

LAS VICISITUDES DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL DELITO DE GENOCIDIO EN ESTE NUEVO SIGLO

THE VICISSITUDES OF THE GENOCIDE CONVENTION IN THIS NEW CENTURY

JACQUELINE HELLMAN*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES ESENCIALES EN TORNO AL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DEL AÑO 1948. III. UN ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN DEL AÑO 1948; IV. ¿GENOCIDIO EN MYANMAR?. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los cruentos actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial constituyeron un innegable acicate para un número considerable de Estados que decidieron acoger de manera positiva la iniciativa relativa a la adopción de un instrumento jurídico internacional que tuviera por objeto la tipificación de ilícitos similares a los cometidos durante la referida contienda bélica. Finalmente, en 1948, se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio y, en 1951, se produjo su entrada en vigor. Han pasado, pues, más de setenta años desde que tuvo lugar la codificación internacional de este grave crimen. Así las cosas, analizaremos e interpretaremos la citada Convención a la luz de sucesos actuales. Todo ello se hará con el propósito de averiguar si el contenido del acuerdo adoptado en el Palacio de Chaillot, el 9 de diciembre de 1948, es el oportuno.

ABSTRACT: The heinous acts committed during the Second World War constituted an undeniable incentive for a considerable number of States that decided to positively welcome the proposal concerning the adoption of an international legal instrument that aimed the criminalization of illicit that were similar to the ones committed during the referred armed conflict. Finally, in 1948, the Convention for the Prevention and Punishment of the crime of genocide was adopted and, in 1951, it entered into force. Hence, more than seventy years have passed since this severe crime was internationally codified. Thus, we will analyze and interpret the content of the latter in the light of current situations. All this will be made with the purpose of determining if the content of the agreement adopted at the Chaillot Palace, on December 9 of 1948, is a suitable one.

Fecha de recepción del trabajo: 5 de febrero de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 16 de octubre de 2020.

* Acreditada como profesora contratada desde mayo 2017. En la actualidad imparte en diversas Universidades las siguientes asignaturas: Derecho Internacional Público, Derecho Penal Internacional y Derecho de la Unión Europea.

Este escrito se enmarca en el proyecto “Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia como mecanismo de solución de controversias internacionales” (número de referencia PGC2018-093668-B-100).

PALABRAS CLAVE: genocidio; Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio; *dolus specialis*; rohingya.

KEYWORDS: *genocide*; *Convention for the Prevention and Punishment of the crime of genocide*; *dolus specialis*, *Rohingya*.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1948, se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio con el objetivo no sólo de impedir la perpetración de conductas especialmente virulentas, sino también con el propósito de investigarlas. A este respecto, conviene añadir que, en 1951, el mencionado instrumento entró en vigor y ello, como es evidente, constituyó todo un éxito para aquella parte de la comunidad internacional que se había mostrado -unos años antes- especialmente receptiva en procurar la adopción de un texto jurídico capaz de criminalizar los terribles actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial¹. Así pues, el proceso de elaboración de la citada Convención, iniciado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (de aquí en adelante: la ONU) a través de la resolución 96 (1)², contó con el apoyo -a mediados del siglo pasado- de un número considerable de Estados³.

A raíz de lo anteriormente comentado, hay que subrayar que a diferencia de otros relevantes ilícitos internacionales, el delito de genocidio fue contemplado en un instrumento jurídico aparte. En otras palabras, el referido crimen no quedó aglutinado sin más junto a otras graves ofensas, sino que se articuló la estrategia oportuna con el objetivo de abarcar cuestiones exclusivamente relativas al citado tipo penal. Ello refleja la idea de que la mencionada Convención hace referencia a un delito con entidad propia. Lo anterior, además, debe conjugarse con lo que la Corte Internacional de Justicia (de ahora en adelante: la CIJ) manifestó en su momento acerca de que las obligaciones contenidas en el instrumento de 1948 constituyen normas de *ius cogens*⁴. Como colofón a lo

¹ Al hilo de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, debe indicarse que previamente a la adopción de la citada Convención, las potencias aliadas decidieron juzgar los actos cometidos por el régimen nazi. Ello, como es de sobra conocido por todos, trajo consigo la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. A partir de ese momento, los derechos humanos recibieron un enérgico impulso en cuanto a su defensa y protección. Vid. STEINER, H., y ALSTON, P., *International Human Rights in context*, Oxford University Press, 2ª edición, 2000, p. 112.

