

LA REGULACIÓN DEL GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

VALENTÍN BOU FRANCH*

*Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII
Universitat de València*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL CRIMEN DE GENOCIDIO II. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL CRIMEN DE GENOCIDIO. 1. LA CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO. 2. LA *MENS REA* ESPECIAL DEL CRIMEN DE GENOCIDIO 3. EL *ACTUS REUS* DEL CRIMEN DE GENOCIDIO. III. EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. LOS GRUPOS PROTEGIDOS. 2. EL *ACTUS REUS* DEL DELITO DE GENOCIDIO. 3. LA JURISDICCION PENAL UNIVERSAL SOBRE EL DELITO DE GENOCIDIO. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ANTECEDENTES DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Aún “reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”¹, la persecución judicial de las conductas constitutivas de crímenes de genocidio no se abordó hasta los inicios del siglo XX. Durante la Primera Guerra Mundial, los Estados Aliados asistieron al “primero de los genocidios del siglo XX”²:

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I referencia DER2010-20139.

¹ Preámbulo de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (9 de diciembre de 1948) (en adelante, la Convención). En vigor desde el 12 de enero de 1951.

² Ésta es la expresión que se utiliza, entre otras, en las Resoluciones 275, de 24 de abril de 1998, y 320, de 24 de abril de 2001, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Por otra parte, en su Resolución de 18 de junio de 1987, el Parlamento Europeo afirmó que los trágicos acontecimientos de 1915-1917 que

el genocidio armenio³. El Gobierno otomano condujo una política genocida en contra de la minoría armenia en la Península de Anatolia y en la provincia histórica de Armenia. Excusándose en la necesidad militar y en la seguridad nacional, los líderes del Gobierno de los “Jóvenes Turcos”, *Talat Bey, Enver Pasha y Djemal Pasha*, deportaron a la población armenia hacia los desiertos de Siria y Mesopotamia, sometiendo a privaciones y maltratos. Ordenaron, además, la comisión de diversas masacres y les infligieron innumerables actos de torturas. A ello se le unió la destrucción de cualquier rasgo cultural del grupo y su remoción de los puestos del Ejército y de la Administración otomanas. El 24 de mayo de 1915, los Gobiernos de Gran Bretaña, Francia y Rusia condenaron estas matanzas, a las que calificaron como “crímenes contra la humanidad y la civilización”. Los Gobiernos de estos Estados aliados advirtieron al Imperio Otomano que:

“(…) *In the view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime Port that they will hold*

afectaron a los armenios que vivían en el territorio del Imperio Otomano constituyendo “genocidio” conforme al significado de la Convención. Aunque en esta Resolución el Parlamento Europeo expresamente reconoció que la actual Turquía no es responsable internacionalmente del genocidio cometido por el Imperio Otomano sobre los armenios, pidió sin embargo al Gobierno de Turquía que reconociera oficialmente este genocidio (*DOCE C*, 20 de julio de 1987, p. 119). Además, en su Resolución de 28 de septiembre de 2005, el Parlamento Europeo volvió a pedir a Turquía el reconocimiento del genocidio armenio, considerando que este reconocimiento es un requisito previo para su adhesión a la Unión Europea.

³ Los primeros actos de represión de la minoría armenia en el Imperio Otomano se remontan a 1894. *Howard Ball* nos recuerda que, en las masacres de armenios ocurridas entre 1894 y 1896, y en las producidas en 1909, el Imperio Otomano ejecutó a unos 200.000 armenios. Cfr. BALL, H., *Prosecuting War Crimes and Genocide*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, 288 pp. Sobre el genocidio armenio véanse: ADALIAN, R. P., “The Armenian Genocide: Context and Legacy”, *Social Education*, 55/2, 1999, pp. 99-104; DADRIAN, V. N., *The History of the Armenian Genocide: Ethnic conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, Berghahn Books, Providence (Rhode Island), 1995, 460 pp.; PRINCE, M., *Un génocide impuni. L'arménocide*, Heidelberg Press, Lebanon, 1967, 103 pp.; y SHAMSEY, J., “80 Years too late: The International Criminal Court and the 20th Century’s first genocide”, *Journal of Transnational Law and Policy*, 11, 2002, pp. 327-383.

*personally responsible for these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres*⁴.

En consecuencia, en el Tratado de Paz con Turquía (Sèvres, 10 de agosto de 1920) se incluyó un artículo conforme al cual el Gobierno turco se comprometió a entregar a los Estados Aliados, para ser juzgadas, a las personas responsables de las masacres cometidas durante la guerra en territorio otomano⁵. El intento de los Estados Aliados de juzgar a los principales responsables de los crímenes internacionales cometidos durante la Primera Guerra Mundial, incluido el genocidio armenio, acabó en un fracaso rotundo. El Káiser *Guillermo II* se refugió en Holanda, quien denegó su extradición al considerar sus crímenes como crímenes políticos. Los juicios de Leipzig contra los principales criminales de guerra alemanes fueron una mera pantomima⁶ y los juicios contra los

⁴ De hecho, ésta fue la primera vez que el término “crímenes contra la humanidad” apareció en un instrumento jurídico internacional. Los Estados Aliados prefirieron esta denominación a la que se utilizaba con anterioridad, la de “crímenes contra la Cristiandad”, por la connotación religiosa que implicaba y que podía conllevar acusaciones de parcialidad religiosa. El texto de esta Declaración puede consultarse en: http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation-detail.html.

⁵ El artículo 230 del Tratado de Paz de Sèvres estableció que: “*the Turkish Government undertakes to hand over to the Allied Powers the persons whose surrender may be required by the latter as being responsible for the massacres committed during the continuance of the state of war on territory which formed part of the Turkish Empire on the 1st August, 1914. The Allied Powers reserve to themselves the right to designate the Tribunal which shall try the persons so accused, and the Turkish Government undertakes to recognize such Tribunal...*”.

⁶ Sobre los juicios de Leipzig y el fracaso del primer tribunal internacional, véanse: BASSIOUNI, M. C., “World War I: «the War to end all wars» and the birth of a handicapped International Criminal Justice system”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 30/3, 2002, pp. 244-291; MULLINS, C., *The Leipzig Trials: An account of the War Criminals Trials and a Study of the German Mentality*, H. F. & G. Witherby, London, 1921, 238 pp.; WILLIS, J. F., *Prologue to Nuremberg. The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1982, 292 pp.

instigadores del genocidio armenio en Turquía acabaron tras la revuelta de *Mustafa Kemal Atatürk* y la creación de la República Turca⁷.

La configuración doctrinal del crimen de genocidio la realizó el destacado jurista *Raphael Lemkin* en 1944. Según *Lemkin*:

“Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the group themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups”⁸.

A pesar de los esfuerzos personales de *Lemkin*, el término “genocidio” no se incluyó como crimen autónomo en el listado de los crímenes que definieron la competencia material del Tribunal Internacional Mi-

⁷ El Tratado de Sèvres nunca fue ratificado por el Gobierno turco. Fue finalmente sustituido por el Tratado de Lausana, de 24 de julio de 1923, en el que no se incluyó ninguna disposición referente al enjuiciamiento de los principales responsables del genocidio. El Tratado de Lausana se acompañó de una declaración de amnistía para todos los crímenes cometidos entre el 1 de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922. Con anterioridad a este Tratado, se celebraron diversos procesos judiciales contra algunos de los doscientos sospechosos responsables del genocidio armenio ante un tribunal militar especial entre diciembre de 1918 y noviembre de 1920. Para mayor información sobre el genocidio armenio y los procesos llevados a cabo por el tribunal militar especial, véanse entre otros: BASS, G. J., *Stay the hand of Vengeance. The politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, Princeton, 2000, pp. 106-146; POWER, S., *A Problem from Hell. America and the Age of Genocide*, Perennial Editions, New York, 2003, pp. 1-16; VAHAKN, N., “The Turkish Military Tribunal’s Prosecution of the Authors of the Armenian Genocide: Four Major Court-Martial Series”, *Holocaust and Genocide Studies*, 11/1, 1997, disponible en la dirección de Internet: <http://www.genocide.am/dadrian/content.htm>.

⁸ LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Washington, 1944, pp. 79-95.

litar de Núremberg⁹. Según la Carta del Tribunal Militar Internacional, aneja al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945¹⁰, el Tribunal de Núremberg tenía competencia “para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje (...) que (...) hubieran cometido” crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la Humanidad (art. 6). Lo mismo sucedió con el artículo 5 de la Proclama especial de creación de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, formulada por el General estadounidense *Douglas MacArthur* el 19 de enero de 1946, a la que se anexó la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente¹¹. En consecuencia, ninguno de estos dos Tribunales tuvo competencia específica para conocer del crimen de genocidio. No obstante, interesa destacar la definición que de los crímenes contra la humanidad se contiene en el artículo 6.c) de la Carta del Tribunal de Núremberg:

“Crímenes contra la humanidad, a saber, los asesinatos, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados”¹².

⁹ Sobre los esfuerzos de *Lemkin* para que se consagrara internacionalmente el crimen de genocidio, véase POWER, S., *A Problem from Hell. America and the Age of Genocide*, op. cit., pp. 17-85.

¹⁰ Véanse: DE VABRES, H. D., “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du Droit Pénal International”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 70, 1947, pp. 477-582; APPLEMAN, J. A., *Military Tribunals and International Crimes*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1954, 421 pp.; DAVIDSON, E., *The Trial of the Germans. An account of the Twenty-two Defendants before the International Military Tribunal at Nuremberg*, Columbia, University of Missouri Press, 1997, 637 pp.; CALDERÓN PERAGÓN, J., *El juicio de Nuremberg: Hacia una Corte Penal Internacional*, Jabalruz, Jaén, 2000, 125 pp.; etc.

