez Triviño indica que el genocidio en la concepción original de R. Lemkin es “la antítesis de la concepción tradicional de la guerra”, la cual se dirige contra estados soberanos y sus ejércitos, mientras que aquél se dirige contra sus ciudadanos¹⁸. Asimismo mantiene que “en el genocidio, el bien jurídico es de naturaleza supraindividual: su titular no es la persona física, sino el grupo como tal colectividad”¹⁹.

II. La sanción de crímenes internacionales en los Juicios de Núremberg

La primera intervención penal internacional a gran escala tiene lugar entre los años 1945 y 1946 con la formación del Tribunal Militar Internacional²¹. Este tribunal *ad hoc* juzga a veinticuatro oficiales nazis, así como a seis organizaciones alemanas, por sus crímenes cometidos durante los años de la Segunda Guerra Mundial.

El tribunal se ve compuesto de cuatro jueces, más cuatro alternos designados por los Estados miembros signatarios (los gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido y la URSS, así como el Gobierno Provisional de Francia). La intervención de Estados Unidos en el juicio, aparte de los otros miembros que no se habían visto tan severamente afectados por las acciones de las personas enjuiciadas pone además, pone de manifiesto el anteriormente descrito principio de justicia universal de V. Pella²².

¹³ Sands (2016), *op. cit.*, pág. 157.

¹⁴ Rasa Davidaviciute, “Cultural Heritage, Genocide and Normative Agency”, *Journal of Applied Philosophy*, (2020). <https://doi.org/10.1111/japp.12473>.

¹⁵ Raphael Lemkin, “Genocide”, en *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* [Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Washington.] (New York: Columbia University Press. 1944) pág. 83.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Lemkin, “Genocide.” *The American Scholar* 15, no. 2 (1946): pág. 228. <http://www.jstor.org/stable/41204789>.

¹⁸ José Luis Pérez Triviño, “Genocidio”. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 5 (2014), pág. 234. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2183>.

¹⁹ *Ibid.*

²¹ Sergey Sayapin, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State* (La Haya: Asser Press, 2014).

²² Vespasian V. Pella. “Towards an International Criminal Court.” *The American Journal of International Law* 44, no. 1 (1950): pág. 40.

La Carta de Londres, notablemente, no incluye aún el genocidio como delito codificado en su contenido, debiéndose también a la en parte a la recencia del término. Lemkin, por ejemplo, publica *Axis Rule* cuatro escasos meses antes de la entrada en vigor de la Carta. Así pues se juzgan los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²³. Además, la Carta establece que en el juicio de cualquier individuo y en relación con cualquier acto por el que pudiera ser condenado, el Tribunal podría declarar que “el grupo u organización del que el individuo formaba parte era una organización criminal”²⁴. El objetivo de tal declaración es evidente: los miembros de la organización podían ser procesados por su pertenencia a la misma en “tribunales nacionales, militares o de ocupación” de los signatarios, en cuyo caso la Carta establecía que “la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada”²⁵.

R. Overy explica cómo para definir los actos del gobierno nazi como delito el Derecho internacional debía “escribirse al revés”. Aún más problemática era la esperanza de que los crímenes perpetrados contra el pueblo alemán por la dictadura, y la persecución y exterminio de pueblos por motivos de raza, también pudieran incluirse en cualquier acusación final²⁶. Esto violaba el principio de no intervención del Derecho internacional, que reconocía que los asuntos internos de un Estado pertenecían únicamente a la jurisdicción doméstica de este, aun si el ordenamiento jurídico del estado en cuestión estuviese predispuesto a generar resultados manifiestamente faltos de justicia. También en este caso, la innovación jurídica era una condición previa para el juicio.

No obstante, Sands explica también como la exclusión del delito de genocidio en particular se debe parcialmente a una lucha de poder entre los estados signatarios. La URSS pretendía juzgar tres crímenes: agresión, atrocidades contra civiles en el marco de la agresión y violación de las leyes de la guerra. Los estadounidenses querían estos tres crímenes, así como dos más: librar una guerra ilegal y la criminalidad de pertenecer a las SS o a la Gestapo. El juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Robert H. Jackson busca con la ayuda de Lauterpacht salvar las distancias, preocupado por que los franceses apoyaran a los soviéticos²⁷.

La Carta de Londres se ve codificada con una inclinación claramente punitivista, donde la preocupación sobre la sanción de los enemigos políticos de los Aliados se encuentra por delante de la protección de minorías nacionales, y este orden de prioridades se ve claramente reflejado en el escrito de ésta²⁸. Las palabras *víctima* u *Holocausto*, por ejemplo no aparecen ni una sola vez en dicho texto. A pesar de esto, es indudable que los Juicios de Núremberg suponían un antes y un después en el Derecho penal: este ya no se quedaba contenido a las fronteras impuestas por los ordenamientos jurídicos de estados nación; el tratamiento hostil hacia la población de dicho estado podía tener consecuencias imponibles por parte de terceros estados, no importando que estos resulten o no perjudicados por estas acciones.

²³ Carta de Londres, *op. cit.*, art. 6.

²⁴ *Ibid.*, art. 9.

²⁵ Herbert Wechsler. “The Issues of the Nuremberg Trial.” *Political Science Quarterly* 62, no. 1 (1947): pág. 12. <https://doi.org/10.2307/2144147>.

²⁶ Richard Overy. “The Nuremberg Trials: International Law in the Making.” Capítulo de *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, editado por Philippe Sands, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003.) pág. 2.

²⁷ Sands (2016), *op. cit.*, pág. 110.

²⁸ Harald Christian Scheu, “The Prevention of Cultural Genocide and the International Protection of National Minorities,” capítulo, en *Reducing Genocide to Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pág. 140.

III. La humanización de los crímenes internacionales en la Convención contra el Genocidio

Los acontecimientos históricos, principalmente aquellos que tienen lugar entre el periodo entreguerras, así como con el final de la Segunda Guerra Mundial generan en el campo jurídico internacional una conciencia sobre la necesidad de proteger la dignidad y la integridad física del ser humano. Asimismo se contribuye a erosionar el alcance del principio de no intervención en los Estados, permitiendo así que la comunidad internacional pueda movilizarse. Este cambio de paradigma da lugar a la posibilidad de hablar de una humanización del Derecho internacional.

Para llegar a la codificación del delito de genocidio debemos esperar unos años más. De esta no es posible hablar sin el establecimiento de la Organización de Naciones Unidas en 1945 y sus propósitos fundacionales, recogidos en la Carta de las Naciones Unidas. Entre ellos se encuentra “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”²⁹. Este propósito tiene clara inspiración en el preámbulo de la Carta, que viene “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”³⁰. Asimismo, estos principios se vuelven a reafirmar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo así como en múltiples artículos de su texto³¹

Las consecuentes condenas de cada uno de los veinte enjuiciados en el Tribunal de Núremberg, combinadas con las posturas y obras de R. Lemkin evidencian la necesidad de tipificar las acciones encaminadas a la destrucción de grupos minoritarios en el Derecho internacional. El primer paso queda plasmado en la Resolución 96(I) de la AGNU en 1946, que manifiesta lo siguiente:

“El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana..., y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas. Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos y políticos han sido destruidos parcial o totalmente. El castigo del crimen es un asunto de preocupación internacional. La [AGNU], por lo tanto afirma que el genocidio es un crimen de el [*sic*] Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados...”³².

Esta Resolución da sus frutos dos años después de su publicación, con la elaboración de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en diciembre de 1948. Su artículo II define así genocidio:

“[C]ualquiera 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

²⁹ Carta de las Naciones Unidas, art. 1, párr. 3. (San Francisco, 26 jun. 1945). Entrada en vigor el 24 oct. 1945.

³⁰ *Ibid.*, preámbulo.

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 dic. 1945). Res. AGNU 217 A (III) (1948), Preámbulo; arts. 1, 22, 23(3).

³² Res. AGNU 96, sesión primera, reunión plenaria quincuagésimo quinta, volumen I, doc. O.N.U. A/RES/96(I) (vol. I) (1946)

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”³³.

Además, en el artículo III se prevén como acciones sancionables “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”³⁴. Con respecto al apartado (d), es de interés remarcar las observaciones de N. Kurková Klímová sobre la razón detrás de incluir la tentativa de delito. La jurista checa mantiene que las propuestas originales presentan el concepto en un contexto ligeramente diferente, haciendo una distinción explícita entre el genocidio como crimen consumado y otros actos que se dirigen a él. Los trabajos preparatorios de la Convención intentaban delinear claramente qué actos eran *per se* constitutivos de genocidio, y cuáles eran meros ‘actos preparatorios’³⁵. No obstante, los redactores dejan finalmente el alcance de éstos a futuras interpretaciones, plasmándose en parte en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad³⁶.

A pesar de ello, a creación de la Convención no ha sido libre de críticas. Pérez Triviño destaca, por ejemplo, la exclusión de grupos políticos como el asesinato de oponentes políticos, por muy numeroso que sea y aunque concurren los demás elementos, no constituye genocidio. Según éste, “una de las razones contrarias a la inclusión de los grupos políticos en la definición de genocidio, es que éstos carecen de la estabilidad, firmeza o permanencia que otros grupos ofrecen”³⁷.

IV. Reflexiones del Capítulo Primero

La definición del genocidio ha pasado por diversas etapas antes de llegar a su actual forma. Aunque es innegable la valiosa aportación de Hersch Lauterpacht al Derecho penal internacional con la inclusión del individuo como sujeto; así como la consecuente transgresión del principio de soberanía en sus teorías, las diferencias en la actual codificación de crímenes internacionales ponen de manifiesto que no sería suficiente para proteger a las víctimas de estos.

Es esto por lo que la comunidad jurídica internacional debe asimismo una inmensa muestra de gratitud a Raphael Lemkin, tanto por sus textos más primitivos con la acuñación de los delitos de vandalismo y barbarie como por las ideas que fueron fundacionales en la creación de la Convención contra el Genocidio. A pesar de no aplicarse a los enjuiciados en Núremberg, los juicios contra los dirigentes nazis sirvieron de modelo para poder aplicar el Derecho internacional a individuos que hubieren cometido crímenes de tal gravedad que su enjuiciamiento se convierta en un asunto que requiera intervención más allá de los ordenamientos jurídicos domésticos. En los próximos capítulos veremos tales ejemplos en tribunales penales *ad hoc* como aquellos de Ruanda o de la ex Yugoslavia.

³³ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio [Convención contra el Genocidio] (Nueva York, 9 dic. 1948) 78 U.N.T.S. 277, en vigor desde el 12 ene. 1951. Art. II.

³⁴ *Ibid.*, art. III

³⁵ Nikola Kurková Klímová, ‘Attempted Genocide in International Criminal Law’ capítulo, en *Reducing Genocide to Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pág. 83.

³⁶ Res. A/CN.4/L.15, sesión tercera. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (Nueva York: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985), Vol. II, Parte 2, pp 7-19. Comisión de Derecho Internacional

³⁷ Pérez Triviño (2014), *op. cit.*, pág. 235.

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

La importancia de la posibilidad de perseguir el genocidio como crimen internacional, sin embargo, no precluye las críticas de la doctrina por razones de su ambigüedad en determinados aspectos. No solo ha de tenerse en cuenta la crítica de Treviño sobre la designación de las víctimas, sino que también se verá evidenciada en otros aspectos como comprobaremos más adelante.

CAPÍTULO SEGUNDO. CRÍMENES INTERNACIONALES

Habiendo examinado la razón de ser del crimen del genocidio en el ordenamiento jurídico internacional, pertenece ahora entender los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de categorizar un acto como crimen de genocidio. Primero se expondrá el contexto jurídico en el que se juzga la responsabilidad penal internacional. Segundo, estudiaremos el elemento objetivo del genocidio, lo que en el Derecho internacional penal se denomina *actus reus*. Asimismo estudiaremos el elemento subjetivo, la llamada *mens rea*; así como la doctrina del *dolus specialis*, particular a la determinación del crimen de genocidio. Por último, se contrastará la definición del genocidio con la de otros crímenes internacionales y su aplicación según la doctrina. En conexión a este último objetivo, se analizará también si es posible hablar de una jerarquización de los crímenes internacionales.

I. La responsabilidad por ilícitos en el Derecho internacional

La prevención, persecución y sanción del genocidio viene recogida en diversas normas internacionales que definen la responsabilidad de quién se responsabiliza por causarlo o no impedirlo. Sin embargo, es antes necesario dejar por sentado qué se entiende por responsabilidad en este contexto. Conviene entender que la palabra *responsabilidad* en el español jurídico posee un grado de ambigüedad en lo que respecta a su significado. Las germánicas, al contrario que la mayoría de las lenguas romances, distinguen entre responsabilidad civil y responsabilidad penal en sus léxicos, y por tanto en sus ordenamientos jurídicos, por ejemplo los términos *Verantwortlichkeit* y *Haftung*³⁸ en el alemán, son términos concretos usados para distinguir entre la responsabilidad general, incluyendo la penal; y la responsabilidad civil por daños respectivamente.