¹¹ Véanse: PRITCHARD, R. J., “The International Military Tribunal for the Far East and its contemporary resonances”, *Military Law Review*, 149, 1995, pp. 25-35; MAGA, T., *Judgment at Tokyo. The Japanese War Crimes Trials*, Kentucky, The University Press of Kentucky, 2001, 181 pp.

¹² El artículo 5.c) de la Carta del Tribunal de Tokio tiene una redacción muy similar.

En esta disposición se reconoció la existencia de dos categorías distintas de crímenes contra la humanidad. La primera fueron los crímenes contra la humanidad propiamente dichos (“los asesinatos, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra”). La segunda categoría fue el crimen de persecución (“las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal”¹³) que, en su evolución normativa posterior, dio lugar a la aparición del crimen de genocidio. De hecho, la primera vez que apareció el término “genocidio” en un instrumento jurídico fue en el Acta de acusación de 8 de octubre de 1945 contra los principales criminales de guerra alemanes. Basándose en esta segunda categoría de crímenes contra la humanidad, el Fiscal afirmó que los procesados ante el Tribunal de Núremberg habían cometido:

*“deliberate and systematic genocide, viz. the extermination of racial and national groups, against the civilian populations of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people and national, racial or religious groups”*¹⁴.

¹³ CLARK, R. S.; RESHETOV, I. A., “Crimes against Humanity”. En: George Ginsburgs; Vladimir N. Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, pp. 180-192. Debe señalarse que, por iniciativa de Francia, la Asamblea General de la ONU adoptó el 11 de diciembre de 1946 su Resolución núm. 95 (I), en la que por unanimidad “confirm(ó) los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Es más, en su segundo período de sesiones, la Resolución núm. 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) que formulase los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de 1945 y por las sentencias del Tribunal de Núremberg. En 1950, la CDI aprobó un texto en el que figuraban los principios en cuestión, y lo presentó a la Asamblea General. Véase “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, tal y como fueron aprobados por la CDI en 1950 y presentados a la Asamblea General de la ONU”, publicado en: NU., doc. A/CN.4/368 (13 de abril de 1983): *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad – Compendio de instrumentos internacionales pertinentes*.

¹⁴ *Indictment against German Goering et al.*, 6 October 1945. El Acta de acusación se encuentra disponible en: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proccount.htm>.

Se suele considerar que en el Fallo de 30 de septiembre de 1946 y en las Sentencias de 1 de octubre de 1946 del Tribunal de Núremberg¹⁵ apareció por primera vez el crimen de genocidio, aunque no se le denominara por su nombre, al afirmar este Tribunal que la destrucción intencional de grupos en su totalidad o en una parte sustancial era un crimen contra la humanidad, es decir, una combinación de los crímenes de exterminio y de persecución debida a motivos políticos, raciales o religiosos. Incluso así lo ha llegado a considerar el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (en adelante, TIPR)¹⁶. También la CDI ha recordado que el Tribunal de Núremberg, al condenar a alguno de los acusados de crímenes contra la humanidad sobre la base de este tipo de conducta, confirmó de esta forma el principio de responsabilidad y castigo individuales de tales conductas como crímenes de Derecho Internacional¹⁷.

Cabe recordar que para un grupo importante de la doctrina, e incluso para la jurisprudencia internacional, el crimen de genocidio no es más que un tipo agravado de crimen de lesa humanidad¹⁸, al exigir una *mens rea* específica: la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Sin embargo, resulta pertinente recordar, por ser jurídicamente más correcta, la siguiente afirmación del TIPR en el asunto *Kambanda*:

¹⁵ La *Opinion and Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals* puede consultarse en: <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment>.

¹⁶ TIPR, *Kayishema and Ruzindana Trial Judgement*, 21 May 1999 (en adelante, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*), párs. 88 y 89.

¹⁷ NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, p. 93, pár. 2.

¹⁸ Así se reconoce, por ejemplo, en la jurisprudencia del TIPR, en el pár. 89 de la Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, según el cual: "(...) *the crime of genocide is a type of crime against humanity. Genocide, however, is different from other crimes against humanity. The essential difference is that genocide requires the aforementioned specific intent to exterminate a protected group (in whole or in part) while crimes against humanity require the civilian population to be targeted as part of a widespread or systematic attack. There are instances where the discriminatory grounds coincide and overlap*". También es cierto que en el texto de la Convención se omitió cualquier tipo de referencia a los crímenes de lesa humanidad para evitar la necesidad de conexión con el conflicto armado que, en aquel entonces, acarreaban los crímenes de lesa humanidad.

"The Chamber notes in this regard that the crimes prosecuted by the Nuremberg Tribunal, namely the holocaust of the Jews or the «Final Solution», were very much constitutive of genocide, but they could not be defined as such because the crime of genocide was not defined until later"¹⁹.

II. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

1. *La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su primer período de sesiones, adoptó por unanimidad la Resolución 96 (I), en la que afirmó que "el genocidio es un crimen de Derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados" y solicitó al Consejo Económico y Social que preparase un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio. Como resultado, la Resolución 260A (III) de la Asamblea General aprobó la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (9-XII-1948)²⁰.

¹⁹ TIPR, *Kambanda Trial Judgment, 4 September 1998*, (en adelante, Sentencia *Kambanda*), p. 14.

²⁰ *Vide*: MIAJA DE LA MUELA, A., "El genocidio, delito internacional", *Revista española de Derecho Internacional*, 4, 1951, pp. 363-408; ANDREOPOULOS, G. J., (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1997, 276 pp.; JONASSOHN, K.; SOLVEIG BJÖRNSON, K., *Genocide and gross human right violations in comparative perspective*, Transaction Books, New Brunswick, 1997, 338 pp.; LIPPMAN, M., "The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15, 1998, pp. 415-514; SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 624 pp.; SPANGENBURG, R.; MOSER, D., *The crime of genocide: Terror against Humanity*, Enslow Publishers, Berkeley Heights, 2000, 128 pp.; VERDIRAME, G., "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", *International and Comparative Law Quarterly*, 49/3, 2000, pp. 578-598; HOROWITZ, I. L., *Taking Lives: Genocide and State Power*, 5ª ed., New Brunswick, Transaction Publishers, 2001, 477

La Convención ha sido masivamente ratificada y está ampliamente aceptada como Derecho internacional consuetudinario, siendo reconocida por la jurisprudencia internacional como norma de *jus cogens*²¹. El genocidio es un crimen internacional que puede ser cometido tanto por Estados como por individuos²². El artículo IX de la Convención reconoce jurisdicción a la CIJ sobre las controversias relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio²³.

El artículo VI establece que las personas acusadas de genocidio podrán ser juzgadas “ante la corte penal internacional que sea competente

pp.; KIMENYI, A.; SCOTT, O. L., (ed.), *Anatomy of Genocide: State-sponsored mass-killings in the twentieth century*, Edwin Mellen Press, Lewinston, 488 pp.; etc.

²¹ Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. *Judgement of 26 February 2007* (en adelante, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*), *I.C.J. Reports 2007*, párs. 142 y 161 [donde se remite a pronunciamientos previos de la CIJ en los que se reconoce que “los principios subyacentes en la Convención son principios que están reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional” y “que la norma que prohíbe el genocidio es con seguridad una norma perentoria de Derecho internacional (*jus cogens*)”] [citando tanto *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Advisory Opinion, p. 23, como *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002)*, ICJ Judgement, p. 64]. Para el TIPR, véase la Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, p. 88. Para el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TIPY), véase, por ejemplo, *Krstic Trial Judgement, 2 August 2001* (en adelante, Sentencia *Krstic*), p. 541 (donde se investiga el estado del Derecho internacional consuetudinario en el momento de las matanzas de Srebrenica en 1995); y TIPY, *Popovic et al. Trial Judgement, 10 June 2010* (en adelante, Sentencia *Popovic et al.*), p. 807.

²² CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, p. 179.

²³ La CIJ concluyó afirmando que Serbia ni había cometido, ni conspirado para cometer, ni incitado la comisión de genocidio en violación de las normas de la Convención. No obstante, la CIJ concluyó que Serbia había violado la obligación de prevenir el genocidio en Srebrenica en julio de 1995. *Ibid.*, p. 471. La CIJ tiene pendiente de resolver la demanda presentada por Croacia contra Yugoslavia el 2 de julio de 1999. Véase RAIMONDO, F., *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 53.

respecto a aquéllas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción²⁴. De hecho, el crimen de genocidio es perseguible conforme a los artículos 2, 4 y 6 de los Estatutos del TIPR, del TIPY y de la Corte Penal Internacional (CPI), respectivamente. Estos artículos repiten literalmente la definición del crimen de genocidio proporcionada por el artículo II de la Convención:

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

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

Cualquiera de estos actos constituye genocidio cuando se comete con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Para poder apreciar la comisión del crimen de genocidio se requiere, además de probar la intención de cometer cualquiera de los actos materiales de este crimen, probar también la intención genocida específica de destruir al grupo protegido en todo o en parte²⁵.