En español se ha de realizar, asimismo, una diferenciación léxica entre los dos tipos de responsabilidad. En lo que respecta al genocidio, se ha de entender que la responsabilidad penal (alem. *Verantwortlichkeit*; ing. *responsibility*) sólo se aplica cuando el sujeto enjuiciado es un individuo, o lo que el ordenamiento jurídico español entendería como una persona física. Los Estados, en cambio, sólo pueden responder a los actos de genocidio en cuanto a una responsabilidad civil (alem. *Haftung*; ing. *liability*) que deriva de delitos infringidos por sus nacionales u otros individuos sobre los que tengan jurisdicción. Como veremos en el siguiente capítulo, esta distinción crea una separación de particular importancia en relación a cómo se juzga la responsabilidad de individuos y Estados, respectivamente, ante acusaciones y enjuiciamientos de genocidio. No obstante, es de vital importancia remarcar que esta dicotomía no se traspone a nuestro estudio. En lo que respecta al Derecho internacional público, la diferenciación que se ha de hacer es entre la responsabilidad del individuo y la del Estado. La diferencia fundamental aquí es que éste no puede ser considerado culpable de un crimen, mientras que aquél sí puede serlo.

En la responsabilidad por ilícitos podemos ver también el rechazo al positivismo extremo que autores como H. Lauterpacht o S. Rosenne abogan. Aunque el principio *nullum crimen sine lege* está inequívocamente presente en el Derecho internacional, el uso de los

³⁸ Judith Thorn, Theodor Rathgeber, y Linus Mührel. “Aus Dem Bereich Der Vereinten Nationen.” *Vereinte Nationen: German Review on the United Nations* 68, no. 3 (2020): pág. 132. <https://www.jstor.org/stable/48596345>.

principios generales del Derecho se usa también muy a menudo como herramienta supletoria. De otra parte, el alcance exacto que deberían tener los principios del Derecho internacional como fuente del Derecho penal es objeto de discusión³⁹. B. Simma y A. L. Paulus, por ejemplo, indican cómo esto se ejemplifica en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A pesar de que el Pacto permite en su artículo 15 condenar a acusados de crímenes internacionales por hechos que “fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”⁴¹, estipula también que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional”⁴².

No obstante, los autores mencionan asimismo que parte de la doctrina, entre otros el juez Antonio Cassese, rechaza este enfoque por completo. El juez italiano reafirma, por ejemplo, que “un enfoque orientado a la política en el ámbito del Derecho penal es contrario al principio consuetudinario fundamental *nullum crimen sine lege*”⁴³. Dicho de otra forma, parte de la doctrina afirma que el principio de tipicidad es primordial en el Derecho internacional, con lo que se considera una mala praxis atribuir responsabilidad penal a un individuo, si la base de dicha condena se sostiene únicamente por los principios del Derecho, sin que exista una norma que justifique la condena.

La protección del ius cogens como determinante en la responsabilidad internacional

El Derecho internacional asimismo recoge una serie de principios a los que los Estados han de atenerse para favorecer el interés colectivo de la comunidad internacional. Existe una codificación primitiva en la llamada cláusula Martens, originada en las Conferencias de la Paz de la Haya de 1899 y que ha resultado pilar en la construcción del Derecho Internacional Humanitario. Esta mantiene la necesidad de respetar los principios del Derecho internacional aun cuando no exista una norma que lo prevea para una situación específica:

“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”⁴⁴

Asimismo, la doctrina internacionalista mantiene que existen determinadas normas que se presuponen parte del *ius cogens*. El profesor J. A. Carrillo Salcedo, por ejemplo, enumera determinadas normas que sostiene deberían incluirse como parte de los principios del *ius cogens*, entre las cuales se encuentran “la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos... la igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención... las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos... el deber de cumplir de buena fe las

³⁹ Bruno Simma y Andreas L. Paulus. “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View.” *The American Journal of International Law* 93, no. 2 (1999): pág. 302. <https://doi.org/10.2307/2997991>.

⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] (Nueva York, 16 dic. 1966) 999 U.N.T.S. 171 y 1057 U.N.T.S. 407, en vigor desde el 23 mar. 1976 [las disposiciones del artículo 41 (Comité de Derechos Humanos) entraron en vigor el 28 mar. 1979]. Art. 15(2)

⁴² *Ibid.* Art. 15(1)

⁴³ Fiscalía c. Erdemovic, Sentencia de apelación, No. IT-96-22-A, voto particular y disidente del juez Cassese, párr. 11, 111 ILR 386, 395 (7 oct. 1997), citado en Simma y Paulus (1999), *op. cit.*, pág. 302.

⁴⁴ Convención con respecto a las leyes de la guerra terrestre. (La Haya, 29 jul. 1899). Preámbulo.

obligaciones... [o] el cumplimiento de normas básicas como el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga)”, puesto que ni la existencia ni la efectividad de ningún tratado internacional serían posibles sin este principio⁴⁵.

Aunque el *ius cogens* carece de consagración legal, existen múltiples informes llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional sobre su identificación, así como las consecuencias que estas normas consuetudinarias conllevan en la práctica⁴⁶.

II. El elemento objetivo o físico del genocidio

En este epígrafe se explicará qué se entiende como el elemento objetivo del genocidio. En el proyecto del secretariado para la Resolución AGNU 96(I), se disciernen tres tipos de actos que pueden ser constitutivos de genocidio, a saber, genocidio físico, biológico y cultural⁴⁷, siguiendo las pautas de Raphael Lemkin⁴⁸. No obstante, se opta por suprimir la tercera categoría en la definición de la Convención contra el Genocidio, por temores a que la definición devendría demasiado amplia⁴⁹.

W. A. Schabas señala que tres de las cinco disposiciones del art. II se refieren a crímenes cuyo elemento material es el resultado de una acción, específicamente los apartados (a), (b) y (e)⁵⁰. Para los otros dos casos, esto es el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial y las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, la punibilidad del crimen recae sobre la intención. W. A. Schabas también explica cómo, para los tres actos que requieren un resultado, la tentativa es, no obstante, válida para facilitar una condena⁵¹. Para esto tiene que existir una relación de causalidad directa entre la acción llevada a cabo y las repercusiones materiales que se causan hacia un grupo protegido.

Codificado en su art. II, la Convención define el *actus reus* (lat. ‘acto reo’ o ‘culpable’) del genocidio como una serie de acciones encaminadas a destruir un grupo nacional, racial, étnico, o religioso⁵³. La forma más inequívoca de destrucción física es la “[m]atanza de miembros del grupo”, como recoge el apartado (a) del citado artículo. En contraste con la muerte inmediata por asesinato, el apartado (c) se refiere esencialmente a la muerte lenta: “infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física”⁵⁴.

Cabe destacar también que tanto la doctrina como la práctica han dejado por sentado con respecto a la aplicación territorial de la Convención contra el Genocidio que es indiferente el lugar de la comisión del crimen, es decir, si es dentro o fuera de las fronteras de un Estado.

⁴⁵ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, pág. 151.

⁴⁶ Normas consuetudinarias del derecho internacional A/74/10, cap. V. 2019. Comisión de Derecho Internacional.

⁴⁷ Comité Especial sobre el Genocidio, Mandato del Comité Especial, Nota del Secretario General, UN Doc. E/AC.25/2.

⁴⁸ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009): pág. 174.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ A saber: “a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Convención contra el Genocidio, art. II.

⁵¹ Schabas (2009), *op. cit.*, pág. 177.

⁵³ Véase *supra*, “Los orígenes del genocidio en el derecho internacional”, [epígrafe III](#).

⁵⁴ Payam Akhavan, “The Core Elements of International Crimes”. Capítulo, en *Reducing Genocide to Law*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

La creación de tribunales penales *ad hoc* han dejado muy claro el alcance extraterritorial, es decir, fuera de las fronteras del Estado, de la Convención. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en su Art. XII que dicta: “Toda Parte contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable.”⁵⁵. El art. III expande también este elemento objetivo, incluyendo, además, a los sujetos que participan en determinadas actividades como reos de genocidio⁵⁶.

La complicidad y la autoría del individuo en el genocidio

Dicho lo anterior, uno de los elementos más ambiguos del art. III de la Convención y que ha dado lugar a cierto debate en la jurisprudencia, es el concepto de *complicidad*.

La complicidad en el delito de genocidio se puede ilustrar a partir de la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) que falla la primera condena hacia un individuo por genocidio en la historia del Derecho internacional. La histórica sentencia del TPIR en el caso de la *Fiscalía c. Paul Akayesu* marca un antes y un después en el Derecho Penal Internacional. Ante la falta de jurisprudencia anterior al caso, corresponde a la Sala del Tribunal determinar muchos elementos que más adelante se utilizarían como precedente para informar las sentencias posteriores sobre genocidio.

Paul Akayesu fue sido alcalde de la ciudad de Taba en Ruanda en 1994. Ese mismo año, es acusado por la Sala del TPIR de llevar a cabo durante su mandato el asesinato de más de 2.000 tutsis, grupo étnico nativo a Ruanda⁵⁷. Akayesu es, además, acusado de observar y alentar actos de asesinato, así como de violencia sexual y física contra el grupo protegido.

En primer lugar, es importante señalar que Akayesu había sido acusado de dos cargos que el Tribunal mantiene, son mutuamente excluyentes. Según el TPIR, la comisión de genocidio no puede ser simultánea con su complicidad, ya que la condena de un acusado como uno lo hace intrínsecamente incapaz de ser culpable del otro⁵⁸. Esta distinción ciertamente ha provocado furor en ciertos círculos académicos, ya que se ha sostenido que tanto el TPIR como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) no han sido lo suficientemente cuidadosos al hacer una distinción entre aquellos que fueron “cómplices” en el genocidio y aquellos que “ayudan e instigan” el genocidio⁵⁹. Es decir, al confundir los dos, los tribunales hacen que la complicidad en el genocidio parezca un delito más leve de lo que debería ser. Comentando una sentencia diferente del TPIR, D. Greenfield postula que constituye un error fatal, aunque comprensible, en la doctrina de los tribunales al postular que la complicidad en el genocidio parece ser una forma de responsabilidad penal, pero no un crimen en sí mismo⁶⁰.

⁵⁵ Convención contra el Genocidio, *op. cit.*, Art. XII.

⁵⁶ “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”, *Ibid.*, Art. III.

⁵⁷ *La Fiscalía c. Paul Akayesu* [en adelante, ‘Caso Akayesu’], ICTR-96-4-T, Fallo y sentencia, párr. 12 (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 ago. 2001).

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 700.

⁵⁹ Daniel M. Greenfield, “The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia Got It Wrong, and Why It Matters.” *The Journal of Criminal Law and Criminology* 98, no. 3 (2008): pág. 924. <http://www.jstor.org/stable/40042790>.

⁶⁰ *La Fiscalía c. Karemera*, Caso No. ICTR-98-44-T, Decisión sobre las mociones de la defensa que impugnan la declaración de una empresa criminal conjunta en un cargo de complicidad en genocidio en la acusación enmendada, párr. 7 (18 may. 2006), citado en Greenfield, *ibid.*

Esto se basa en una doctrina prevaleciente en el Derecho penal de los países francófonos, también mencionada en la sentencia *Akayesu* conocida como *criminalité d'emprunt* (fr. 'criminalidad prestada'). El TPIR sostiene que, en casos como este, la criminalidad del acto no es inherente, sino que "toma prestada la criminalidad del acto cometido por el autor principal [del grupo criminal]"⁶¹.

Así, en el caso *Akayesu*, el tribunal concluye firmemente que su abundante influencia y control sobre las acciones por las que se le acusaba de genocidio constituían prueba suficiente de que las había orquestado directamente, y no era simplemente cómplices. El Tribunal consideró que la responsabilidad del acusado y la consiguiente falta de mantenimiento del orden público en la comuna de Taba le otorgaban la autoridad suficiente para ser posiblemente responsable. Es más, el Tribunal también determinó que Akayesu estuvo plenamente presente en muchos de los actos de violencia que se orquestaron contra los tutsis en Taba, incluso dando órdenes para causarles daño⁶², cosa que traspasa la mera noción de complicidad. El hecho de que Akayesu tuviera el poder de detener estas acciones pero no hiciera nada al respecto, además constituía una forma de aliento, que se veía agravada por su presencia en estos actos⁶³.

Por lo tanto, la delineación entre autoría y complicidad en el *actus reus* no es meramente la de la participación activa: la pasividad, generalmente intencionada, de un individuo ante la ocurrencia de actos constitutivos de genocidio; también lo constituye la negativa a prevenir, perseguir y sancionar dichos actos criminales.

Aun así, se debe indicar que existe una serie de casos en los tribunales *ad hoc* que considera que la intención específica no es necesaria cuando se acusa de complicidad en genocidio, en lugar del delito de genocidio en sí mismo⁶⁴. Sin embargo, un acusado de complicidad debe conocer la intención específica del autor principal.

III. El elemento subjetivo o mental del genocidio

Previo al análisis del elemento subjetivo (*mens rea*) del genocidio, es de interés introducir en la conversación el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado en 1998, el Estatuto recoge los principales crímenes que son objeto del Derecho penal internacional. Asimismo, concede a dicho tribunal u organización la potestad de procesar a individuos acusados de estos crímenes internacionales. Entre los crímenes recogidos en el Estatuto se encuentra el crimen de genocidio, transpuesto textualmente del art. III de la Convención contra el Genocidio⁶⁵. Es relevante mencionar también que, respecto de todos los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte⁶⁶, no solo los actos, sino también la intención, varían unos y otros, y meros matices en la intención del acusado pueden categorizar sus actos como un crimen u otro.

⁶¹ *Caso Akayesu*, op. cit., párr. 528.

⁶² *Ibid.*, párr. 704

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *La Fiscalía v. Ntakirutimana et al.* ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, Sentencia, párr. 508 (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 13 dic. 2004).

⁶⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [en adelante, 'Estatuto de Roma'], (Roma, 17 jul. 1998) UN Doc. A/CONF.183/9 de 17 jul. 1998, entrada en vigor el 1 jul. 2002.