Por lo que se refiere al crimen de genocidio, el TIPR tuvo en cuenta, en concreto, que el Preámbulo de la Convención reconoció que “en to-

²⁴ Cincuenta años después de la adopción de la Convención, la primera condena internacional por genocidio se contiene en TIPR, *Kambanda Trial Judgement, 2 September 1998* (en adelante, Sentencia *Kambanda*), pág. 745. Véanse RATNER, S., “The Genocide Convention after fifty years: Contemporary strategies for combating a crime against Humanity”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1998, pp. 1-13; MERON, T., “Evolution of substantive International Criminal Law through specialized international criminal tribunals and the International Criminal Court”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 2000, pp. 276-286; y MUSUNGU, S. F.; LOUW, L., “The pursuit of justice in post-genocide Rwanda: an evaluation of international and domestic legal responses”, *East African Journal of Peace and Human Rights*, 7, 2001, pp. 196-214.

²⁵ TIPY, *Krstic Appeal Judgement, 19 April 2004* (en adelante, Sentencia en apelación *Krstic*), pág. 20. Véase también CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pág. 186.

dos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad” y reiteró además que “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”. Consideró al genocidio como un crimen de carácter único, debido a que el elemento constitutivo de este crimen consistente en un *dolus specialis* (o intención especial) requiere que el crimen se cometa “con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. Requisito que, en opinión del TIPR, permite que se califique al genocidio como el “crimen de crímenes” (*the crime of crimes*), lo que, dada su gravedad, se debe tener en cuenta como un hecho crucial al determinar las penas a imponer por este crimen²⁶.

2. *La mens rea especial del crimen de genocidio*

El artículo II de la Convención define al genocidio como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. A esta intención (o *mens rea*) se ha referido la jurisprudencia internacional, denominándola intención especial, intención específica, *dolus specialis*, intención adicional, elemento mental o intención genocida²⁷. Esta *mens rea* distingue al crimen de genocidio de los crímenes contra la humanidad, en concreto de los crímenes de persecu-

²⁶ TIPR, Sentencia *Kambanda*, p. 16; TIPR, *Akayesu Trial Judgement*, 2 September 1998 (en adelante, Sentencia *Akayesu*), p. 4; y TIPR, *Serushago Trial Judgement*, 5 February 1999, p. 15.

²⁷ Véase, por ejemplo: TIPR, *Musema Trial Judgement*, 27 January 2000 (en adelante, Sentencia *Musema*), párs. 164-167, donde utiliza de modo intercambiable las expresiones “intención específica” y “*dolus specialis*”; y TIPR, Sentencia *Akayesu*, p. 498, que se refiere a “intención genocida”. Mientras que la expresión “intención específica” se utilizó en TIPY, *Jelusic Appeal Judgement*, 5 July 2001 (en adelante, Sentencia en apelación *Jelusic*), p. 45, en TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, p. 134 se utilizó la expresión “intención genocida”. La CDI utilizó “intención específica” (A/51/10, p. 87). La CIJ utilizó de modo intercambiable las expresiones “elemento mental”, “intención adicional” e “intención específica”. CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, párs. 187 y 189.

ción y de exterminio²⁸. La cuestión de si en un caso concreto existió o no la intención genocida debe valorarse teniendo en cuenta “todas las pruebas, tomadas conjuntamente”²⁹.

A) La intención de destruir a un grupo protegido como tal

La expresión “como tal” indica que para probar la comisión de un genocidio se requiere algo más que una intención discriminatoria. Debe existir la intención de destruir, en todo o en parte, al grupo protegido³⁰, considerado “como una entidad separada y bien diferenciada”³¹. En consecuencia, la víctima última del crimen de genocidio es el grupo protegido³².

El término “destruir” en Derecho internacional consuetudinario significa la destrucción física o biológica y excluye los intentos de aniquilar los elementos culturales o sociológicos de un grupo protegido³³. Según la CDI, los trabajos preparatorios de la Convención demuestran sin lugar a dudas que “la destrucción de que se trata es la destrucción material de un grupo, por medios físicos o biológicos, y no la destrucción de la

²⁸ TIPR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, p. 89; TIPY, *Kupreskic et al. Trial Judgement, 14 January 2000*, p. 636. Véase MORRIS, V.; SCHARF, M. P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers Inc., 1998, p. 167.

²⁹ TIPY, *Stakic Appeal Judgement, 22 March 2006* (en adelante, Sentencia en apelación *Stakic*), p. 55.

³⁰ TIPR, *Niyitegeka Appeal Judgement, 9 July 2004* (en adelante, Sentencia en apelación *Niyitegeka*), p. 53; y CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, p. 187.

³¹ TIPY, *Brnanin Trial Judgement, 1 September 2004* (en adelante, Sentencia *Brnanin*), p. 698; y TIPY, *Blagojevic and Jokic Trial Judgement, 17 January 2005* (en adelante, Sentencia *Blagojevic y Jokic*), p. 665.

³² Véanse, por ejemplo, TIPY, Sentencia *Blagojevic y Jokic*, párs. 656 y 665; TIPY, *Stakic Trial Judgement, 13 July 2003* (en adelante, Sentencia *Stakic*), p. 521; TIPR, Sentencia *Akayesu*, párs. 485 y 521. Véase también TIPY, *Jelusic Trial Judgement, 14 December 1999* (en adelante, Sentencia *Jelusic*), p. 108.

³³ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, p. 25; y CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, p. 344.

identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo determinado”³⁴. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha considerado que los ataques contra los bienes y símbolos religiosos o culturales del grupo protegido a menudo ocurren junto con la destrucción física y biológica y “pueden ser legítimamente considerados como prueba de una intención de destruir físicamente al grupo”³⁵.

El TIPR ha considerado que, por su propia naturaleza, la intención genocida no es normalmente susceptible de demostración mediante una prueba directa, porque “únicamente el propio acusado tiene conocimiento de primera mano de su propio estado mental, y es improbable que testifique sobre su propia intención genocida”³⁶. En ausencia de pruebas directas, la intención genocida del perpetrador puede inferirse de hechos y circunstancias relevantes que pueden llevar más allá de cualquier duda razonable a afirmar la existencia de tal intención, siempre que ésta sea la única deducción razonable que se pueda obtener de la totalidad de las pruebas presentadas³⁷. La intención genocida puede inferirse de ciertos hechos o indicios, que incluyen, aunque no se limitan, a los siguientes: a) el contexto general; b) la realización de otros actos culpables sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, con independencia de que estos actos se cometieran por la misma persona o por otros; c) la magnitud de las atrocidades cometidas; d) su naturaleza en general; e) su ejecución en una región o en un país; f) el hecho de que las víctimas fueran elegidas deliberada y sistemáticamente por su pertenencia a un grupo concreto; g) la exclusión, a estos efectos, de miembros de otros grupos; h) la doctrina política que dio lugar a los hechos refe-

³⁴ Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2): “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones”, *Anuario de la CDI*, 1996, vol. II, 2ª parte, p. 50, párr. 12.

³⁵ TIPY, Sentencia *Krstic*, párr. 580; y CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, párr. 344.

³⁶ TIPR, *Gacumbitsi Appeal Judgement*, 7 July 2006 (en adelante, Sentencia en apelación *Gacumbitsi*), párr. 40; TIPR, *Kayishema and Ruzindana Appeal Judgement*, 1 June 2001 (en adelante, Sentencia en apelación *Kayishema y Ruzindana*), párr. 159; y TIPR, *Rutaganda Appeal Judgement*, 26 May 2003, párr. 525.

³⁷ TIPR, *Nahimana et al. Appeal Judgement*, 28 November 2007, párr. 524.

ridos; i) la repetición de hechos discriminatorios y destructivos³⁸; y j) la realización de hechos que violan los propios fundamentos del grupo o que son considerados como tales por sus autores³⁹. Más aún, la prueba del estado mental respecto de la comisión de los actos materiales que constituyen genocidio puede servir igualmente como prueba de la que inferir adicionalmente que el acusado poseía la intención específica de destruir a un grupo o a una parte del mismo⁴⁰.

Tanto el TIPY como el TIPR han sostenido que la existencia de motivos personales en la realización de los actos materiales del genocidio debe distinguirse de la intención especial que requiere la comisión de este crimen, aunque no impiden que se pueda por ello alcanzar una conclusión acerca de la existencia de la intención genocida⁴¹. La razón

³⁸ TIPY Sentencia en apelación *Jelusic*, pár. 47. Véanse también TIPY, *Blagojevic and Jokic Appeal Judgement*, 9 May 2007 (en adelante, Sentencia en apelación *Blagojevic y Jokic*), pár. 123 (donde afirmó que la intención genocida puede inferirse de las “pruebas de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo” y, por lo tanto, “la operación de transferencia forzosa, las separaciones, así como los malos tratos y los asesinatos en la ciudad de Bratunac son consideraciones relevantes para valorar si los principales perpetradores tenían intención genocida”); TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, párs. 33 y 35 (donde afirmó que se debían considerar otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo y decidió que la magnitud de la matanza en la zona de Srebrenica, “combinado con la conciencia del Estado Mayor del VRS sobre las consecuencias perjudiciales que tendría para la comunidad bosnio-musulmana de Srebrenica y con otras acciones que el Estado Mayor tomó para asegurar el deceso físico de esa comunidad”, permitiesen alcanzar la conclusión de que la matanza de los hombres bosnio-musulmanes en Srebrenica se realizó con intención genocida). Véanse igualmente TIPR, *Mubimana Appeal Judgement*, 21 May 2007, pár. 31; y TIPR, *Semanza Appeal Judgement*, 20 May 2005, pár. 262.

³⁹ TIPR, *Kalimanzira Trial Judgement*, 22 June 2009, pár. 731; TIPR, Sentencia en apelación *Gacumbitsi*, párs. 40-41; y TIPR, *Muvunyi Trial Judgement*, 11 February 2010 (en adelante, Sentencia *Muvunyi*), pár. 29. Véase TORRES PÉREZ, M., BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 374.