⁶⁶ Estos son: crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y el crimen de agresión. *Ibid.*, arts. 6 y ss.

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

Los sistemas de Derecho penal interno suelen establecer niveles o grados de responsabilidad para determinados delitos. Por poner un ejemplo, en el ordenamiento penal de España, nuestro Código Penal contempla dos tipos delictivos para el acto de matar a otra persona, distinguiéndose así pues entre homicidio y asesinato dependiendo de factores como, entre otros, la intencionalidad del acusado⁶⁷. Pues bien, en el Derecho internacional ocurre algo similar, determinándose cómo un acto u otro dependiendo de la intencionalidad⁶⁸

La definición del genocidio, tal y como recoge la Convención de 1948, pone un gran valor en la *mens rea*, traducido del latín como ‘mente rea’ o ‘mente culpable’. Específicamente, la disposición del art. II categoriza los actos de genocidio como aquellos “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo [...] como tal”.

El citado precepto se puede, asimismo, dividir en dos elementos. En primer lugar, se tiene como baremo la intención de destruir un grupo “como tal”. Esto, a su vez, tiene dos implicaciones: la primera es que no se busca asesinar o causar daño a miembros específicos de un grupo, sino los miembros de un colectivo determinado; la segunda, las víctimas lo son por el mero hecho de ser parte de este grupo. Según indica C. Kreß, “el propósito del perpetrador respecto del grupo es central en la caracterización de la intención especial, dado que incide en el elemento volitivo de pretender causar una cierta consecuencia, de desear su realización”⁶⁹. El Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia se hizo eco de esto en el caso contra *Goran Jelisić*, constatando que:

“Al matar a un miembro individual del grupo objetivo, el autor no sólo manifiesta su odio hacia el grupo al que pertenece la víctima, sino que también comete a sabiendas este acto como parte de una intención más amplia de destruir el grupo nacional, étnico, racial o religioso al que pertenece la víctima”⁷⁰.

En segundo lugar, el sintagma “como tal” distingue el genocidio del crimen de persecución un subtipo de crimen contra la humanidad⁷². Como se explica también en el caso *Jelisić*, “el genocidio difiere del delito de persecución en que el autor elige a sus víctimas porque pertenecen a una comunidad específica, pero no busca necesariamente destruir a la comunidad como tal”⁷³.

A la hora de probar la *mens rea* en una acusación de genocidio en procesos penales internacionales, la parte acusadora debe aportar pruebas irrefutables del llamado *dolus specialis* (lat. intención específica), con relación al tipo de destrucción llevada a cabo y sus efectos sobre las víctimas. Por tanto, no basta con dedicarse simplemente a la destrucción cultural o a intentar dispersar a un grupo étnico⁷⁴. Además, las víctimas del genocidio deben ser seleccionadas como un grupo, o como parte de un grupo que sea suficientemente identificable y “sustancial”⁷⁵.

⁶⁷ Ley Órgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal: arts. 138 y ss.

⁶⁸ Kreß, Claus, “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide”, *European Journal of International Law* 18, no. 4, pág. 623. <https://ssrn.com/abstract=1148646>

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ La Fiscalía c. Goran Jelisić [en adelante ‘Caso Jelisić’], IT-95-10-T, Fallo y sentencia, párr. 79. (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 14 dic. 1999).

⁷² Estatuto de Roma *op. cit.*, art. 7.

⁷³ Caso Jelisić, *op. cit.*, citado en Payam Akhavan, (2012), *op. cit.*, pág. 44.

⁷⁴ La Fiscalía c. Milomir Stakić [en adelante “Caso Prijedor”], IT-97-24-T, Fallo y sentencia, párr. 519 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 jul. 2003)

⁷⁵ Kai Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, *International Review of the Red Cross* 91, 876 (2009): pág. 838. <https://doi.org/10.1017/s1816383110000056>.

La doctrina como la jurisprudencia entienden que, para poder aportar pruebas del *dolus specialis* es necesario probar dos elementos distintivos en el acusado. En primer lugar, el acusado debe haber tenido pleno conocimiento de sus acciones. La existencia de un plan o una serie de instrucciones, o algún tipo de estructuración formal suelen ser indicadores del conocimiento de actos genocidas. R. Lemkin, entre otros, contemplaba la planificación como un elemento integral al crimen de genocidio⁷⁶.

Cabe también mencionar que la premeditación no es requisito *sine qua non* para probar el conocimiento del acto culpable. Como afirmó el TPIY en el caso *Jelisić*:

“[D]e los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 se desprende que la premeditación no se seleccionó como ingrediente jurídico del delito de genocidio, después de haber sido mencionada por el comité ad hoc en la fase de proyecto, por considerar que parecía superflua dada la intención especial que ya exigía el texto y que tal precisión sólo haría aún mayor la carga de la prueba. De esta omisión se desprende que los redactores del Convenio no consideraron que la existencia de una organización o un sistema al servicio de un objetivo genocida fuera un ingrediente jurídico del delito. Al hacerlo, no descartaron la posibilidad de que un individuo en solitario tratara de destruir a un grupo como tal”⁷⁷.

Aun así, la Cámara del Tribunal se mantuvo escéptica sobre este elemento de los trabajos preparatorios, ya que resulta bastante difícil imaginar una situación en la que un genocidio surja de forma espontánea e inesperada. El TPIR, en el casos de *Kayishema y Ruzindana* constató que “[a]unque un plan específico para destruir no constituye un elemento del genocidio, parece que no es fácil llevar a cabo un genocidio sin un plan o una organización”⁷⁹.

No obstante, se puede ver cómo la jurisprudencia internacional se ha visto reacia a utilizar el conocimiento de las acciones como factor determinante en las acusaciones de genocidio⁸⁰. En cambio, citando las descripción original del art. II de la Convención contra el Genocidio, los tribunales internacionales se ven más preocupados con probar de forma inequívoca que el acusado tenía la intención de destruir un grupo protegido, fuere en todo o en parte⁸¹. El crimen del genocidio es esencialmente uno, no de obra ni de resultado, sino de intencionalidad. Como se ha mencionado antes con respecto al *actus reus*, aunque existan determinados actos genocidas que son de resultado, la mera tentativa de estos actos da lugar a culpabilidad únicamente si la intención específica de destruir se puede establecer más allá de cualquier duda razonable.

Ciertamente, la formulación de la noción de intención en el acto del genocidio no ha quedado libre de crítica. La falta de criterios objetivos en la Convención y otros instrumentos sobre los que basar el *dolus specialis* ha causado considerable debate en la doctrina. Pérez Triviño explica:

“Esa tensión existente entre, por un lado, reservar la calificación de genocidio a supuestos muy concretos y graves y, por otro lado, el propósito de no dejar impunes a los eventuales autores de actos calificables de genocidio, se refleja en la discusión contemporánea

⁷⁶ Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, párr. 79

⁷⁷ Caso Jelisić, *op. cit.*, párr. 100.

⁷⁹ Fiscal c. Kayishema y Ruzindana (Caso nº ICTR-95-1-T), Fallo y sentencia, párr. 94 (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 21 may. 1999).

⁸⁰ Schabas (2009), *op. cit.*, pág. 243.

⁸¹ Otto Triffterer, “Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such”, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 14 no. 2 (2001): pág. 400. <https://doi.org/10.1017/S0922156501000206>.

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

acerca de la intención en la caracterización del genocidio. El problema es que los tratados internacionales no definen el grado o cualidad de dicha intención. De ahí que hayan surgido distintas interpretaciones que restringen o amplían el sentido de intención, lo cual repercute en el número potencial de responsables de un acto genocida”⁸².

Por supuesto tampoco podemos ignorar el efecto probatorio a la hora de concluir que alguien poseía la intención de destruir un grupo. Citando a P. Sands, “probar la intención de destruir a un grupo, sea en su totalidad o sea en parte, es notoriamente difícil, dado a que los victimarios no suelen documentar el rastro de sus acciones con particular diligencia”⁸³.

IV. Reflexiones del Capítulo Segundo

El crimen del genocidio se juzga ante los tribunales penales internacionales en el marco de la responsabilidad penal internacional. Cuando hablamos de esta última en español, es necesario realizar una distinción entre la responsabilidad en el ámbito penal y en la civil, debido a que nuestra lengua carece de términos distintivos para estos dos conceptos jurídicos. La responsabilidad por ilícitos internacionales toma mucho de la violación del *ius cogens*, esto es, de los principios generales del Derecho internacional que, se tiene por implícito, deben cumplir las normas internacionales, así como los Estados miembros que se adhieren a ellas.

Los actos genocidas disponen de dos elementos clave que han de probarse para determinar su culpabilidad, uno objetivo y uno subjetivo. Por un lado, es necesario probar el acto como tal, el componente físico del genocidio. Este puede darse tanto en un ámbito doméstico como en uno internacional, y en lo que respecta a los reos del genocidio se tiene por equivalente a alguien que ha participado activamente en la destrucción de un grupo protegido, así como el que simplemente asiste o permite que se lleve a cabo.

El elemento determinante, sin embargo, es inequívocamente la intención de destrucción. Aunque en principio las pruebas de conocimiento y planificación de actos genocidas son útiles para llegar a la conclusión de que el elemento mental del genocidio, o *mens rea*, ha ocurrido, es imprescindible poder demostrar que este conocimiento y planificación se originan en el deseo de desintegrar uno de los grupos indicados en el art. II de la Convención de 1948. A pesar de ello, el sector doctrinal del Derecho penal internacional critica la ambigüedad de este precepto, debido a que dificulta la posibilidad de determinar el grado de intención necesario para poder condenar a un individuo acusado de genocidio.

⁸² Pérez Triviño (2014), *op. cit.*, pág. 236.

⁸³ Sands (2016), *op. cit.* pág. xxix

CAPÍTULO TERCERO.

CASOS PRÁCTICOS: LA REponsABILIDAD POR GENOCIDIO EN INDIVIDUOS Y EN ESTADOS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

La adjudicación de responsabilidad por ilícitos como el de genocidio se ve ilustrada mejor en la práctica. Por esto, es pertinente analizar casos en los que una parte ha sido acusada como responsable de actos genocidas, tema al cual se dedicará el capítulo tercero. Primero, se realizará una corta introducción histórica que servirá para, brevemente, recapitular los antecedentes de hecho de los casos. Segundo, se discutirá cómo se atribuyó la responsabilidad por genocidio a los individuos acusados en el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia. Asimismo se estudiará la atribución de responsabilidad por genocidio a un Estado, tomando como ejemplo el caso de *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*. Estos dos casos serán contrastados para poner de manifiesto las diferencias en la aplicación legal del genocidio, dependiendo de si el objeto de enjuiciamiento se trata de un individuo o un Estado.

I. Ilícitos internacionales en la ex Yugoslavia

Tras una serie de cambios en mandatos políticos así como con las declaraciones de independencia de Eslovenia y Croacia en 1991, Yugoslavia estalla en una serie de guerras de secesión que corresponden con el periodo bélico más largo en Europa desde la posguerra, resultando estos conflictos bélicos en alrededor de ciento treinta mil muertes y más de cuatro millones de personas desplazadas en consecuencia⁸⁴.

Por otro lado, las tensiones suben en Bosnia cuando su presidente Alija Izetbegović convoca un referéndum en 1992 sobre su independencia. Esta decisión no es bien tomada por políticos serbobosnios, así como una gran parte de la población serbobosnia que boicotea el referéndum a órdenes del Partido Demócrata Serbio, liderado por Radovan Karadžić, presidente de la República Srpska, región bosnia de mayoría étnica serbia⁸⁵. Según K. Carmichael, Karadžić promete a Izetbegović un “infierno” si el referéndum se llevaba a cabo⁸⁶. El resultado de esto es un conflicto entre grupos étnicos que termina dando al peor genocidio en la Europa de la posguerra.

Aunque se dan casos de limpieza étnica y crímenes de guerra y de lesa humanidad por todo el territorio yugoslavo, destaca en particular la masacre cometida en la localidad bosnia de Srebrenica. En julio de 1995, el Ejército de la República Srpska asesina a unos ocho mil hombres y niños de etnia bosnia, comandado por el militar serbobosnio Ratko Mladić. Mladić y sus tropas prácticamente ocuparon Bosnia, invitando a “guerreros de fin de semana”⁸⁷ o turistas de guerra a torturar a sus antiguos vecinos, extendiendo así la culpa y la complicidad más allá de las SDS, VRS y las filas de los paramilitares. A pesar de ser solo una fracción de las bajas ocasionadas en las guerras de la ex Yugoslavia, Srebrenica se mantiene en la memoria

⁸⁴ “Transitional Justice in the Former Yugoslavia”. *ICJT.org*. International Center for Transitional Justice. <https://www.ictj.org/publication/transitional-justice-former-yugoslavia>. Última consulta el 13 oct. 2024.

⁸⁵ Kathy Carmichael, “Genocide and Population Displacement in Post-Communist Eastern Europe”, capítulo, en *The Oxford Handbook of Genocide Studies*. (Oxford: Oxford University Press, 2013).

⁸⁶ Florence Hartmann, *Milošević: La Diagonale du Fou* (París: Denoël, 1999).

⁸⁷ Roy Gutman, *A Witness to Genocide: The First Inside Account of the Horrors of Ethnic Cleansing in Bosnia* (Shaftesbury: Element, 1993).

de la comunidad internacional al haber sido inequívocamente declarada un genocidio por tanto la doctrina y la jurisprudencia, como por la comunidad política⁸⁸.

Similar a Ruanda, y en un marco temporal coetáneo, las Guerras en Yugoslavia dan lugar a crímenes internacionales con una frecuencia y severidad que la Corte Internacional de Justicia carecía de capacidad para procesar. En virtud de esto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprueba la resolución 827, por la que se crea un “tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 12 de enero de 1991”⁸⁹ En esta, el Consejo de Seguridad afirma:

“[S]u profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la ‘depuración étnica’, inclusive para la adquisición y la retención de territorio.”⁹⁰

Así, el TPIY asume en su Estatuto las competencias para juzgar los delitos de genocidio, violaciones de leyes de la guerra, y crímenes de lesa humanidad. El art. 4 transpone *verbatim* las disposiciones de los arts. II y III de la Convención contra el Genocidio⁹¹. En los siguientes años se procesó a un total de 111 individuos acusados de estar involucrados en los delitos antes mencionados. Destaca la sentencia a Slobodan Milošević, antiguo presidente de la República Federal de Yugoslavia, y el primer jefe de Estado en ser condenado por crímenes internacionales, aunque este lo fue por crímenes de guerra⁹².

II. La responsabilidad individual en los casos de la ex Yugoslavia

En este epígrafe se examinarán algunos de los casos más prolíficos sobre el genocidio en el TPIY, tanto de individuos que fueron condenados como de algunos que fueron absueltos.

La primera condena del Tribunal por delito de genocidio llega en agosto de 2003, cuando la sala del TPIY emite su sentencia sobre el caso de *La Fiscalía c. Radislav Krstić* (en adelante, “caso *Krstić*”), en el que se procesa al acusado de, entre otras cosas, genocidio y, alternativamente, complicidad en la comisión de genocidio⁹³.

Como se ha visto anteriormente, al analizar si los asesinatos en masa o acciones similares enumeradas en la Convención de 1948 son constitutivos de genocidio o no, los tribunales de primera instancia en tribunales internacionales los han determinado en una forma de actuar relativamente similar. Para verificar si se ha cometido genocidio, los Tribunales de Primera Instancia no solo deben prestar atención a las acciones que pueden constituir el delito (el *actus reus*), sino que posiblemente lo más importante es la “intención de destruir a un grupo

⁸⁸ Carmichael (2013), *op. cit.*, pág. 521.

⁸⁹ Res. CSNU 827, U.N. SCOR, Doc. ONU S/RES/827 (1993). [en adelante “Creación del TPIY”]

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Consejo de Seguridad de la ONU, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* [Estatuto del TPIY] (modificado el 17 may. 2002) 25 may. 1993. Art. 4.

⁹² *La Fiscalía c. Slobodan Milošević*, IT-02-54, Decisión sobre la petición de sentencia absolutoria, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 16 jun. 2004.)

⁹³ *La Fiscalía c. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Fallo y sentencia, párr. 3 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 2 ago. 2001) [en adelante “Caso *Krstić*”]

en todo o en parte” establecida en el párrafo introductorio del artículo II de la Convención contra el Genocidio, que podemos relacionar con el *dolus specialis*.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones, aunque reafirma el “estricto requisito del *dolus specialis*” a la luz de la gravedad del delito de genocidio y rechaza explícitamente un mero requisito de conocimiento, anuló la condena de Krstić por genocidio⁹⁴. Como no pudo encontrar la intención especial en Krstić, sino sólo su conocimiento de la intención genocida de los otros autores, le condenó sólo por complicidad en genocidio⁹⁵.

La exigencia del *dolus specialis* se vuelve a repetir en la Sentencia contra Milomir Stakić, antiguo alcalde de la localidad de Prijedor, Bosnia y Herzegovina que estableció un gobierno alternativo leal a la RFY. A pesar de haber sido enjuicizado por múltiples delitos, Stakić fue absuelto de su acusación de genocidio, así como de su complicidad. Aquí, el tribunal especifica que no basta la destrucción cultural o el intento de dispersar a un grupo étnico⁹⁶ (aunque, como veremos más adelante, se puede considerar que estas acciones han tenido lugar dentro de un marco más amplio para llevar a cabo un genocidio). En las palabras del Tribunal, “la disolución de un grupo no puede ser equiparada con la destrucción física”⁹⁷.

Milomir Stakić, finalmente, fue absuelto del cargo de genocidio a pesar de haber cometido múltiples atrocidades en la ciudad de Prijedor, incluida la deportación y la persecución sistemática de personas de etnia no serbia; precisamente porque la Sala consideró que la intención no estaba suficientemente probada. Dado que la Sala consideró que la matanza de Prijedor había sido orquestada por un grupo de personas, entre ellas varios de los superiores de Stakić que eran miembros del Gobierno de la República Srpska en ese momento, era necesario que el grupo tuviera la intención visible de destruir a los grupos étnicos afectados por la matanza. A ojos del Tribunal, la Fiscalía no fue capaz de demostrar que Stakić poseía la intención suficiente de cometer genocidio contra las víctimas de Prijedor, también era difícil de probar, dado que su relación con los superiores era de naturaleza muy vertical. Por lo tanto, esto hizo imposible inferir con la máxima certeza si Stakić realmente compartía esta intención⁹⁸. Incluso con una extensa campaña de propaganda contra los musulmanes bosnios, la falta de “terminología odiosa” fue citada como una razón para la falta de evidencia de *dolus specialis*. Lo mismo puede decirse de los comentarios de Stakić en la televisión alemana, donde abogó por la eliminación de los musulmanes “enemigos”, pero no por la destrucción de todos ellos, citando que los musulmanes amigos “si quieren... cuando termine la guerra, podrán volver”⁹⁹.

Respecto a este último comentario, la Corte aclara asimismo que no se puede equiparar jurídicamente la amenaza de desplazar a una población que la amenaza de destruirla¹⁰⁰. Dado que esta intención de destruir es, como se ha comentado anteriormente, central al delito de genocidio, el Tribunal asiente de forma equívoca que no se puede tomar en consideración ninguna acción que no tenga pruebas suficientes de la intención de llevar a cabo el genocidio.

⁹⁴ *La Fiscalía. c. Radislav Krstić*, Sentencia de apelación, IT-98-33-A, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia 19 abr. 2004) párr. 134

⁹⁵ Ambos (2009), *op. cit.*, pág. 838.

⁹⁶ *La Fiscalía c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Fallo y sentencia, párr. 519 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 jul. 2003) [en adelante "Caso Prijedor"]

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Caso Prijedor, párr. 547.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 554.

¹⁰⁰ *Ibid.*

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

Uno de los casos más prolíficos del TPIY es el que interpuso la Fiscalía contra Radovan Karadžić, que toma doctrina de ambos casos. El político serbobosnio fue acusado de 11 cargos diferentes, siendo dos de ellos por genocidio. De estos dos cargos, sólo fue declarado culpable en el relacionado con Srebrenica.

Karadžić fue declarado no culpable de genocidio por sus acciones cometidas en los municipios del Cargo 1, una vez más debido a la falta de intención. El tribunal atribuye la falta de un *dolus specialis* en el Cargo 1, por ejemplo, a la intención de segregar étnicamente dichos municipios “lo que requeriría una redistribución, en lugar de la destrucción física, de la población”¹⁰¹

Esto ilustra un problema específico en lo que respecta a la intención genocida en lo que respecta al desplazamiento forzado. En casos como el de los municipios del Cargo 1, no era suficientemente evidente que el desplazamiento de civiles se hiciera con la intención de matarlos. Este podría haber sido el caso si los civiles desplazados hubieran sido conducidos intencionalmente a campos de concentración o lugares de exterminio, pero el desplazamiento por sí solo sin un plan para exterminar a las víctimas no puede considerarse prueba suficiente de intención genocida. Es por esta razón que las deportaciones bajo el Cargo 1 fueron subsumidas principalmente en el Cargo 7 del caso por el que sí fue condenado: “la deportación como crimen contra la humanidad”¹⁰².

Un elemento adicional destacado en el caso Karadžić es el uso de la violencia sexual como herramienta en el genocidio, haciéndose eco del precedente establecido por la sentencia Akayesu en Ruanda. Según las conclusiones de la sentencia Akayesu, “los actos de violación y violencia sexual, al igual que otros actos de graves daños físicos y mentales cometidos contra los tutsis, reflejaban la determinación de hacer sufrir a las mujeres tutsis y mutilarlas incluso antes de matarlas, con la intención de destruir al grupo tutsi e infligir un sufrimiento agudo a sus miembros en el proceso”¹⁰³.

J. Short explica que en la ex Yugoslavia, los serbios usaban la violación específicamente como arma de guerra por muchas razones. Una de las principales era crear un daño cultural, así como infligir daño físico. Argumenta:

“Puesto que dentro de la cultura musulmana y en virtud de la «ley islámica», las víctimas de violencia sexual están muy estigmatizadas, este estigma rompe familias, condena a las víctimas al ostracismo y, en algunos casos, conduce al asesinato de las víctimas por parte de sus familias o comunidades. En muchas comunidades musulmanas, las víctimas de violación son percibidas como indeseables, sucias y no aptas para el matrimonio”¹⁰⁴.

En cuanto a Karadžić, el Tribunal identificó este acto de violación genocida como un delito lo suficientemente grave como para formar parte de la destrucción de los grupos étnicos musulmanes y croatas en Bosnia y Herzegovina. La finalidad del genocidio es destruir a un grupo étnico, y no necesariamente cometer el delito subyacente. Para lograr esto los autores del genocidio recurren a la violación para llevar a cabo atrocidades tanto inmediatas como

¹⁰¹ *La Fiscalía c. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T,. Fallo y sentencia, párr. 2625 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 24 de marzo de 2016) [en adelante, “*Caso Karadžić*”]

¹⁰² *Ibid.*, párr. 487.

¹⁰³ *Caso Akayesu*, párr. 733

¹⁰⁴ Jonathan M. H. Short, “Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court”, *Michigan Journal of Race and Law* no. 8 (2003): pág. 509. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=mjrl>.

duraderas contra el grupo. La violación, cuando se utiliza con fines genocidas, ciertamente “deja cicatrices físicas y mentales en las víctimas mucho tiempo después de que se haya producido la violencia. En última instancia, puede servir para destruir familias, comunidades y culturas enteras”¹⁰⁵.

Por lo tanto, puede afirmarse sin ambigüedades que la violación, el abuso sexual y otros delitos de naturaleza sexual pueden quedar perfectamente comprendidos en la definición de “lesión grave a la integridad física” establecida en el artículo II de la Convención contra el Genocidio/artículo 4 del Estatuto del TPIY.¹⁰⁶ También hay una noción similar en el fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que considera la violación como una forma de impedir los nacimientos dentro del grupo, como se estipula en el artículo III de la Convención sobre el Genocidio, en los casos en que una víctima de violación se niegue posteriormente a procrear voluntariamente, ya sea por amenazas o por trauma¹⁰⁷. El caso reafirma así la necesidad de probar la intención de destruir, en contra de intentos de la fiscalía en casos como el de Goran Jelisić, de reducir el baremo de la *mens rea* a uno de mero conocimiento.

Es también relevante al caso hacer alusión a la condena de Ratko Mladić, uno de los principales actores en la Guerra de Bosnia, incluyendo ser la persona que ordenó los asesinatos del genocidio de Srebrenica.

Este caso conviene para mencionar las llamadas empresas criminales conjuntas (ing. *joint criminal enterprises*). Este concepto representa una doctrina que ha prevalecido en tribunales de guerra, su aplicación más notable siendo en los casos del TPIY. Según ésta, un individuo acusado de genocidio puede ser condenado por las acciones. Mientras que en los delitos de genocidio se condena típicamente a aquellos jerárquicamente superiores, las empresas criminales conjuntas admiten otros casos.

Bajo esta, un individuo puede ser juzgado como parte de un grupo, indicación que se ver reflejada en la delineación de la responsabilidad penal del Estatuto del TPIY, que designa como individualmente responsable a “[cualquiera] que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de [un acto genocida], o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo”¹⁰⁸, incluso si se realiza en una posición de subordinación¹⁰⁹. Con este concepto, la jurisprudencia internacional rompe con la teoría del dominio del hecho que se utilizaba previo a 2003, optando así por una mayor subjetivización de la autoría¹¹⁰.

Mladić se vio involucrado en cuatro ECC distintas, resultando en la imputación de once cargos, incluyendo dos por genocidio. El Cargo 1 del caso Mladić fue desestimado esta vez, en parte, debido a la insuficiencia de elementos para probar el *actus reus*, en particular en lo que respecta al elemento del grupo que se convierte en objetivo del genocidio. En este caso, la Sala del Tribunal consideró que no había pruebas suficientes para probar que la población de etnia bosnia en los municipios en los que se llevaron a cabo estos homicidios eran lo suficientemente

¹⁰⁵ Susan Brownmiller, “Making Female Bodies the Battlefield”, capítulo en *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, editado por Alexandra Stiglmyer (Lincoln: Univ. of Nebraska Press, 1994).

¹⁰⁶ *Caso Karadžić*, párr. 2582.

¹⁰⁷ *Caso Akayesu*, párr. 508.

¹⁰⁸ *Estatuto del TPIY*, art. 7(1).

¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 7(3).

¹¹⁰ Miren Odriozola, “La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP* 1, (2013), pág. 88. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861/9509>.

importantes como para haber sido considerados un grupo protegido en los municipios en los que Mladić llevaba a cabo sus actividades¹¹¹.