⁴⁰ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, pár. 20.

⁴¹ TIPY Sentencia en apelación *Jelusic*, pár. 49. Véanse también TIPR, Sentencia en apelación *Niyitegeka*, párs. 52-53; y TIPR, Sentencia en apelación *Kayishema y*

por la que un acusado intentó destruir al grupo víctima de sus ataques “no tiene ninguna incidencia sobre su culpabilidad”⁴².

La jurisprudencia internacional ha sostenido que “los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 indican que la premeditación no fue seleccionada como un ingrediente jurídico del crimen de genocidio”, por lo que “de esta omisión se deduce que los redactores de la Convención no estimaron que la existencia de una organización o de un sistema que sirviera al objetivo genocida fueran un ingrediente jurídico de este crimen”⁴³. En consecuencia, la jurisprudencia del TIPR y del TIPY ha dejado claro que la existencia de un plan o de una política (p. ej., una política de Estado) no es un elemento definitorio del crimen de genocidio⁴⁴. Más aún, han sostenido que “el crimen de genocidio, como se define en el Estatuto y en el Derecho internacional consuetudinario, no requiere probar que el perpetrador del genocidio participó en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”⁴⁵. Ésta es una diferencia importante entre el crimen de genocidio y los crímenes contra la humanidad.

Los tribunales internacionales han sostenido que el artículo 6 del Estatuto de la CPI, que define al crimen de genocidio, no exige el requisito de una “pauta manifiesta de conducta similar”. Requisito que, pese a ello, fue introducido en el documento titulado “Elementos de los crímenes”⁴⁶. El TIPR y el TIPY han reconocido que el lenguaje de los “Elementos de los crímenes” de la CPI, al exigir que los actos de genoci-

Ruzindana, pár. 161. Véase en general TIPY, *Tadic Appeal Judgement*, 15 July 1999, párs. 268-269, donde el TIPY declaró que: “los motivos personales son, en general, irrelevantes en Derecho penal”.

⁴² TIPY, Sentencia en apelación *Stakic*, pár. 45.

⁴³ TIPY Sentencia *Jelusic*, pár. 100.

⁴⁴ TIPR, Sentencia en apelación *Kayishema y Ruzindana*, pár. 138; TIPY Sentencia en apelación *Jelusic*, pár. 48.

⁴⁵ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, pár. 223.

⁴⁶ El último elemento del crimen de genocidio consiste en: “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo (...)”. Cfr. Doc. ICC-ASP/1/3 (parte II-B): *Elementos de los crímenes*, adoptado el 9 de septiembre de 2002.

dio deban cometerse en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar, excluye implícitamente de la calificación de este crimen a los actos realizados al azar y a los actos aislados de genocidio⁴⁷. No obstante, para ambos tribunales “depender de la definición del genocidio dada en los «Elementos de los crímenes» de la CPI está fuera de lugar”. La Sala de Apelaciones común a ambos tribunales clarificó aún más que los “Elementos de los crímenes” de la CPI “no son normas obligatorias, sino únicamente medios auxiliares de interpretación” del Estatuto de la CPI. Finalmente, la jurisprudencia ha establecido de manera definitiva que el requisito de que la conducta prohibida sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil “no se exige por el Derecho internacional consuetudinario”⁴⁸. No obstante, ha reconocido igualmente que la existencia de un plan o política puede ser un factor importante para inferir la existencia de una intención genocida. Cuando los actos y la conducta de un acusado se realizaron de acuerdo con un plan o política preconcebidos para cometer genocidio, ello se convierte en prueba que es relevante para demostrar el conocimiento del acusado de tal plan o política; y dicho conocimiento constituye, a su vez, prueba que sustenta aún más una inferencia acerca de la existencia de la intención genocida⁴⁹.

B) Los grupos protegidos

El genocidio fue “concebido originalmente como la destrucción de una raza, tribu, nación u otro grupo con una identidad positiva concreta, no como la destrucción de varias personas que carezcan de una identidad bien diferenciada”⁵⁰. La definición del grupo en la Convención adoptó el entendimiento de que el genocidio es la destrucción de grupos humanos bien diferenciados con identidades concretas, tales como “personas de un origen nacional común” o “cualquier comunidad religiosa

⁴⁷ TIPY, Sentencia *Popovic et al.*, pág. 829.

⁴⁸ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, pág. 224.

⁴⁹ TIPY, Sentencia *Popovic et al.*, pág. 830.

⁵⁰ TIPY, Sentencia en apelación *Stakic*, pág. 21.

unida por un ideal espiritual común⁵¹. El grupo se define por “características positivas concretas —nacional, étnico, racial o religioso—⁵² y no por la ausencia de las mismas”. En consecuencia, un grupo definido negativamente, por ejemplo, todos los “no serbios” de una región concreta, no se incluye en la definición de grupo⁵³.

Los redactores de la Convención también dedicaron gran atención a la identificación positiva de los grupos con características distintivas específicas al decidir qué grupos se incluirían y qué otros grupos (por ejemplo, los grupos políticos) se excluirían de la definición de genocidio. A la misma idea se refirió la CIJ en 1951 al declarar como un objetivo de la Convención la salvaguardia de “la propia existencia de *algunos* grupos humanos”⁵⁴. Tal concepción del genocidio requiere una identificación positiva del grupo. El rechazo de las propuestas para incluir en la Convención a los grupos políticos⁵⁵ y al genocidio cultural también demuestra que sus redactores prestaron una atención especial a la identificación positiva de los grupos con características distintivas específicas bien establecidas⁵⁶.

⁵¹ *Ibid.*, párs. 22-24, en los que el TIPY analizó la historia de la negociación de la Convención, citando la interpretación de los grupos protegidos por la Convención que realizó el ECOSOC en su “Estudio sobre el genocidio” de 1978, párs. 59 y 78.

⁵² La jurisprudencia internacional ha aceptado un enfoque mixto, subjetivo y objetivo, para la identificación de los grupos protegidos. Una definición objetiva se puede encontrar, por ejemplo, en TIPR, Sentencia *Akayesu*, párs. 512-515. Un enfoque subjetivo, consistente en que la víctima sea percibida por el perpetrador del crimen como perteneciente a un grupo identificado para su destrucción, se defendió, por ejemplo, en TIPR, *Rutaganda Trial Judgement, 6 December 1999* (en adelante, Sentencia *Rutaganda*), pár. 56. Véase BOU FRANCH, V., “El crimen de genocidio según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 17, 2005, pp. 145-150.

⁵³ TIPY, Sentencia en apelación *Stakic*, párs. 19-21 y 28; y CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, párs. 193 y 196.

⁵⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23.

⁵⁵ Para una opinión diferente, véase: VAN SCHAAK, B., “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention’s Blind Spot”, *The Yale Law Journal*, 106/7, 1997, p. 2259 y ss.

⁵⁶ CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pár. 194.

C) La relevancia de la parte del grupo protegido

Para que los tribunales puedan determinar la existencia de la intención genocida específica no es necesario demostrar que el perpetrador intentó lograr la aniquilación completa de un grupo protegido a lo largo de todo el mundo⁵⁷; basta con que se trate de una parte substantiva del mismo⁵⁸. De hecho, si se pretende la destrucción de una “parte” del grupo, la misma debe ser una parte substantiva del grupo⁵⁹, dado que dicha “parte” “debe ser bastante significativa como para tener un impacto en la totalidad del grupo”⁶⁰.

El tamaño numérico de la parte del grupo que se identifica para su destrucción, evaluada tanto en términos absolutos como relativos en relación al tamaño total del grupo, “es el punto de partida importante y necesario” al valorar si la parte identificada para su destrucción es o no una parte substantiva del grupo, aunque ello no sea “en todos los casos el punto final de la investigación”. Otras consideraciones a tener en cuenta, que no son “ni exhaustivas ni dispositivas”, incluyen la relevancia dentro del grupo de la parte identificada para su destrucción, la consideración acerca de si la parte que se pretende destruir “es emblemática de la totalidad del grupo, o es esencial para su supervivencia” y la extensión de la zona en la que se desarrollaron las actividades de los malhechores, así

⁵⁷ TIPR, *Sentencia Kayishema y Ruzindana*, pág. 95.

⁵⁸ TIPR, *Semanza Trial Judgement, 15 May 2003* (en adelante, *Sentencia Semanza*), pág. 316.

⁵⁹ TIPR, *Sentencia Akayesu*, párs. 496-499; TIPR, *Kajelijeli Trial Judgement, 1 December 2003*, pág. 809; y TIPR, *Kamuhanda Trial Judgement, 22 January 2004* (en adelante, *Sentencia Kamuhanda*), pág. 628. El TIPR, en su *Sentencia Semanza*, pág. 316, afirmó que: “*Although there is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide, the Prosecutor must prove beyond a reasonable doubt that the perpetrator acted with the intent to destroy the group as such, in whole or in part. The intention to destroy must be, at least, to destroy a substantial part of the Group*”.

⁶⁰ TIPY, *Sentencia en apelación Krstic*, pág. 8. Según se afirma en CIJ, *Sentencia sobre la Convención del genocidio*, pág. 198: “*In the first place, the intent must be to destroy at least a substantial part of the particular group. That is demanded by the very nature of the crime of genocide: since the object and purpose of the Convention as a whole is to prevent the intentional destruction of groups, the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole*”.

como los controles y limitaciones a la posible extensión de su alcance. Según la jurisprudencia internacional, la decisión acerca de qué factores concretos deben aplicarse y cuál debe ser su importancia relativa son cuestiones que variarán dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto⁶¹.