No obstante, el Cargo 2 sí resultó en condena. Además de indicios previos al genocidio como tal, como la diseminación de propaganda en contra de bosnios y croatas bosnios¹¹²,

“Los requisitos previos objetivos y subjetivos para imputar responsabilidad penal a un participante que no cometió, o no puede probarse que cometiera, el asesinato son los siguientes: (i) el acusado debe participar voluntariamente en un aspecto del diseño común (por ejemplo, infligiendo violencia no mortal a la víctima, o proporcionando ayuda material o facilitando las actividades de sus coautores); y (ii) el acusado, aunque no haya ejecutado personalmente el asesinato, debe, no obstante, tener la intención de obtener ese resultado.”

La Fiscalía pudo probar la existencia de una ECC establecida en Srebrenica con la intención de matar a hombres y niños bosnios, así como de desplazar a mujeres, niños y personas de mayor edad. En los días inmediatamente anteriores al 11 de julio de 1995, se probó la ECC de Srebrenica tenía como objetivo la comisión de los delitos de persecución y el acto inhumano de traslado forzoso, que se produjeron después de que el VRS atacara el enclave con vistas a vaciarlo¹¹³. La Sala concluía que “los miembros de la ECC [incluido Mladić] ejecutaron su objetivo cometiendo delitos personalmente o a través de y utilizando a otros para llevar a cabo delitos cometidos para la consecución del objetivo.”

III. Bosnia c. Serbia y la responsabilidad del Estado

Los litigios respecto a los eventos de las Guerras Yugoslavas no se limitan al ámbito del TPIY. En 1996, Bosnia y Herzegovina inicia la primera acusación de genocidio contra otro Estado, entonces la República Federal de Yugoslavia, marcando la primera vez que un Estado demanda a otro por su responsabilidad en actos de genocidio ante la Corte Internacional de Justicia. Después de esta decisión, se introducen cambios importantes cuando se revisa la sentencia en 2007 para determinar que, aunque Serbia y Montenegro¹¹⁴ como estado no fue victimaria activa en los delitos de genocidio, era inequívoco que el nuevo sucesor de Yugoslavia no había tomado las medidas suficientes para impedir que las fuerzas armadas de la República Srpska llevaran a cabo dichos actos.

La impugnación de la sentencia en el caso Bosnia c. Serbia tenía el principal reto jurídico de traducir toda la jurisprudencia anterior sobre genocidio en la materia en un sentido que pudiera aplicarse a las acciones de un Estado. Anteriormente, la ley sobre el genocidio sólo se aplicaba a individuos en los *tribunales especiales*.

Esto contrasta con la aparente falta de admisión de culpa cuando Serbia admitió la naturaleza de los acontecimientos de Srebrenica. Según el Tribunal, Serbia había reconocido de hecho los acontecimientos como un genocidio, aunque las declaraciones externas hechas

¹¹¹ *La Fiscalía c. Ratko Mladić*, Caso IT-09-92-T Fallo y sentencia, párr. 3535 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 22 nov. 2017) [en adelante “*Caso Mladić*”].

¹¹² *Caso Mladić*, párr. 3681.

¹¹³ *Ibid.*, párr. 4922.

¹¹⁴ En virtud de ser sus respectivos sucesores legales, los términos “RF Yugoslavia”, “Serbia y Montenegro” y “Serbia” serán usados de forma intercambiable.

posteriormente por el gobierno muestran claramente que esto no pretendía de ninguna manera una admisión de culpa o responsabilidad¹¹⁵.

Previo entrar al fondo del caso conviene citar el análisis jurídico del tribunal, que falla a favor de Bosnia y Herzegovina y responsabiliza a Serbia y Montenegro de complicidad en actos de genocidio. Citando la Convención de 1948, la CIJ concluye que Serbia no había adoptado las medidas necesarias para prevenir y castigar los actos genocidas cometidos en Srebrenica.

El Tribunal enumera tres elementos necesarios para que Serbia hubiera incurrido en responsabilidad por los acontecimientos de Srebrenica, a los que se hace referencia como la “prueba de responsabilidad”.¹¹⁶ En primer lugar, determinar si los actos de genocidio podían atribuirse a Serbia, es decir, si los actos habían sido cometidos por personas u órganos cuya conducta era atribuible, concretamente en el caso de los acontecimientos de Srebrenica, a la República Federativa de Yugoslavia en ese momento. En segundo lugar, determinar si los actos a que se refiere el artículo III de la Convención, distintos del genocidio propiamente dicho, habían sido cometidos por personas u organismos con una conducta atribuible al demandado en virtud de esas mismas normas de responsabilidad estatal, es decir, los actos a que se refieren los párrafos b) a e) del artículo III. El tercer requisito de la prueba de responsabilidad deriva como consecuencia lógica de los dos primeros. Al responder a las dos cuestiones anteriores, la Corte debía determinar si Serbia había cumplido con la doble obligación establecida en el art. I de la Convención para prevenir y sancionar el genocidio.¹¹⁷

Hay abundantes pruebas de que facciones del ejército de la República Federativa de Yugoslavia participaron en la masacre. La Corte postula que es necesario que las entidades tengan una *conexión de iure* con el país acusado¹¹⁸. Por lo tanto, esto pone en tela de juicio el argumento de Bosnia, ya que los principales autores de la masacre de Srebrenica fueron el VRS y la República Srpska, que sólo estaban afiliados *de facto* a la República Federativa de Yugoslavia¹¹⁹.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia aborda esta cuestión de la responsabilidad internacional del Estado por los actos cometidos por particulares. Sin embargo, el grado de control debe ser secundario a una necesidad de "dependencia completa". Dado que el Tribunal consideró que no había pruebas suficientes para respaldar que las entidades que llevaron a cabo la masacre de Srebrenica dependían totalmente de la República Federativa de Yugoslavia, concluyó que no podía declarar responsable a Serbia únicamente por esta reclamación.

En cuanto al primer requisito, el tribunal afirma que si bien en una primera instancia se pueden atribuir actos genocidas a órganos que dependen de un Estado, también se puede argumentar cuando dichos órganos no son necesariamente dependientes sino controlados por él. Esta especificación es importante, ya que impone a la Corte la obligación de investigar el caso, incluso si el Estado no es culpable de haber cometido genocidio *per se*, no excusa la falta

¹¹⁵ *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia, párrs. 377-378, C.I.J. Recueil 2007, p. 43 [en adelante *Bosnia c. Serbia 2007*]

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 379

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 390

¹¹⁹ *Ibid.*

de enjuiciamiento por no haber impedido que se produjera el genocidio de Srebrenica. Es necesario porque en estos casos, para que se genere responsabilidad legal, debe probarse que el Estado acusado posee un control directo y efectivo sobre estas acciones¹²⁰.

La Corte asimismo toma este caso para especificar a qué se refiere exactamente cuando se habla de complicidad. A diferencia de algunos sistemas de Derecho doméstico en los que la complicidad puede significar instruir al autor principal para que cometa un crimen, por ejemplo *Mittäterschaft* en Austria o *complicité* en Francia¹²¹; la comisión de un acto genocida siguiendo instrucciones de un Estado atribuye dicho genocidio al Estado¹²². Por lo tanto, la Corte se centra en la complicidad como facilitación de los medios para llevar a cabo actos genocidas, citando la regla de “ayuda o asistencia”¹²³ de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado como equivalente en significado a la complicidad¹²⁴. Aunque este artículo se reserva para la provisión de un Estado ayudando a otro en la comisión de un ilícito internacional, el Tribunal dispone que “no ve razón para realizar una distinción sustancial” entre los dos¹²⁵.

El *dolus specialis* puede también estar presente en casos de complicidad. Como se ha expuesto anteriormente, es necesario que un individuo u organismo involucrado en el acto genocida esté tratando consciente e intencionalmente de destruir al menos una parte del grupo étnico protegido. En el caso de que un Estado sea acusado, afirma la Corte, es necesario que el Estado tenga al menos conocimiento del *dolus specialis* del individuo que lleva a cabo el acto que constituye genocidio¹²⁶. La falta de información actualizada a Belgrado sobre la situación en Srebrenica, por ejemplo, sobre la matanza de la población musulmana masculina, mostró, entre otras cosas, pruebas concluyentes de que no había pruebas suficientes de que la República Federativa de Yugoslavia tuviese un conocimiento pleno de las intenciones genocidas de los perpetradores de Srebrenica, a los que proporcionaron recursos sustanciales. Esto, sin embargo, parece indicar un grado de negligencia que el Tribunal parece pasar por alto de manera acrítica, ya que implica que hubo un desconocimiento casi total de los acontecimientos que estaban ocurriendo en Srebrenica: esto parece, como mínimo, improbable, dada la proximidad política y geográfica de las dos repúblicas¹²⁷.

Limitaciones del caso.

Sin perjuicio de los precedentes que hubiesen sido asentados por el caso de *Bosnia c. Serbia*, se han de tener en cuenta determinadas variables que han podido influir en el resultado de la sentencia. Con esto se ha de volver a la premisa de que, en casos de responsabilidad de los Estados, la carga de la prueba consiste en probar la falta de acción, y no de resultado. Según el Tribunal, Bosnia probó que Serbia no fue suficientemente diligente en la prevención como la sanción de los delitos de genocidio.

No obstante, ha habido cierta oposición a determinados elementos de la sentencia. En particular ha de mencionarse la desestimación de la responsabilidad de Serbia por parte de la

¹²⁰ *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fallo y sentencia, C.I.J. recueil 1984, pág. 64.

¹²¹ Véase §12 *StGB* [Código Penal austriaco]; art. 121-7 *C. pén.* [Código Penal francés]

¹²² *Bosnia c. Serbia*, párr. 419

¹²³ Ing.: *aiding or abetting*

¹²⁴ *Responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos*. Res.AGNU 56/83, sesión quincuagésimo sexta, reunión plenaria 162, doc. O.N.U. A/RES/56/83 (2001), art. 16.

¹²⁵ *Bosnia c. Serbia*, párr. 420.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 421.

¹²⁷ *Ibid.*

Corte en lo que respecta a su conocimiento de la intención de los autores. Este elemento de la sentencia ha sido considerado objeto de crítica por parte de la doctrina. En particular, se ha hecho hincapié en el baremo con el que se esperaba que Bosnia debía probar la responsabilidad de Serbia por los actos de sus ciudadanos.

M. Mennecke y C. Tams mencionan la inacción de Serbia contra Ratko Mladić como ejemplo de esto¹²⁸. El Gobierno de Serbia y Montenegro fue insuficientemente diligente en su persecución penal del comandante serbobosnio, que no fue arrestado hasta cuatro años después del fallo de la CIJ¹²⁹. Cita asimismo la inacción del presidente Slobodan Milošević, quien, en una conversación con el General Wesley Clark, declaró que “advirtió [a Mladić] que no lo hiciera, pero... no escuchó [a Milošević]¹³⁰”. Entre otras cosas, esto fue una muestra de la completa apatía mostrada por los funcionarios tanto de la RF Yugoslavia como de la República Federativa de Serbia.

El historiador M. A. Hoare también critica, en relación al origen del *dolus specialis* de Mladić, las conclusiones que saca la sentencia con respecto al origen de la intención de destruir. Esta dicta:

“Los dirigentes de la RFY, y el Presidente Milošević sobre todo, eran plenamente conscientes del clima de odio profundamente arraigado que reinaba entre los serbobosnios y los musulmanes en la región de Srebrenica. Como ha señalado el Tribunal... no se ha demostrado que la decisión de eliminar físicamente a toda la población masculina adulta de la comunidad musulmana de Srebrenica se pusiera en conocimiento de las autoridades de Belgrado. Sin embargo, dada toda la preocupación internacional sobre lo que parecía probable que ocurriera en Srebrenica... debe haber estado claro que existía un grave riesgo de genocidio en Srebrenica. Sin embargo, [Serbia] no ha demostrado que tomara ninguna iniciativa para prevenir lo sucedido, ni ninguna medida por su parte para evitar las atrocidades que se cometieron. Por lo tanto, debe concluirse que los órganos del Demandado no hicieron nada para evitar las masacres de Srebrenica, alegando que eran impotentes para hacerlo, lo que difícilmente concuerda con su conocida influencia sobre el VRS.”

M. A. Hoare rechaza la premisa de que la causa del genocidio fuese un odio hacia la población bosnia. Según este, incluso si se aceptara la proposición de que fue el odio local de los serbios hacia los musulmanes lo que dio lugar a una intención genocida, no hay absolutamente ninguna forma de demostrar que los serbios de Srebrenica odiaran a los musulmanes más de lo que los serbios bosnios de otros lugares odiaban a los musulmanes. La masacre sistemática de ocho mil personas no se produce de forma espontánea, sino que requiere mucha planificación y apoyo logístico¹³¹.

La Corte parece también pasar por alto que Serbia no pudo proporcionar, o más bien Bosnia no pudo obligarlos, a proporcionar pruebas delicadas que podrían haber dado lugar a un

¹²⁸ Martin Mennecke y Christian J. Tams. “The Genocide Case Before the International Court of Justice.” *Sicherheit Und Frieden (S+F) / Security and Peace* 25, no. 2 (2007): pág. 72. <http://www.jstor.org/stable/24231609>.

¹²⁹ Leo Cendrowicz, “Bosnia’s Butcher in Court: Ratko Mladic Stands Trial for War Crimes,” TIME.com, 16 may. 2012. <https://web.archive.org/web/20120516184529/http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2114968,00.html>. Última consulta el 15 oct. 2024

¹³⁰ *La Fiscalía c. Slobodan Milošević*, IT-02-54-T, Transcripción, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 16 dic. 2003), párrs. 30494 y 30495.

¹³¹ Marko Attila Hoare, “Genocide in Bosnia and the failure of international justice”, *Helen Bamber Centre for the Study of Rights and Conflict*, Working Paper Series No. 8, (2008), pág. 16. <https://www.legal-tools.org/doc/56e228/pdf/>.

juicio diferente. Además, en algunos casos, se consideró que el criterio concluyente con el que Bosnia tenía que probar la intención genocida de Serbia era demasiado estricto, lo que ha suscitado preguntas sobre las normas de prueba de la Corte¹³².

IV. Reflexiones del Capítulo Tercero y comparación de los casos

En vista de lo expuesto, se puede ver de forma bastante clara que los procesos internacionales dirigidos a individuos y hacia Estados en lo que respecta la responsabilidad por genocidio. *Grosso modo*, se pueden discernir dos elementos que varían, uno objetivo y otro subjetivo.

Respecto al elemento material, es posible decir que los casos por responsabilidad individual van mucho más ligados a la acción del individuo; esto es, a actos constitutivos de genocidio en los que ha formado parte. En la práctica del TPIY, muchas de estas acciones tienen una naturaleza bastante más indirecta, lo cual no es sorprendente, ya que la gran mayoría de los imputados eran políticos y militares en un nivel jerárquico bastante superior. A menudo, las acciones que se imputan la instrucción y/o supervisión de actos de genocidio, más que una involucración directa en estos.

En la responsabilidad de Estados, por otra parte, se pone un mayor énfasis, aunque no total, en la inacción del Estado demandado. Al igual que en individuos, se exige un grado de control sobre los perpetradores directos de actos genocidas; pero al contrario que en casos de responsabilidad individual, la responsabilidad del estado se basa en un incumplimiento de una obligación, más que en la transgresión de una norma penal: se da por hecho en el Derecho internacional que un Estado no puede ser juzgado en la vía penal debido a su falta de personalidad física. Por lo tanto, el caso de *Bosnia c. Serbia* nos muestra cómo, en casos de genocidio, un Estado incumple su obligación ante la Convención contra el Genocidio no sólo en casos de controlar organismos u organizaciones que lo lleven directamente a cabo; sino en casos en los que los propios organismos públicos del Estado no realicen una labor lo suficientemente diligente para prevenir y castigar actos de genocidio de sus ciudadanos.

El elemento inmaterial también difiere en estos casos, produciéndose una bifurcación en los elementos de intención y conocimiento de la *mens rea*. La jurisprudencia penal internacional parece estar de acuerdo en que el conocimiento de la acción no es suficientemente sustancial como para tener en cuenta en procesos contra individuos. El TPIY muestra esto, que es necesario probar de forma inequívoca el *dolus specialis* del individuo enjuiciado. Esta intención no tiene por qué ser directa, como se puede ver en los casos relativos a ECC, en los que el individuo puede compartir una intención de destruir a un grupo protegido.

Para estados, se requiere un elemento de conocimiento ligado a la inacción. El caso de Ratko Mladić puede servir para ejemplificar esto: la RFY era consciente de sus actos, pero no persiguió al militar en su sistema penal doméstico, causando así una negligencia en su responsabilidad de sancionar y prevenir. Estas diferencias se ponen de manifiesto sin perjuicio de que los fallos procesales que se dieron en los casos, en particular la falta de pruebas que fueron aportadas por Serbia y Montenegro en el caso de la Corte Internacional de Justicia.

¹³² Mennecke y Tams, *op. cit.*, pág. 75.

CAPÍTULO CUARTO. CUESTIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Para cerrar este estudio, se discutirán determinadas cuestiones con actual trascendencia en la doctrina jurídica internacional con respecto al marco jurídico del genocidio. En primer lugar, se realizará una breve comparación de las definiciones del genocidio con otros crímenes internacionales. Se debatirá sobre la posible “jerarquización” que existe dentro de la jurisprudencia en relación a estos delitos y si ésta es práctica en el ámbito procesal. Segundo, se examinarán retrospectivamente las limitaciones de la definición del genocidio, especialmente con respecto a p. Por último, se realizará un análisis prospectivo de los posibles resultados en relación a otros casos presentes de genocidio en procesos penales internacionales.

I. Diferencia entre el genocidio y otros crímenes internacionales: ¿es útil la “jerarquización” del orden penal internacional?

Para los propósitos de esta investigación los crímenes internacionales se pueden ver recogidos en el Estatuto de Roma. Antes de discutir la supuesta jerarquización que existe en la jurisprudencia al respecto, es útil realizar una diferenciación conceptual entre estos tres delitos.

Mientras el genocidio requiere de una especial intención, los crímenes contra la humanidad ostentan una definición decididamente más generalizada. El Estatuto de Roma describe estos últimos como una serie de actos que “se comet[en] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹³³. Por otro lado, los crímenes de guerra hacen mención a actos en violación de cualquier prohibición por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949¹³⁴. El elemento material de cada uno de estos crímenes se podría resumir de tal forma: la intención de destruir como componente material del genocidio; el ataque y destrucción masivos contra la población como crimen contra la humanidad; y el conflicto armado en los crímenes de guerra.

Aun así, la actual codificación de los crímenes internacionales en Estatutos como la Convención contra el Genocidio o el Estatuto de Roma suscita problemas al dejar mucho espacio para que las acciones de estos delitos se solapen, cosa que la jurisprudencia también viene advirtiendo¹³⁵. Por ejemplo, un asesinato masivo contra civiles en el contexto de un conflicto armado podría verse juzgado como crimen contra la humanidad, pero asimismo como

¹³³ Los actos enumerados son, a saber: “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... o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad ..., 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...”, Estatuto de Roma, art. 7.

¹³⁴ Entre estos actos se incluyen “El homicidio intencional... La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos... La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal... La toma de rehenes... [o] Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;”. Para una enumeración íntegra de los actos prohibidos, véase Estatuto de Roma, art. 8.

¹³⁵ *La Fiscalía c. Duško Tadić*, Decisión sobre la petición de la defensa de recurso interlocutorio sobre la competencia, T-94-1, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), 2 oct. 1995). Opinión separada del Juez Abi-Saab, pág. 1.

La Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaškić* opinó que de la jurisprudencia del TPIR parece desprenderse una jerarquía de crímenes. Por lo tanto, puede compilarse la siguiente jerarquía de crímenes que caen bajo la jurisdicción del Tribunal: (1) el “crimen de crímenes”: genocidio; (2) crímenes de extrema gravedad: crímenes contra la humanidad; y (3) crímenes de menor gravedad: crímenes de guerra¹³⁶.

Cabe destacar que esta jerarquía no es del todo arbitraria. Al contrario que la violación de las leyes de la guerra, en las que un individuo generalmente puede cometer crímenes por sí solo o a través de agentes no estatales, el genocidio es normalmente más de lo que los recursos privados del criminal individual pueden manejar. Por lo tanto, el genocidio tiende a ser un crimen cometido sólo con los recursos y el aparato de un Estado¹³⁷. Pero lo que no se ha tenido en cuenta, y lo que gran parte de la jurisprudencia en los tribunales *ad hoc* ha faltado, es que esta jerarquía puede dar lugar a un enfoque puramente cualitativo del delito. Por tomar el ejemplo de P. Akhavan, es dudoso encontrar justificar que el asesinato de una decena de personas por razón de su etnia es peor que emplear armas químicas para matar con ensañamiento a cientos de personas¹³⁸.

Se produce también confusión cuando un individuo es enjuiciado por varios delitos surgidos de una sola acción, lo que en nuestro ordenamiento jurídico español denominaríamos concurso ideal; práctica a la que la fiscalía de los tribunales internacionales recurre a menudo. Como subrayan R. May y M. Wierda, esta práctica, aun siendo lícita, da lugar a muchas dilaciones innecesarias, impidiendo así una sanción eficiente en el ámbito penal internacional, y vulnerando también las garantías procesales de la persona enjuiciada¹³⁹.

Según la jerarquía establecida por la CIJ y los tribunales *ad hoc*, parece ser que el genocidio se sitúa en la cima de esta debido al factor de *dolus specialis*. De nuevo, no es una decisión del todo incoherente: la intención específica de destruir a un grupo protegido por razón de su mera existencia es una acción que no requiere de conocimientos jurídicos para ser considerada moralmente inconcebible. Sin embargo, esta intención no precluye la injusticia que supone ser víctima de una matanza indiscriminada, o que la población civil sea vista un simple daño colateral en una guerra. Desde una perspectiva humanista, esta jerarquía reduce el sufrimiento de las víctimas a un argumento taxonómico, priorizando la circunstancia en la que se producen los ilícitos en vez de evaluar la gravedad material de estos. Por lo tanto, quizás sería deseable establecer una jerarquía estructurada y en mayor detalle de crímenes internacionales en la que determinadas acciones fueran consideradas más graves que otros.

II. ¿Es demasiado restrictiva la definición actual del genocidio?

En las casi ocho décadas que han transcurrido desde la entrada en vigor de la Convención contra el Genocidio han transcurrido muchos eventos que suscitan la pregunta: ¿está entrando en crisis la actual forma de definir el genocidio? Como hemos visto, una parte significativa de la doctrina argumenta que el genocidio, tal y como viene definido en la

¹³⁶ *La Fiscalía v. Tihomir Blaškić* [Caso *Blaškić*], IT-95-14-T, sentencia, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 mar. 2000), párr. 800.

¹³⁷ G. I. A. D. Draper. “Implementation of International Law in Armed Conflicts.” *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs) 48, no. 1 (1972): pág. 53. <https://doi.org/10.2307/2613626>.

¹³⁸ Akhavan (2012), *op. cit.*, pág.

¹³⁹ Richard May y Marieke Wierda. “Is There a Hierarchy of Crimes in International Law?”. En *Man’s Inhumanity to Man*, (Leiden, Países Bajos: Brill | Nijhoff, 2003).

Convención de 1948 posee una definición demasiado ambigua, falta de diferenciación con otros crímenes internacionales; paradójicamente, también se podría argumentar que la definición actual del genocidio es demasiado estrecha, y su enfoque desproporcionado a la intención del crimen deja fuera múltiples elementos físicos que se han manifestado en casos de genocidio. Este problema se visualizará a continuación con tres ejemplos: la relación de causalidad en el caso de *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*; la falta de enmarcamiento legal del concepto de limpieza étnica; y la desatención al elemento cultural del genocidio.

1. *Croacia c. Serbia* y las limitaciones del *actus reus*.

La sentencia de 2015 resulta en un fallo inconcluso por parte de la CIJ, manteniendo que ni la demanda de Croacia, ni la consiguiente contrademanda de Serbia, aportan pruebas suficientes para reponsabilizar a cualquiera de los dos Estados de genocidio. Algunos aspectos de varias decisiones de la Corte han sido objeto de un escrutinio severo, en gran parte hasta el punto de ser aparentemente rígidos a la hora de establecer la definición de genocidio. Lo que se ha analizado casi universalmente sobre la sentencia es la relación de causalidad entre un presunto acto genocida y su efecto; y lo restrictivo y estrecho que se vuelve cuando se trata de ciertas cremas. G. Pecorella, por ejemplo, al analizar cómo se ha tratado la violación y la violencia sexual en la sentencia, afirma que “un patrón claramente establecido de conducta similar podría haber sido suficiente para que la Corte determinara que el *actus reus* de genocidio estaba establecido en el sentido del art. II (b) de la Convención. Sin embargo, en esta etapa, la Corte evitó hacer una referencia explícita”¹⁴⁰.

Aunque la CIJ concuerda con la presencia de violencia sexual en los acontecimientos, afirma que “no se ha demostrado que estos hechos fueran de tal magnitud que también hubieran supuesto condiciones de vida para el grupo que fueran capaces de provocar su destrucción física total o parcial”. Esta afirmación merece ser cuestionada, ya que parece contradecir la jurisprudencia anterior, especialmente cuando se observan casos en Ruanda en los que está muy claro que someter a las mujeres a la violación es una de las formas más atroces en que una población puede ser biológica y psicológicamente.

Esto apunta a un problema que sigue siendo generalizado a lo largo de todo el caso y hace que el genocidio sea significativamente menos fácil de enjuiciar cuando se utiliza una definición tan estrecha de genocidio. *Croacia c. Serbia* ha dejado claro que la definición original de genocidio se ha vuelto demasiado estrecha para ser práctica en muchos casos, e incluso indique un punto de estancamiento en lo que respecta a la aplicación de la definición de genocidio en el Derecho penal internacional.

En una línea similar, L. Berster afirma que esta estrechez excluye infundadamente las formas en que las sociedades se desgarran debido al genocidio, ya que el genocidio puede causar lo que él considera una “destrucción social”. El genocidio a menudo no solo conlleva la pérdida de vidas, sino que a menudo tiene repercusiones para las civilizaciones en su conjunto.

¹⁴⁰ Giulia Pecorella. “Rape and Sexual Violence in the ICJ’s Judgment in Croatia v. Serbia.” *Leiden Journal of International Law* 28, no. 4 (2015): pág. 950. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000527>.

2. Especial mención a la limpieza étnica como componente del genocidio

La limitación tan estrecha en los crímenes internacionales implica también que muchos actos que se podrían categorizar dentro del marco internacional penal terminan siendo ignorados. Notablemente, el concepto popularmente conocido como limpieza étnica, elemento prevalente en los delitos del genocidio, carece de definición en resoluciones y estatutos internacionales. Se puede definir el término como la eliminación sistemática de un grupo étnico o racial de una dimensión territorial determinada, con el propósito de hacer dicho territorio más étnicamente homogéneo. Igual que el genocidio, el acto viene determinado por la intención, más que por la acción¹⁴¹.