3. *El actus reus del crimen de genocidio*

El *actus reus* del crimen de genocidio está constituido exclusivamente por los cinco comportamientos siguientes.

A) Matanza de miembros del grupo

El TIPR definió la “matanza” como el “homicidio cometido con la intención de causar la muerte”⁶². Para el TIPY, los elementos definidores de la matanza son: la muerte de la víctima, causar la muerte de la víctima por el acusado y la *mens rea* del perpetrador⁶³.

La matanza puede ocurrir tanto cuando la muerte de la víctima se causa por una omisión, como por un acto del acusado o de una o más personas de las que el acusado es penalmente responsable⁶⁴. También la “matanza” puede apreciarse judicialmente cuando la conducta del acusado contribuye sustancialmente a la muerte de la víctima⁶⁵. La *mens rea* de la matanza puede incluso adoptar la forma de la intención

⁶¹ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, párs. 12-14.

⁶² TIPR, Sentencia *Musema*, pág. 155; y TIPR, *Seromba Trial Judgement*, 13 December 2006, pág. 317.

⁶³ TIPY, *Kordic and Cerkez Appeal Judgement*, 17 December 2004 (en adelante, Sentencia en apelación *Kordic y Cerkez*), pág. 37; y TIPY, *Kvočka et al. Appeal Judgement*, 28 February 2005 (en adelante, Sentencia en apelación *Kvočka et al.*), pág. 261.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 260; y TIPY, *Galic Appeal Judgement*, 30 November 2006, pág. 149. Por ejemplo, la matanza puede resultar de la omisión deliberada de proporcionar ayuda médica. Cfr. TIPY, Sentencia en apelación *Kvočka et al.*, pág. 270.

⁶⁵ TIPY, Sentencia *Brnanin*, pág. 382; y TIPY, *Celebici Trial Judgement*, 16 November 1998, pág. 424.

de matar⁶⁶ o de la intención de causar daños corporales graves de los que el acusado razonablemente podría saber que llevarían a la muerte de la víctima⁶⁷.

Para apreciar la muerte de la víctima, la jurisprudencia internacional ha afirmado que el Fiscal no necesita demostrar que el cuerpo de la víctima ha sido encontrado o recuperado. Se puede en su lugar establecer la muerte de la víctima mediante pruebas circunstanciales, si se demuestra que la única deducción razonable que se puede alcanzar es que la víctima está muerta⁶⁸.

B) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo

El artículo II.b) se refiere a un acto u omisión intencional que causa una “lesión grave a la integridad física o mental” de los miembros del grupo identificado para su destrucción. Los actos a los que se refiere el artículo II.b), de manera similar a lo que ocurre con el artículo II.a), requieren la prueba de un resultado⁶⁹. Esta disposición se puede interpretar de manera que abarque “el daño que lesiona seriamente la salud, causa desfiguración o cualquier herida grave a los sentidos u órganos internos y externos”⁷⁰.

La lesión debe ir “más allá de la humillación, vergüenza o infelicidad temporal” y debe infligir un “perjuicio grave y a largo plazo a la capacidad de una persona de llevar una vida normal y constructiva”⁷¹. La lesión no tiene porqué ser “permanente e irremediable” para cumplir

⁶⁶ TIPY, *Celebici Appeal Judgement*, 20 February 2001, p. 423; TIPY, Sentencia en apelación *Kordic y Cerkez*, p. 37; y TIPY, Sentencia en apelación *Kvočka et al.*, p. 261.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 261.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 260.

⁶⁹ TIPY, Sentencia *Brnanin*, p. 688; y TIPY, Sentencia *Stakic*, p. 514.

⁷⁰ TIPY, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, p. 109.

⁷¹ TIPY, Sentencia *Krstić*, p. 513; y TIPY, Sentencia *Blagojevic y Jokic*, p. 645.

el estándar de lo que constituye una lesión grave⁷². Una “lesión grave a la integridad mental” implica algo más que una discapacidad menor o temporal de las facultades mentales⁷³. Además, “para fundamentar una condena por genocidio, el daño corporal o mental infligido a los miembros de un grupo debe ser de una naturaleza tan grave como para amenazar su destrucción en todo o en parte”⁷⁴. La determinación de lo que constituye una lesión grave dependerá de las circunstancias del caso⁷⁵. La lesión debe infringirse intencionadamente para que se aprecie la *mens rea* del crimen de genocidio⁷⁶.

Entre los ejemplos de actos que causan una lesión grave a la integridad física o mental se incluyen “la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, la violencia sexual incluida la violación, los interrogatorios combinados con golpes, las amenazas de muerte y el daño que afecta a la salud o causa desfiguración o heridas graves a los miembros del grupo nacional, étnico, racial o religioso perseguido”⁷⁷.

⁷² TIPY, Sentencia *Krstic*, pág. 513. Véase igualmente TIPR, Sentencia *Akayesu*, pág. 502; TIPR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, pág. 108; TIPR, *Bagilishema Trial Judgement*, 7 June 2001, pág. 59; TIPR, Sentencia *Kamuhanda*, pág. 634; TIPR, *Ntagerura et al. Trial Judgement*, 1 September 2009, pág. 664; TIPR, Sentencia *Muvunyi*, pág. 487; y TIPY, Sentencia *Stakic*, pág. 516.

⁷³ TIPR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, pág. 110.

⁷⁴ TIPR, *Seromba Appeal Judgement*, 12 March 2008, pág. 46; y TIPY, *Krajisnik Trial Judgement*, 27 September 2006 (en adelante, Sentencia *Krajisnik*), pág. 862.

⁷⁵ TIPY, Sentencia *Blagojevic y Jokic*, pág. 646; y TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, pág. 513.

⁷⁶ TIPR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, pág. 112; TIPR, Sentencia *Muvunyi*, pág. 487; TIPY, Sentencia *Brnanin*, pág. 690; y TIPY, Sentencia *Blagojevic y Jokic*, pág. 645.

⁷⁷ TIPR, Sentencia *Musema*, pág. 156; TIPY, Sentencia *Brnanin*, pág. 690; y TIPY, Sentencia *Krajisnik*, pág. 859. Véase también CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pág. 319, donde la CIJ concluyó afirmando que el sistemático “maltrato masivo, [incluyendo] golpes, violación y tortura que causaron daños graves corporales y mentales durante el conflicto [bosnio] y, en concreto, en los campos de detención” cumple el elemento material del artículo II (b) de la Convención.

La Sala de Apelaciones del TIPY ha afirmado que la transferencia forzada de personas “no constituye por sí misma un acto genocida”⁷⁸. Se ha reconocido, no obstante, que en algunas ocasiones la transferencia forzada de personas puede constituir un acto material que cause una lesión grave a la integración física o mental de los miembros del grupo, en concreto si la operación de transferencia forzada se realizó en circunstancias tales que llevaron a la muerte de todo o parte de la población desplazada⁷⁹.

C) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

El artículo II.c) de la Convención se refiere a métodos de destrucción que “no matan inmediatamente a los miembros del grupo pero que, en último término, persiguen su destrucción física”⁸⁰. Los métodos de destrucción a los que se refiere el artículo II.c) son aquéllos que persiguen la destrucción física o biológica del grupo⁸¹. En contraste con los actos materiales subyacentes a los que se refieren los artículos II.a) y II.b), que requieren probar que se ha producido un resultado,

⁷⁸ TIPY, Sentencia en apelación *Krstic*, pár. 33. Véase TIPY, Sentencia en apelación *Blagojevic y Jokic*, pár. 123. La CIJ ha sostenido que ni la intención de convertir a una zona en homogénea étnicamente, ni las operaciones para ejecutar tal política “pueden como tales ser designadas como genocidio: la intención que caracteriza al genocidio es «destruir, total o parcialmente» a un grupo concreto, y la deportación o el traslado de los miembros de un grupo, incluso si se efectúa por la fuerza, no es necesariamente equivalente a la destrucción de ese grupo”. CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pár. 190.

⁷⁹ TIPY, Sentencia *Blagojevic y Jokic*, párs. 650 y 654.

⁸⁰ TIPR, Sentencia *Akayesu*, pár. 505; TIPR, Sentencia *Rutaganda*, pár. 52; y TIPR, Sentencia *Musema*, pár. 157.

⁸¹ TIPY, Sentencia *Krstic*, pár. 580. La CIJ sostuvo que: “la destrucción del patrimonio religioso, cultural e histórico no puede considerarse como constitutivo del sometimiento intencional a condiciones de existencia calculadas para acarrear la destrucción física del grupo”. Cfr. CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pár. 344.

esta disposición no exige la prueba de que el resultado pretendido se haya conseguido⁸².

Los ejemplos de métodos de destrucción mencionados por el TI-PR incluyen la denegación de servicios médicos y “la creación de circunstancias que llevarán a una muerte lenta, tales como la falta de una vivienda adecuada, de ropas y de higiene, así como el trabajo o esfuerzo físico excesivo”⁸³. Para el TIPY, los ejemplos son: “los tratos crueles o inhumanos, incluida la tortura, los abusos físicos y psicológicos, la violencia sexual, las condiciones de vida inhumanas, principalmente el no proporcionar alojamientos, refugios, alimentos, agua, cuidado médico o instalaciones sanitarias higiénicas apropiados, así como el trabajo forzoso”⁸⁴. Ambos tribunales también han citado la expulsión sistemática de sus hogares como un medio potencial para infligir condiciones de vida concebidas para lograr la destrucción del grupo⁸⁵.

En ausencia de pruebas directas acerca de si las “condiciones de vida” impuestas al grupo perseguido estuvieron o no concebidas para acarrear su destrucción física, el TI-PR y el TIPY se han “centrado en la probabilidad objetiva de que estas condiciones lleven a la destrucción física de parte del grupo” y han valorado factores tales como la naturaleza de las condiciones impuestas, la duración del tiempo en el que los miembros del grupo estuvieron sometidas a las mismas, así como las características del propio grupo perseguido, como la de su vulnerabilidad⁸⁶.

⁸² TIPY, Sentencia *Brnanin*, párs. 691 y 905; y TIPY, Sentencia *Stakic*, p. 517.

⁸³ Véase, por ejemplo, TI-PR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, párs. 115-116; y TI-PR, Sentencia *Musema*, p. 157.

⁸⁴ TIPY, Sentencia *Krajisnik*, p. 859; TIPY, Sentencia *Stakic*, párs. 517-518; y TIPY, Sentencia *Brnanin*, p. 691.

⁸⁵ TI-PR, Sentencia *Akayesu*, p. 506; TIPY, Sentencia *Stakic*, p. 517; y TIPY, Sentencia *Brnanin*, p. 691.

⁸⁶ TI-PR, Sentencia *Akayesu*, p. 505; TI-PR, Sentencia *Kayishema y Ruzindana*, párs. 115 y 548; y TIPY, Sentencia *Brnanin*, p. 906. El TIPY incluso ha sostenido que: “las condiciones de vida, que pueden ser inadecuadas por diversas razones, pueden pese a ello ser adecuadas para la supervivencia del grupo”. Cfr. TIPY, Sentencia *Krajisnik*, p. 863.

El estándar de la *mens rea* requerida para apreciar el crimen de genocidio de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial está explicitado por la utilización del adjetivo “intencional”⁸⁷.

D) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo

El TIPR y el TIPY han afirmado que las medidas destinadas a impedir los nacimientos deben ser interpretadas como la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, el control forzado de nacimientos, la separación de sexos y la prohibición de matrimonios. En sociedades patriarcales, en las que la pertenencia como miembro de un grupo se determina por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir los nacimientos en el seno de un grupo se produce cuando, durante una violación, a una mujer del citado grupo se le deja deliberadamente embarazada por un hombre de otro grupo, con la intención de que dé a luz a un niño o niña que en consecuencia no pertenecerá al grupo materno. Es más, la jurisprudencia del TIPR ha reconocido que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo pueden ser tanto físicas como mentales⁸⁸.

Para que se pueda apreciar la existencia de un acto genocida, las pruebas deben establecer tanto que los actos se realizaron con la intención de impedir nacimientos en el seno del grupo, como que la intención última era la destruir al grupo como tal, en todo o en parte⁸⁹.

⁸⁷ CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, pár. 186: “los elementos mentales están explícitos en los párrafos c) y d) del artículo II mediante las palabras «intencional» («*deliberately*») y «destinadas a» («*intended to*») (...). Los actos, en palabras de la CDI, son por su propia naturaleza actos volitivos, intencionales o conscientes”.

⁸⁸ TIPR, Sentencia *Akayesu*, párs. 508-509; y TIPR, Sentencia *Rutaganda*, pár. 53.

⁸⁹ CIJ, Sentencia sobre la *Convención del genocidio*, párs. 355-356 y 361. En respuesta a la pretensión del demandante acerca de que: “la separación forzada de hombres y mujeres musulmanes en Bosnia Herzegovina, como se practicó sistemáticamente cuando varios municipios fueron ocupados por las fuerzas serbias... con

E) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

Respecto del traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, el TIPR ha especulado acerca de que, al igual que sucede en el supuesto de imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos, el objetivo de este tipo criminal no es sólo sancionar un acto directo de traslado físico por la fuerza, sino también sancionar las amenazas o los traumas que generarían el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo⁹⁰. Los “Elementos de los crímenes” de la CPI especifican por su parte que la persona o personas transferidas deben ser menores de 18 años.

III. EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Aunque la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio entró en vigor de manera general el 12 de enero de 1951, cabe recordar que España no se adhirió a la misma hasta el 13 de septiembre de 1968⁹¹, formulando una reserva a la totalidad del artículo IX, que versa sobre la competencia de la CIJ para conocer de las controversias relativas a la responsabilidad de un Estado por cometer genocidio⁹². En

toda probabilidad implicaron una disminución en la tasa de nacimientos del grupo, dada la ausencia de contactos físicos durante muchos meses”, y que: “la violación y la violencia sexual contra las mujeres provocaron traumas físicos que interfirieron con las funciones reproductivas de las víctimas y en algunos casos resultaron en infertilidad”, la CIJ concluyó que no se había proporcionado ninguna prueba que “le permitiera concluir que las fuerzas serbio-bosnias cometieron actos que podían calificarse como imposición de medidas destinadas a prevenir nacimientos en el grupo protegido, de conformidad con el artículo II.d) de la Convención”.

⁹⁰ TIPR, Sentencia *Akayesu*, p. 509. Véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho penal internacional*, 2011, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 76-77.

⁹¹ BOE de 8 de febrero de 1969, pp. 1944-1945.

⁹² Cabe recordar que España hizo valer esta reserva para escapar de la jurisdicción de la CIJ ante la demanda que el 26 de abril de 1999 le planteó la República Federal de Yugoslavia como consecuencia de los bombardeos aéreos en la guerra de

consecuencia, la Convención está en vigor para España desde el 13 de diciembre de 1968. A España le son igualmente vinculantes los Estatutos del TIPY⁹³, del TIPR⁹⁴ y de la CPI⁹⁵, cuyos artículos 2, 4 y 6, respectivamente, como ya se ha indicado, repiten literalmente la definición del crimen de genocidio proporcionada por el artículo II de la Convención.

1. *Los grupos protegidos*

La inclusión en el Código penal español del delito de genocidio fue aún más tardía, pues no se produjo hasta finales de 1971⁹⁶. Llama la atención que, frente al hecho incontestado de que la definición internacional del genocidio haya permanecido inmutable durante más de sesenta años, su tipificación en el Código penal haya variado en diversas ocasiones. La Ley 47/71 incluyó al genocidio en el artículo 137 bis del

Kosovo, entre otras cosas, por violación de la obligación de no someter intencionalmente a un grupo nacional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física. Véase CIJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 772, párs. 29-33.

⁹³ Resolución 827 (1993), de 5 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad (Estatuto del TIPY). Publicada en el *BOE* de 24 de noviembre de 1993, pp. 33001 y ss.; con corrección de errores en el *BOE* de 22 de enero de 1994, p. 2158. El Consejo de Seguridad ha enmendado el Estatuto del TIPY mediante las Resoluciones 1166 (1998), de 13 de mayo de 1998; 1329 (2000), de 30 de noviembre de 2000; 1411 (2002), de 17 de mayo de 2002; 1431 (2002), de 14 de agosto de 2002; 1481 (2003), de 19 de mayo de 2003; 1597 (2005), de 20 de abril de 2005; y 1660 (2006), de 28 de febrero de 2006, entre otras.

⁹⁴ Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad (Estatuto del TIPR). Publicada en el *BOE* de 24 de mayo de 1995, pp. 15183 y ss. El Consejo de Seguridad ha enmendado el Estatuto del Tribunal mediante las Resoluciones 1165 (1998), de 30 de abril de 1998; 1329 (2000), de 30 de noviembre de 2000; 1411 (2002), de 17 de mayo de 2002; 1431 (2002), de 14 de agosto de 2002; y 1512 (2003), de 27 de octubre de 2003, entre otras.

⁹⁵ El Instrumento de ratificación de España es de fecha 17 de julio de 1998. El texto del Estatuto de la CPI se publicó en el *BOE* de 27 de mayo de 2002, p. 18824 y ss., estando en vigor desde el 1 de julio de 2002.

⁹⁶ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal. *BOE* de 16 de noviembre de 1971, pp. 18415-18419.

Código penal entonces vigente, como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos:

“Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional étnico, social o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados: 1.º Con la pena de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros.

2.º Con la reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave.

3.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

De esta definición, cabe subrayar que, entre los grupos protegidos, existía uno que se identifica por la característica de ser un grupo “social”. La inclusión de este grupo protegido era contraria a la Convención de 1948. De hecho, producía el efecto no permitido de aumentar sin límite el listado de grupos protegidos por la tipificación del genocidio. En la definición de los grupos protegidos resulta igualmente una anomalía importante la falta de una coma entre “nacional” y “étnico”. Ello dejó abierto el interrogante, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, de si con la expresión “grupo nacional étnico” el Código penal se refería exclusivamente a una clase de grupo protegido, lo que era una reducción grave de la definición internacional de genocidio, o si había que entender que la falta de una coma era un mero error ortográfico que no afectaba a la existencia de dos grupos protegidos. Sin embargo, estos interrogantes recibieron una respuesta tajante por el Pleno de la Audiencia Nacional en el denominado caso *Pinochet*:

“Obsérvese ya que el término «social» en discordancia con la definición del Convenio de 1948 está respondiendo a lo que hemos llamado concepción o entendimiento social del genocidio, concepto socialmente comprendido sin necesidad de una formulación típica. Repárese ya en que la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora. Por lo demás, la falta de una coma entre «nacional» y «étnico» no puede llevarnos a conclusiones de limitación en nuestro Derecho interno, hasta

el Código Penal de 1995, del tipo del genocidio en relación con la concepción internacional del mismo⁹⁷.