Su exclusión de la Convención contra el Genocidio no es sorprendente, debido a que el término no entra en uso hasta los años ochenta, usado en referencia al tratamiento de la población serbia en Kosovo; aunque evidentemente, la palabra se puede usar también para describir actos anteriores¹⁴².

Determinados elementos de la práctica se ven reflejados en determinados textos legales, bien sea la transferencia forzada de niños de un grupo étnico a otro, una auténtica peculiaridad de la condificación clásica del genocidio; o la deportación y transferencia forzada como crimen contra la humanidad¹⁴³. No obstante, ambos vienen con determinantes, estos son, la intención de destruir a un grupo protegido y la deportación indiscriminada respectivamente; que impiden la categorización de las acciones como actos de limpieza étnica.

La limpieza étnica es a menudo un predecesor al delito del genocidio, pero no lo es siempre. Es por esto que el ordenamiento jurídico internacional se podría ver beneficiado si, en vez de circunscribir determinados elementos que pudiesen describir la llamada limpieza étnica a otros delitos, se crease un crimen separado en el orden internacional que denote la separación de la población de su territorio natal sin necesidad de probar la intención de destruirlos. Tal concepción reduciría la carga de la prueba, pues incluso si se requiriese la intención de librar un territorio de un grupo étnico en concreto, este baremo es con todo considerablemente más bajo que tener que probar el *dolus specialis* de genocidio.

3. El elemento cultural del genocidio

Para cerrar este epígrafe, hemos de referirnos a la definición original postulada por Raphael Lemkin. El abogado polaco ya venía advirtiendo, en su definición del delito de vandalismo, como la intención de eliminar un pueblo conlleva asimismo la destrucción de artefactos religiosos, artísticos y culturales, a menudo como antecedente de la destrucción física y biológica del grupo señalado. Se puede señalar la Noche de los cristales rotos en la Alemania nazi, que resultó en la destrucción de más de 250 sinagogas y miles de comercios judíos, pocos años antes de la conferencia de Wannsee.

La adición de la palabra “genocidio” podría interpretarse como un movimiento retórico que enfatiza la gravedad de los daños de la destrucción y la pérdida culturales. En cambio, las recientes investigaciones sobre la relación entre destrucción cultural y genocidio no tratan la

¹⁴¹ Vladimir Petrović, *Etničko čišćenje. Geneza koncepta*. (Beograd: Arhipelag, 2019)

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Convención contra el Genocidio, Art. II(e); Estatuto de Roma, art. 7(1)(d).

destrucción cultural como un hecho independiente, sino como parte integrante del propio genocidio¹⁴⁴.

Según explica H. Scheu, “[l]a línea divisoria entre la prevención del genocidio, por un lado, y la protección de la cultura minoritaria, por el otro, no puede trazarse con absoluta precisión. Entre ambos ámbitos, existe una zona gris que se relaciona con el concepto de ‘genocidio cultural’”¹⁴⁵. La protección de las minorías estuvo, durante mucho tiempo, limitada en al ámbito legal a la Convención contra el Genocidio: no es hasta 1966, cuando el PIDCP consagra en su art. 27 la protección cultural, lingüística y religiosa de grupos minoritarios¹⁴⁶.

Está claro que la incorporación del elemento cultural del genocidio en la Convención no estaría libre de obstáculos: H. Scheu explica que ya durante los trabajos preparatorios de la Convención del genocidio, la delegación de Dinamarca, por ejemplo, se oponía a la inclusión del término por temor a que produjese demasiada ambigüedad jurídica¹⁴⁷. Pero estas dudas no deberían conllevar la absoluta negativa a discutir la destrucción cultural como un componente importante del crimen del genocidio. Los temores de que este enfoque diluya el alcance del genocidio y amplíe indiscriminadamente su aplicabilidad se contrarrestan vinculando estrictamente el alcance de la “destrucción social” a la redacción del artículo II del Convenio sobre Genocidio, que proporciona orientación suficiente para mantener el término dentro de unos límites razonables. Como dice L. Berster, “el interés común de la comunidad internacional en mantener la multiplicidad cultural, espiritual y genética de la humanidad constituye un valor clave protegido por la Convención contra el Genocidio”, lo cual no debe ser ignorado a la hora de evaluar el daño completo y real que se ha causado a una población victimizada por actos genocidas¹⁴⁸.

La codificación en la Convención de 1948 y sus derivados es decididamente importante, y sin duda un pilar para la administración de justicia en el ámbito del Derecho internacional. Aun así, merece preguntar si es quizás más apropiado que los Tribunales a los que les corresponda aplicarla deberían hacerlo desde un enfoque más constructivista, tomando en cuenta la evolución material que ha exhibido la perpetración del genocidio posterior a su definición legal.

III. La aplicabilidad del delito de genocidio a casos pendientes

Por último no se podría cerrar este Trabajo de Fin de Grado sin hacer referencia a las limitaciones en las que ésta podría incurrir, estas son, las consecuencias legales de los presentes casos de la CIJ en materia del genocidio. Especialmente relevantes a este estudio son *Gambia c. Myanmar*, y *Sudáfrica c. Israel*. De momento, estos tres casos no han tenido el suficiente tiempo para desarrollarse, aunque de momento en poco más que un puñado de medidas cautelares que ponen de manifiesto el tenor jurídico de los casos.

La admisión del caso de *Gambia c. Myanmar*, impulsado a causa del presunto genocidio llevado a cabo por Myanmar contra su población Rohinyá, resulta en la aplicación de medidas cautelares por la CIJ en 2020. Aun si se puede debatir la efectividad de estas medidas en la

¹⁴⁴ Davidaviciute, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁴⁵ Scheu, *op. cit.*, pág. 138.

¹⁴⁶ PIDCP, *op. cit.*, art. 27.

¹⁴⁷ Scheu, *op. cit.*, pág.

¹⁴⁸ Lars Berster “The Alleged Non Existence of Cultural Genocide: A Response to the *Croatia v. Serbia* Judgment”. *Journal of International Criminal Justice* 13, no. 4 (2015): pág. 681. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqv049>

prevención del genocidio, C. Espaliù Berdud explica que “esta ordenanza supone un paso más en la tendencia creciente que ha seguido la alta instancia internacional tanto en el reconocimiento de las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional como en el de la puesta de relieve de su alcance en este ordenamiento jurídico”¹⁴⁹. La admisión de este caso acepta la universalidad del *locus standi* en casos de crimen de genocidio: a pesar de estar siendo las acciones cometidas por Myanmar dentro de sus fronteras y contra su propia población, Gambia posee no obstante las facultades y el interés legítimo para responsabilizar a un Estado presuntamente victimario, aun si el país demandante no se ve directamente afectado por el caso¹⁵⁰.

Igual de importante, es la eficacia *erga omnes* de las decisiones de la CIJ en materia de genocidio, de la mano del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que mantiene:

“Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) la obligación violada se debe a un grupo de Estados, incluido ese Estado, y se establece para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) la obligación violada se debe a la comunidad internacional en su conjunto”¹⁵¹.

El desarrollo de la llamada comunidad internacional en el Derecho internacional se ha visto ampliamente reflejada en la formación y/o el desarrollo de múltiples conceptos jurídicos, incluyendo la institución de las obligaciones *erga omnes*. Estos procesos se han visto asimismo reflejados en los procesos de la CIJ, lo que ha resultado en, primero, el reconocimiento de la existencia de dichas obligaciones, y segundo, ha demostrado el gran alcance de estas en el ordenamiento internacional.

Respecto a *Sudáfrica c. Israel*, la demanda en primera instancia del Estado africano toma elementos de los juicios de la antigua Yugoslavia, especialmente en lo que respecta a la prueba del *dolus specialis*. Dice la representación sudafricana en la demanda de incoación:

“Las repetidas declaraciones de representantes del Estado israelí, incluso al más alto nivel, por parte del Presidente, el Primer Ministro y el Ministro de Defensa israelíes, expresan la intención genocida. Esa intención también se deduce correctamente de la naturaleza y la conducción de la operación militar de Israel en Gaza, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el hecho de que Israel no haya proporcionado ni garantizado alimentos, agua, medicinas, combustible, refugio y otra asistencia humanitaria esenciales para el pueblo palestino asediado y bloqueado, lo que lo ha llevado al borde de la hambruna”¹⁵².

Al mismo tiempo, se vuelve a remarcar que el *locus standi* de Sudáfrica es legítimo a la vista de la CIJ. Asimismo la CIJ posiblemente haya tenido en cuenta la historia de Sudáfrica con la práctica del *apartheid* en el s. XX, crimen contra la humanidad según el Estatuto de Roma y del que se ha acusado múltiples veces al Estado de Israel en organizaciones

¹⁴⁹ Carlos Espaliù Berdud, “*Locus standi* de los estados y obligaciones *erga omnes* en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia.” *Revista Española de Derecho Internacional* 72, no. 2 (2020): pág. 33. <https://www.jstor.org/stable/26927910>.

¹⁵⁰ *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar: 7 Estados intervinientes)*. C.I.J. Recueil 2019.

¹⁵¹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Suplemento N° 10 (A/56/10), cap. IV. (Comisión de Derecho Internacional, 2001): art. 48(1).

¹⁵² *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Sudáfrica c. Israel)*, Demanda de incoación y solicitud de indicación de medidas provisionales. C.I.J. Recueil 2023

humanitarias¹⁵³. Esto posiblemente haya proporcionado a Sudáfrica una ventaja en la legitimación para que incoase el proceso.

IV. Reflexiones del Capítulo Cuarto

La jurisprudencia del crimen de genocidio ha dejado determinadas cuestiones sin resolver que la doctrina ya lleva las últimas décadas discutiendo. Por un lado, el establecimiento de una jerarquía de crímenes interacionales, en gran parte basada en la intencionalidad del crimen ha sido un objeto de amplio escrutinio en la doctrina jurídica. Aunque la jerarquía no carece de lógica interna, la tendencia a ajustar la gravedad del crimen a su intención más que al daño material de sus acciones es un punto de controversia que la Cortes de momento no parecen querer cuestionar.

Similarmente controvertida es la preocupación de la jurisprudencia en lo que respecta a la relación de causalidad dentro del acto físico del genocidio, y la omisión de la limpieza étnica y del genocidio cultural en el ordenamiento jurídico internacional. La preclusión de estos elementos invitan a preguntarse si quizás la definición actual del genocidio no es lo suficiente amplia, y si debido a esto debiese reformular la definición de forma que pueda administrar justicia de forma más eficiente.

Por último, los casos de *Gambia c. Myanmar* y *Sudáfrica c. Israel* son en parte ilustrativos de las tendencias marcadas por casos anteriores a estos en materia de genocidio. En particular, es necesario reconocer la relevancia de la responsabilidad *erga omnes* en la materia de genocidio, y su consecuente universalización del *locus standi*, que se traduce en que todo Estado es responsable de evitar, no promulgar y sancionar crimen de genocidio; y, además, cualquier Estado, irrespectivamente de si ha sido directamente víctima de genocidio, dispone de un interés legítimo para incoar un proceso de genocidio.

¹⁵³ Omar Shakir, “A Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution,” *Human Rights Watch*, 28 mar. 2023. <https://www.hrw.org/report/2021/04/27/threshold-crossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution>. Última consulta el 23 oct. 2024.

CONCLUSIÓN

Tras realizar este estudio, no debería ser controvertido decir que, incluso si la definición del Genocidio en la Convención de 1948 ha sido instrumental en la forma en la que se juzga el delito de genocidio en procesos internacionales, el crimen se ha visto enormemente informado por la jurisprudencia, que poco a poco ha ido añadiendo elementos y matices a la definición original que han causado muchos cambios en la definición del crimen de crímenes, especialmente en las últimas tres décadas.

El elemento del *dolus specialis*, componente material y determinante del delito del genocidio ha surgido casi principalmente de la jurisprudencia, emanando de los primeros casos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y consolidándose más aún en los casos del Tribunal para la Antigua Yugoslavia. Asimismo, la violación y la violencia sexual son otro elemento consolidado por la jurisprudencia como componente integral del genocidio, presente en casos como los procesos incoados contra Paul Akayesu y Radovan Karadžić.

La empresa criminal conjunta, otro elemento de particular importancia, especialmente en lo que respecta a la persecución de individuos acusados de genocidio en el seno de una organización criminal. A pesar de carecer de codificación, este término ha sido tan prevalente en casos de crímenes de genocidio y crímenes de guerra que es considerado doctrina consolidada en el Derecho penal internacional.

No obstante lo que haya podido desarrollar la jurisprudencia en este ámbito, esta claro que, desde un punto de vista procesal, la definición de genocidio se ha quedado un poco atrás en lo que respecta a las pruebas materiales de actos genocidas, como se puede evidenciar en el caso de *Croacia c. Serbia* o en los procesos del caso de *Bosnia c. Serbia*.

El Derecho internacional le debe una sustancial muestra de gratitud a Raphael Lemkin por sus contribuciones a este campo legal. El trabajo del jurista polaco, así como de su contemporáneo Hersch Lauterpacht han sido cruciales en la humanización del Derecho internacional; en la protección legal del individuo y el colectivo; y en la responsabilización del Estado frente a ilícitos internacionales, bien por castigar o no dichos ilícitos, o por su grado de diligencia en evitar que se cometan actos genocidas.