Debe no obstante señalarse que, al menos las dos primeras frases de este párrafo, son contrarias a la jurisprudencia internacional en la materia, ya que tanto la CIJ, principal órgano judicial de las Naciones Unidas⁹⁸, como el TIPY⁹⁹, han mantenido constantemente que la enumeración de los grupos protegidos en la Convención de 1948 presenta la característica de ser una lista exhaustiva.

En la reforma del Código penal de 1983, se sustituyó en el artículo 137 bis citado la palabra “social” por “racial”, aunque subsistió la falta de coma entre “nacional” y “étnico”. Esta reforma también refundió en un inciso único los dos primeros incisos del anterior artículo 137 bis, castigándolos en todos los casos con la pena de reclusión mayor¹⁰⁰. Por su parte, en la reforma del Código penal de mayo de 1995, se tipificó la apología del genocidio en los artículos 137 bis, b) y 137 bis, c)¹⁰¹.

El nuevo Código penal de 1995¹⁰² recogió entre los delitos contra la comunidad internacional, el genocidio, definiéndolo conforme a la Convención de 1948, en el actual artículo 607, que es del siguiente tenor:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

⁹⁷ Autos del Pleno de la Audiencia Nacional, de 4 y de 5 de noviembre de 1998, sobre la competencia española para perseguir delitos de genocidio en Chile, fundamento jurídico quinto en ambos casos. *Vide* PARDO GATO, J. R., *La justicia universal*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011, p. 183.

⁹⁸ CIJ, *Advisory Opinion 1951*, p. 23; y CIJ, Sentencia sobre la *Convención del Genocidio*, párs. 193-196.

⁹⁹ TIPY, Sentencia en apelación *Stakic*, párs. 21-28.

¹⁰⁰ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. *BOE* de 27 de junio de 1983, pp. 17909-17919.

¹⁰¹ Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal. *BOE* de 12 de mayo de 1995, pp. 13800-13801.

¹⁰² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987-34058.

1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149¹⁰³.

3º. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150¹⁰⁴.

4º. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5º. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o¹⁰⁵ justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Aunque con el encabezamiento del artículo 607.1 por primera vez en la historia legislativa española el Código penal se ajusta a la definición

¹⁰³ Artículo 149: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

¹⁰⁴ Artículo 150: “El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

¹⁰⁵ La inclusión de la expresión “nieguen o” fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, del Pleno del Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la libre expresión. Esta misma Sentencia declaró que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal “que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia”. *BOE* núm. 295 Suplemento, de 10 de diciembre de 2007, pp. 42-59. Véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, M., “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en: Antonio Cuerda Riezu; Francisco Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 283-331.

de los grupos protegidos en la Convención sobre el genocidio, no puede dejar de señalarse que la mejor redacción de este precepto no ha impedido que la jurisprudencia española siguiera realizando una interpretación amplia del mismo, extendiéndola a otros grupos no protegidos ni por la Convención de 1948¹⁰⁶, ni por el citado artículo 607.1 del Código penal¹⁰⁷. Cabe recordar, en este sentido, el siguiente pronunciamiento del Pleno de la Audiencia Nacional respecto a la inclusión de los “grupos políticos” u otros grupos humanos entre los grupos protegidos:

“Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término «político» o las voces «u otros» cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida en virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes (en este recurso, un solo apelante) defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio sentida, entendida por la colectividad, en la

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 236-239

¹⁰⁷ SERRANO PÍDECASAS, J. R., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española”, en: Mercedes García Arán; Diego López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 122-123.

que ésta funda su rechazo y horror por el delito, no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución étnica que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar¹⁰⁸.

En estos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, además de realizarse una interpretación extensiva del crimen de genocidio no permitida por la jurisprudencia internacional, subyace una confusión entre diversos crímenes internacionales. La protección de los grupos humanos a los que se alude en este Auto responde mejor a la tipificación de los crímenes de lesa humanidad de persecución o exterminio, según los casos, que a la definición internacional del genocidio. Es cierto, no obstante, que en la fecha en la que se dictó este Auto, los delitos de lesa humanidad no estaban todavía tipificados en el Código penal, pero la mejor forma de colmar esta laguna legislativa no era, desde luego, la de forzar y ampliar un tipo penal sólidamente definido en el Derecho internacional.

La Ley Orgánica 10/1995 previó, además, tanto la imprescriptibilidad del delito de genocidio, como de las penas impuestas por el mismo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Auto del Pleno de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998, sobre la competencia española para perseguir delitos de genocidio en Chile, fundamento jurídico quinto.

¹⁰⁹ Artículos 131.4 y 133.2.

Cabe señalar, no obstante, que la reforma del Código Penal de 2010 volvió de nuevo a distanciar la tipificación del delito de genocidio del artículo 607 de la definición internacional del crimen de genocidio. En efecto, la Ley Orgánica 5/2010 modificó el inciso inicial del apartado 1 del artículo 607, que quedó redactado como sigue:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:”¹¹⁰.

De nuevo el distanciamiento respecto de la regulación internacional del crimen de genocidio afecta a la lista de grupos protegidos. Debe insistirse otra vez en que, en el ámbito internacional no se reconoce, a efectos de apreciar la comisión del crimen de genocidio, la existencia de grupo protegido alguno que se identifique por la condición de discapacitados de sus integrantes. Los eventuales atentados contra el grupo definido por la discapacidad de sus integrantes responden mejor a la calificación de crímenes de lesa humanidad de persecución o de exterminio, según los casos, con el agravante añadido de que cuando se aprobó la Ley Orgánica 5/2010 los delitos de lesa humanidad ya estaban tipificados en el artículo 607 bis del Código Penal¹¹¹.

¹¹⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal. *BOE* de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883.

¹¹¹ Su inclusión en el Código Penal se realizó mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adoptada según su Preámbulo con la finalidad, entre otras, de definir y regular “los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la CPI”. *BOE* de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842-41875. Es más, aumentando la confusión en la tipificación de los crímenes internacionales, la propia Ley Orgánica 5/2010 también incluyó expresamente a los grupos de discapacitados entre los grupos a los que se les aplica expresamente el delito de lesa humanidad de persecución (art. 607 bis, 1). Véase BOU FRANCH, V., “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”, en: Consuelo Ramón Chornet (Coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 293-340.

2. *El actus reus del delito de genocidio*

No cabe duda acerca de que la definición del *actus reus* del delito de genocidio dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal es más completa y más próxima a la Convención del genocidio que la tipificación que originariamente figuró al introducirse este delito en el Código Penal en 1971. Pese a ello, todavía persisten diferencias, algunas de ellas importantes, con la tipificación contenida en la Convención del genocidio.

El primer supuesto material previsto en la Convención del genocidio (“matanza de miembros del grupo”) está tipificado en el artículo 607.1.1º (matar a alguno de sus miembros) sin que su comparación plantee problema alguno. Tampoco plantea problemas la recepción del tercer supuesto material previsto en la Convención del genocidio (“sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que han de acarrear su destrucción física, total o parcial”), tipificado en el artículo 607.1.3º del Código (someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida), pese a su regulación conjunta con las lesiones infligidas al grupo o a algunos de sus miembros. Estos problemas sí surgen, con distinta intensidad, con otros supuestos materiales que constituyen genocidio previstos en la Convención.

El segundo supuesto previsto en la Convención del genocidio es la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”. Este supuesto está tipificado en los incisos 2º, 3º y 5º del artículo 607.1 del Código Penal. De su lectura se deduce que en el Código penal español se distinguen, a efectos de su punición, tres grupos de “lesiones graves”. Así, se castiga con la prisión de quince a veinte años a los que agredan sexualmente a alguno de los miembros de los grupos protegidos o les causare alguna de las siguientes “lesiones graves”: la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica. En segundo lugar, se castigará con la prisión de ocho a quince años a los que perturben gravemente la salud del grupo o de cualquiera de sus individuos o les produjeran alguna de las siguientes lesiones: la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal,

o la deformidad. Finalmente, se castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años a los que causaren algún tipo de lesión distinta de las anteriores. Esta clasificación de las “lesiones graves” puede plantear algún problema de interpretación, sobre todo por la inclusión de la expresión “perturbar gravemente la salud”, incluida en el segundo grupo, ya que todas las lesiones a la integridad física o mental de los miembros del grupo deben ser necesariamente, conforme a la Convención del genocidio, lesiones “graves”. Requisito que, además, no se exige específicamente para el tercer supuesto previsto en el artículo 607.1.5º, que da cobertura a todo tipo de lesiones, físicas o mentales, aunque no sean graves. Interpretación que contradice a la jurisprudencia internacional dictada al aplicar este subtipo del crimen de genocidio, como ya se ha expuesto¹¹².

Es más, el inciso 4º es un *totum revolutum* que da cobertura a conductas de muy diversa naturaleza. Cabe destacar por ahora las dos primeras: llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros y adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida. Ninguna de ellas tiene cabida en la definición internacional del genocidio, ni en la Convención del genocidio ni en su reproducción literal en los Estatutos del TIPY, del TIPR y de la CPI. Sobre la primera conducta descrita existe, además, jurisprudencia internacional que así lo corrobora, al insistir en que el traslado forzoso de los miembros de un grupo no es necesariamente equivalente a la destrucción del grupo y que el traslado forzoso sólo será genocidio si la operación de transferencia forzada se realizó en circunstancias tales que llevaron a la muerte o a causar lesiones graves a toda o parte de la población desplazada¹¹³. Cabe recordar, si fuera necesario, que en situaciones de conflicto armado conforme al Derecho Internacional Humanitario es lícito, con ciertos límites y condiciones, proceder al desplazamiento forzoso de personas de un lugar a otro. De manera análoga se puede sostener que no toda medida que tienda a impedir el género de vida de un grupo o parte del mismo será genocidio, sino sólo aquellas medidas que respondan a la idea de destrucción total o parcial del grupo protegido.