También hay que comendar a R. Lemkin sus reconocimiento el elemento cultural del genocidio. Las palabras del abogado en con respecto a su llamado delito de ‘vandalismo’ muestran que ya tras la Segunda Guerra Mundial se podía reconocer que el impacto del genocidio sobre las poblaciones señaladas podía trascender su componente físico y biológico. Su preocupación por los grupos minoritarios, que son históricamente los más en peligro de ser víctimas de genocidio, se encuentra también presente en la Convención de 1948, así como en múltiples artículos del PIDCP.

En lo que respecta a la aplicación del genocidio en individuos, como se puede esperar, los Tribunales prestan especial atención al elemento mental del genocidio, la *mens rea*, y en especial a la intención especial de destruir un grupo étnico. Esto se evidencia en casos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en casos como aquellos contra Milomir Stakić, Radislav Krstić y Ratko Mladić entre otros. En estos casos, la intención del acusado, fuese de origen propio o compartida en el seno de una ECC, eran típicamente elementos determinantes en el caso.

Distinta es la responsabilidad por genocidio en lo que respecta a Estados, la cual no se suele centrar tanto en la acción como en la inacción de las instituciones a prevenir y sancionar los delitos de genocidio. Mientras que existe una obligación de no hacer, esto es la no cooperación con organismos que sean perpetradores del genocidio, la jurisprudencia se ha centrado más, en casos como *Bosnia c. Serbia* y *Croacia c. Serbia*, en si existe falta de diligencia suficiente del Estado acusado en perseguir y condenar a aquellos individuos responsables de actos genocidas dentro de sus fronteras. En casos de responsabilidad del Estado, la CIJ busca, ante todo, un patrón sistemático de acciones genocidas, además de una grave negligencia en prevenir y sancionar los delitos de genocidio.

Con todo esto es posible decir que el genocidio como delito es un concepto que está en constante evolución. Aunque se deben comendar de la CIJ, CPI, y los tribunales penales *ad hoc*, así como de su sucesor, el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, por su decidido propósito de condenar a toda persona responsable posible de los inconcebibles actos que se puedan ver previstos bajo el crimen de genocidio, es también de imprescindible prestar atención a la doctrina, así como una especial atención al elemento objetivo del genocidio. Es importante destacar que, que un crimen no venga atado a una intención de destruir a un grupo, no convierte esta acción en menos grave. Es por esto que, si de verdad se quiere ofrecer un sistema judicial internacional que proteja y compense a las víctimas de crímenes internacionales, es de vital importancia que se tenga en cuenta el delito en su integridad, más allá de el específico tipo de intención.

En cuanto a las limitaciones de este estudio, es necesario precisar que no se han considerado con demasiado detalle los casos que a esta fecha siguen en proceso¹⁵⁴. Por lo tanto, no se descarta la posibilidad de que en un futuro no muy lejano se puedan dar cambios importantes a la doctrina del genocidio en el Derecho internacional.

De cara a investigaciones futuras, este trabajo puede servir de modelo para realizar futuros análisis sobre otros crímenes internacionales, bien sea por responsabilidad individual o del Estado. Asimismo, cabe la realización de estudios sobre la definición del genocidio en sistemas jurídicos domésticos y comunitarios.

Los crímenes internacionales vienen unidos a conflictos en diversos conflictos alrededor del mundo que resultan increíblemente difíciles de ignorar. Las guerras en Ucrania, Oriente Próximo, y el África subsahariana, entre otros, han resultado en innumerables actos inhumanos que han causado mucho sufrimiento en sus víctimas. Por ello sostenemos que tanto el genocidio como otros crímenes internacionales merecen seguir siendo estudiados y documentados, en especial dado que las nuevas tecnologías facilitan inmensamente dicha documentación. Ahora que se tiene acceso a este tipo de información, es esencial que la comunidad internacional, tanto en el ámbito jurídico como en el político, haga uso de ella para que se pueda impartir justicia.

¹⁵⁴ Estos son, *Gambia c. Myanmar* y *Sudáfrica c. Israel*.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

Akhavan, Payam. *Reducing Genocide to Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Bloxham, Donald, y A. Dirk Moses. *The Oxford Handbook of Genocide Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Gutman, Roy. *A Witness to Genocide: The First Inside Account of the Horrors of Ethnic Cleansing in Bosnia*. Shaftesbury: Element, 1993.

Hartmann, Florence. *Milošević: La Diagonale du Fou* (París: Denoël, 1999)

Lauterpacht, Hersch. *Private Law Sources and Analogies in International Law*. Londres: British Library of Political and Economic Science, 1927.

Lemkin, Raphael:

- *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* [Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Washington.]. Nueva York: Columbia University Press. 1944.

- *Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens, Rapport spécial présenté à la V-me Conférence pour l'Unification du Droit Pénal à Madrid (14–20.X.1933) (explications additionnelles)*. París: A. Pedone, 1933.

May, Richard, and Marieke Wierda. *Man's Inhumanity to Man*, Leiden, Países Bajos: Brill | Nijhoff, 2003.

Petrović, Vladimir. *Etničko čišćenje. Geneza koncepta*. Belgrado: Arhipelag, 2019.

Sands, Philippe:

- *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2016.

- *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, editado por Philippe Sands. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Schabas, William A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Stiglmyer, Alexandra. *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*. Lincoln: Univ. of Nebraska Press, 1994.

II. Artículos académicos

Ambos, Kai. "What does 'intent to destroy' in genocide mean?", *International Review of the Red Cross* 91, núm. 876 (2009): 833–58, <https://doi.org/10.1017/s1816383110000056>.

Attila Hoare, Marko. "Genocide in Bosnia and the failure of international justice", Helen Bamber Centre for the Study of Rights and Conflict, Working Paper Series No. 8, (2008): 1–23. <https://www.legal-tools.org/doc/56e228/pdf/>.

Berster, Lars. "The Alleged Non Existence of Cultural Genocide: A Response to the Croatia v. Serbia Judgment". *Journal of International Criminal Justice* 13, no. 4 (2015): 677–692. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqv049>

Davidaviciute, Rasa. "Cultural Heritage, Genocide and Normative Agency", *Journal of Applied Philosophy*, (2020) <https://doi.org/10.1111/japp.12473>.

Draper, G. I. A. D. "Implementation of International Law in Armed Conflicts." *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 48, no. 1 (1972): 46–59. <https://doi.org/10.2307/2613626>.

Espaliù Berdud, Carlos. "Locus standi de los estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia." *Revista Española de Derecho Internacional* 72, no. 2 (2020): 33–59. <https://www.jstor.org/stable/26927910>.

Greenfield, Daniel M. "The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia Got It Wrong, and Why It Matters." *The Journal of Criminal Law and Criminology* 98, no. 3 (2008): 921–52. <http://www.jstor.org/stable/40042790>.

Jessup, Philip C., y R. R. Baxter. "The Contribution of Sir Hersch Lauterpacht to the Development of International Law." *American Journal of International Law* 55, no. 1 (1961): 97–103. <https://doi.org/10.2307/2196400>.

Kreß, Claus, "The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide", *European Journal of International Law* 18, no. 4, pp. 619-629, 2007, : <https://ssrn.com/abstract=1148646>

Lemkin, Raphael. "Genocide." *The American Scholar* 15, no. 2 (1946): 227–30. <http://www.jstor.org/stable/41204789>.

Mennecke, Martin, y Christian J. Tams. "The Genocide Case Before the International Court of Justice." *Sicherheit Und Frieden (S+F) / Security and Peace* 25, no. 2 (2007): 71–76. <http://www.jstor.org/stable/24231609>.

Odrizola, Miren., "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, 1, 2013: 86-104. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861/9509>.

Pecorella, Giulia. "Rape and Sexual Violence in the ICJ's Judgment in Croatia v. Serbia." *Leiden Journal of International Law* 28, no. 4 (2015): 945–51. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000527>.

Pérez Triviño, J. L. (2014). "Genocidio." *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (5), 232-239. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2183>.

Rosenne, Shabtai. "Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge." *The American Journal of International Law* 55, no. 4 (1961): 825–62. <https://doi.org/10.2307/2196270>.

Short, Jonathan M. H. “Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court”, *Michigan Journal of Race and Law* no. 8 (2003): 503–27, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=mjrl>.

Simma, Bruno, and Andreas L. Paulus. “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View.” *The American Journal of International Law* 93, no. 2 (1999): 302–16. <https://doi.org/10.2307/2997991>.

Thorn, Judith, Theodor Rathgeber, y Linus Mührel. “Aus Dem Bereich Der Vereinten Nationen.” *Vereinte Nationen: German Review on the United Nations* 68, no. 3 (2020): 131–38. <https://www.jstor.org/stable/48596345>.

Triffterer, Otto. “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such.” *Leiden Journal of International Law* 14, no. 2 (2001): 399–408. <https://doi.org/10.1017/S0922156501000206>.

Vrdoljak, Ana Filipa. “Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law”, *The European Journal of International Law*, 20 no. 4 (2009): 1163–1194. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp090>.

Wechsler, Herbert. “The Issues of the Nuremberg Trial.” *Political Science Quarterly* 62, no. 1 (1947): 11–26. <https://doi.org/10.2307/2144147>.

III. Tratados y resoluciones internacionales

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945. Entrada en vigor el 24 de octubre de 1945. 1 U.N.T.S 16. Naciones Unidas.

Convención con respecto a las leyes de la guerra terrestre. La Haya, 29 de julio de 1899.

Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287, Comité Internacional de la Cruz Roja.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre de 1945. AGNU resolución 217 A (III) (1948). Naciones Unidas.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Londres, 8 de agosto de 1945). Naciones Unidas.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 jul. 1998 UN Doc. A/CONF.183/9 de 17 jul. 1998, entrada en vigor el 1 jul. 2002

Normas consuetudinarias del Derecho internacional A/74/10, cap. V. 2019. Comisión de Derecho Internacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 diciembre 1966. 999 U.N.T.S. 171 y 1057 U.N.T.S. 407, en vigor desde el 23 mar. 1976. Naciones Unidas

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto De 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), del 8 de junio de 1977. 1125 U.N.T.S. 609, Comité Internacional de la Cruz Roja.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977 . 1125 UNTS 3 Comité Internacional de la Cruz Roja.

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Suplemento N° 10 (A/56/10), cap. IV. 2001. Comisión de Derecho Internacional.

Resolución AGNU 96, sesión primera, reunión plenaria quincuagésimo quinta, volumen I, doc. O.N.U. A/RES/96(I) (vol. I) (1946). Naciones Unidas.

Resolución A/CN.4/L.15, sesión tercera. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (Nueva York: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985), Vol. II, Parte 2 , pp 7-19. Comisión de Derecho Internacional.

Responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos. Res.AGNU 56/83, sesión quincuagésimo sexta, reunión plenaria 162, doc. O.N.U. A/RES/56/83 (2001). Naciones Unidas.

IV. Leyes y jurisprudencia

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, C.I.J. Recueil 2007, pág. 43

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar: 7 Estados intervinientes). Demanda de incoación y solicitud de indicación de medidas provisionales. C.I.J. Recueil 2019.

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Sudáfrica c. Israel), Demanda de incoación y solicitud de indicación de medidas provisionales. C.I.J. Recueil 2023.

Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Fallo y sentencia, C.I.J. recueil 1984, pág. 64.

Code pénale. Dernière mise à jour des données de ce code : 30 septembre 2024 [Código Penal de la República Francesa. Última actualización el 30 de septiembre de 2024].

La Fiscalía c. Goran Jelisić, IT-95-10-T, Fallo y sentencia. (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 14 de diciembre de 1999).

La Fiscalía c. Kayishema y Ruzindana, ICTR-95-1-T, Fallo y sentencia, (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 21 de mayo de 1999).

La Fiscalía c. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Fallo y sentencia, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 de julio de 2003).

La Fiscalía c. Paul Akayesu, ICTR-96-4-T,. Fallo y sentencia. (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de agosto de 2001).

La Fiscalía c. Slobodan Milošević, IT-02-54-T, Transcripción, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 16 de diciembre 2003).

La Fiscalía c. Slobodan Milošević, IT-02-54, Decisión sobre la petición de sentencia absolutoria, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 16 de junio de 2004).

La definición jurídica del genocidio y su aplicación en tribunales internacionales

La Fiscalía c. Tihomir Blaškić, IT-95-14-T, sentencia, (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 mar. 2000).

La Fiscalía v. Ntakirutimana et al., ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, Sentencia, párr. 508 (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 13 dic. 2004).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Última actualización publicada el 11 de junio de 2024.

Strafgesetzbuch. Fassung vom 29.10.2024. [Código Penal de la República de Austria. Texto consolidado del 29 de octubre de 2024].

V. Prensa

Cendrowicz, Leo. “Bosnia’s Butcher in Court: Ratko Mladic Stands Trial for War Crimes.” *TIME.com*, 16 may. 2012. <https://web.archive.org/web/20120516184529/http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2114968,00.html>. Última consulta el 15 de octubre de 2024.

Shakir, Omar. “A Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution.” *Human Rights Watch*, March 28, 2023. <https://www.hrw.org/report/2021/04/27/threshold-crossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution>. Última consulta el 23 de octubre de 2024.

VI. Páginas web

“Transitional Justice in the Former Yugoslavia.” *Transitional Justice in the Former Yugoslavia* | International Center for Transitional Justice, 1 ene. 2009. <https://www.ictj.org/publication/transitional-justice-former-yugoslavia>. Última consulta el 13 de octubre de 2024.