¹¹² *Vide supra*, notas 70 a 77.

¹¹³ *Vide supra*, notas 78 y 79.

El cuarto supuesto material previsto en la Convención del genocidio es el relativo “a medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, tipificada en el artículo 607.1.4º del Código penal como “cualquier medida que tienda a impedir su reproducción”. Si se tiene en cuenta la jurisprudencia del TIPR y del TIPY acerca de que también constituyen crimen de genocidio de este tipo los casos de embarazos forzados cometidos con la intención de que quien nazca no pertenezca a la etnia materna¹¹⁴, debería modificarse la redacción de este supuesto en el Código penal para reproducir, *expressis verbis*, la definición de la Convención del genocidio. En caso contrario, la regulación del genocidio en el Código penal resulta más restrictiva que la prevista en las normas internacionales, pues no se castigaría como genocidio de este tipo los supuestos de embarazos forzados cometidos con la finalidad de provocar un cambio étnico.

El quinto y último supuesto material del crimen de genocidio es el “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”, que en el inciso 4º del artículo 607.1 del Código penal se recibe como trasladar por la fuerza “individuos” de un grupo a otro. Todas las normas internacionales, es decir, la Convención del genocidio y los Estatutos del TIPY, del TIPR y de la CPI, utilizan siempre el término “niño”, sin definir la edad máxima en la que se deja de ser “niño”. Únicamente en el caso del Estatuto de la CPI, los “Elementos de los crímenes” especifican como criterio interpretativo que la persona o personas transferidas deben ser menores de 18 años. En consecuencia, para este subtipo del delito de genocidio, el Código penal español, al utilizar el término “individuos”, realiza una extensión de su contenido que no se ajusta al Derecho internacional.

3. La jurisdicción penal universal sobre el delito de genocidio

Finalmente, por lo que se refiere a la perseguibilidad procesal en España del delito de genocidio, cabe destacar que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.4, a), afirmó la competencia de “la jurisdicción

¹¹⁴ *Vide supra*, nota 88.

española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española”, como delito de genocidio¹¹⁵. La jurisdicción penal universal sobre el delito de genocidio se ha ejercido en los asuntos contra las Juntas militares argentina y chilena (“Operación Cóndor”, conocido como caso Pinochet)¹¹⁶, Guatemala¹¹⁷, Tíbet¹¹⁸, China¹¹⁹, Sáhara occidental¹²⁰,

¹¹⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678. La jurisdicción penal universal de los tribunales españoles para conocer del delito de genocidio no resultó alterada como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 4 de noviembre de 2009, pp. 92089-92102.

¹¹⁶ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Política Exterior-Biblioteca Nueva, 1999, 252 pp.; RATNER, M.; BRODY, R. (eds.), *The Pinochet Papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Boston, Kluwer International Law, 2000.

¹¹⁷ La Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ordenó continuar el juicio por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala, aunque las víctimas del genocidio no fueran españolas ni los culpables se encontrasen en España. *BOE* núm. 258 Suplemento, 28 octubre 2005, pp. 45-57.

¹¹⁸ Auto de 10 de enero de 2006 del Juzgado de instrucción número 4 de la Audiencia Nacional. Véase ESTEVE MOLTÓ, J. E., “El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional – La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 22, 2006, pp. 579-607; e *ibíd.*, *El Tíbet: la frustración de un Estado. El genocidio de un pueblo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 644 pp.

¹¹⁹ Véase la Sentencia 227/2007, de 22 de octubre de 2007, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, sobre los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China desde el año 1990 por la persecución de personas pertenecientes o simpatizantes del grupo Falun Gong. *BOE* núm. 284 Suplemento, 27 noviembre 2007, pp. 21-27.

¹²⁰ Auto del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2007, en el que afirmó su competencia para conocer de los presuntos delitos de genocidio y tortura cometidos por 13 funcionarios marroquíes contra el pueblo saharauí.

Ruanda¹²¹ y está latente en el caso de los comandantes de campos de exterminio nazis¹²².

El hecho de que, en cumplimiento de la obligación internacional de adoptar todas las medidas legislativas necesarias para prevenir y sancionar el crimen de genocidio (art. V de la Convención del genocidio), la Ley Orgánica del Poder Judicial haya establecido correctamente el principio de jurisdicción penal universal sobre el genocidio¹²³, acentúa aún más si cabe la necesidad de que la tipificación del delito de genocidio en el Código penal español se adecúe a la definición internacional del crimen de genocidio. De no ser así, podría ocurrir que el ejercicio de la jurisdicción española sobre el genocidio en virtud del principio de jurisdicción penal universal, no estuviera justificada, por exceso, en Derecho internacional.

¹²¹ En el Auto del Juzgado de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2008 se ordenó la detención de 40 miembros del Frente Patriótico Ruandés acusados de haber cometido delito de genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos de guerra, terrorismo y tortura.

¹²² En el Auto del Juzgado de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2009 se ordenó la detención de tres personas, antiguos miembros de las SS Totenkopf, acusadas de delitos contra la humanidad, incluido el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la tortura y otros actos inhumanos. No se utilizó el tipo del delito de genocidio por ser los hechos anteriores a la Convención del genocidio. Sobre la aplicación de la jurisdicción penal universal en España, véanse FERRER LLORET, J., "The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)", *Spanish Yearbook of International Law*, 15, 2009, pp. 63-106; ESTEVE MOLTÓ, J. E., "Causes and Initial Effects of the Spanish Organic Law 1/2009 Reforming the Principle of Universal Jurisdiction in Spain", *Spanish Yearbook of International Law*, 16, 2010, pp. 19-54.

¹²³ El que el establecimiento de la jurisdicción penal universal en estos casos en la legislación interna de los Estados sea una auténtica obligación internacional y no una simple competencia discrecional de cada Estado quedó afirmada, por analogía, en la Sentencia de la CIJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012. *I.C.J. Reports 2012*, párs. 48 y 74-77.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Durante los cincuenta años siguientes a la adopción de la Convención del genocidio, ningún tribunal internacional se enfrentó a acusación alguna de haberse cometido genocidio. Durante ese período el genocidio fue, en el mejor de los casos, un crimen reservado a la jurisprudencia de los tribunales internos, como ocurrió en la Sentencia de la Corte de Distrito de Jerusalén en el asunto *Eichmann*. Sin embargo, en los últimos quince años tres tribunales internacionales (el TIPR, el TIPY y la CIJ) han analizado en profundidad el genocidio, considerado como el crimen de crímenes, estableciendo una jurisprudencia internacional firme y consolidada sobre sus diferentes elementos constitutivos. Probablemente, el aspecto más frágil de esta jurisprudencia concierne a la definición de los dos últimos tipos del *actus reus* del crimen de genocidio, en los que la jurisprudencia internacional por el momento es altamente especulativa, al no haber tenido que resolver todavía ningún asunto concreto sobre los mismos. Pese a ello, la jurisprudencia internacional ha consolidado una doctrina judicial muy precisa acerca de lo que debe entenderse por genocidio.

Debe igualmente señalarse que el hecho de que diversos tribunales internacionales hayan tenido que pronunciarse sobre un mismo crimen internacional no ha supuesto en ningún caso riesgo alguno de fragmentación para el Derecho internacional. A ello ha contribuido tanto la existencia de una definición única del crimen de genocidio en la Convención y en los Estatutos de los tres tribunales considerados, como el hecho de que la jurisprudencia de cada uno de los tres tribunales internacionales mencionados contenga citas y remisiones continuas a los pronunciamientos de los otros tribunales.

Siendo el genocidio “un delito de derecho internacional” (art. I de la Convención del genocidio) cuya definición internacional, además, ha permanecido inmutable en el tiempo desde 1948 y ha sido confirmada literalmente por los Estatutos de los tres tribunales internacionales citados, no acaba de comprenderse muy bien ni los vaivenes de su tipificación en el Código penal español, ni las diferencias que aún perduran con la definición internacional del crimen de genocidio. Las diferencias, tanto por exceso como por defecto, que persisten en la tipificación del

genocidio en el Código penal español respecto de la definición internacional del mismo carecen de toda justificación jurídica. En los casos en los que la tipificación del genocidio en el Código penal restringe la definición internacional del genocidio, se puede llegar a un incumplimiento de la Convención del genocidio que genere la responsabilidad internacional del Estado español. Cuando en el Código penal español se amplía la definición internacional del genocidio, se están tipificando como delito de genocidio conductas que en realidad no lo son. En varios casos, se detecta una confusión entre diversos crímenes internacionales, en concreto, entre lo que es el crimen de genocidio y los crímenes contra la humanidad de persecución o de exterminio, según los casos. Si, además, los tribunales españoles llegaran a ejercer la jurisdicción penal universal sobre el genocidio, abarcando conductas que internacionalmente no están consideradas como genocidio pese a su regulación más amplia en el Código penal español, ello excepcionalmente podría llegar a desencadenar la responsabilidad internacional de España por extralimitarse en el ejercicio de sus competencias. Estas consideraciones avalan aún más la necesidad de que la legislación penal española se adecúe al máximo a la definición internacional del genocidio.