² La citada resolución puso de relieve que el genocidio conlleva no sólo la “(...) negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros”, sino que además “(...) causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por esos grupos”. Todo lo cual lleva a ésta a afirmar que el genocidio debe ser considerado un crimen internacional que la comunidad internacional en su conjunto debe condenar. Documento disponible a continuación:

<https://undocs.org/es/A/RES/96%28I%29> (fecha última de consulta: 6/6/2020)

³ Vid. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, 2ª edición, 2001, p. 27.

⁴ En este sentido, debe traerse a colación la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entre Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro* en cuya decisión judicial se reconoció que la prohibición de genocidio constituye una norma de *ius cogens* (Sentencia de la CIJ, 26 de febrero de 2006, p. 111, párr. 161). Documento disponible a continuación:

previamente expuesto, debemos indicar que, hoy en día, los preceptos legales insertados en el referido acuerdo han sido aceptados por una parte importante de la comunidad internacional⁵. Y, en este contexto, conviene recordar que el Asesor Especial sobre la prevención del genocidio conminó -a finales del año 2017- a los Estados que todavía no habían ratificado el texto en cuestión a que lo hicieran con el propósito de promover su universalidad⁶. No hay duda, pues, del impacto desplegado por la herramienta jurídica adoptada en el año 1948⁷.

En cualquier caso y sin perder de vista las consideraciones contenidas en el párrafo anterior, debemos señalar que existe cierta controversia en torno al -fundamentalmente- artículo II de la Convención. Procederemos, pues, en los apartados siguientes a analizar su contenido. Debe mencionarse que este examen se hará a la luz, *inter alia*, de lo que ha sucedido recientemente en Myanmar; un país en el que un grupo de personas, los *rohingyas*, han sido el principal objetivo de penosas y degradantes medidas estatales. Así, podremos concluir si la Convención relativa al genocidio presenta carencias o si, por el contrario, su articulado es el adecuado. No obstante, antes de todo ello, haremos referencia al conjunto de actuaciones que tuvieron lugar tras el final de la Segunda Guerra Mundial y que, como bien sabemos, culminaron en la adopción de dicha Convención. De esta manera seremos conscientes del peculiar contexto histórico en el que aquélla fue redactada.

II. CONSIDERACIONES ESENCIALES EN TORNO AL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DEL AÑO 1948

En agosto de 1944, las potencias que se aliaron durante la Segunda Guerra Mundial se reunieron en Dumbarton Oaks con el pretexto de cumplir con lo acordado en la

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>

(fecha última de consulta: 6/6/2020). Ello quedó previamente reflejado en el asunto *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)*. A estos efectos, traemos a colación la siguiente afirmación vertida por la CIJ: “(...) el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga (...) [el carácter de *ius cogens*] como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio no puede por sí mismo constituir una base para la competencia de la Corte para conocer de dicha controversia”. (Sentencia de la CIJ, 3 de febrero de 2006, p. 174, párr. 64). Documento disponible a continuación: <https://www.dipublico.org/cij/doc/160.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁵ Vid. SMITH, E., “Acculturation and the acceptance of the Genocide Convention”, *LSE Research Online*, 2013, p. 2 y ss. Documento disponible a continuación:

http://eprints.lse.ac.uk/45081/1/Smith_Acculturation_genocide_convention_2013.pdf (fecha última de consulta: 6/6/2020).

Actualmente, son 152 Estados los que han suscrito la Convención objeto del presente análisis. Información disponible a continuación: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁶ Información disponible a continuación:

<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Appeal-Ratification-Genocide-FactSheet-SP.PDF> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁷ En este sentido, RATNER y ABRAMS afirman lo siguiente: “(...) genocide remains a central conceptual component of international criminal law and international human rights law”. Cfr. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, 26.

Declaración de Moscú de 1943 en virtud de la cual se puso de relieve la necesidad de crear una organización internacional que tuviera como objetivo garantizar la paz y la seguridad⁸. Finalmente, la Carta de la ONU -que trajo consigo la creación de la organización pertinente- se firmó el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. En este agitado contexto, la comunidad internacional -firmemente comprometida en evitar la perpetración de más atrocidades- se puso manos a la obra y, en la primera sesión de la Asamblea General⁹, se examinó la propuesta planteada por Panamá, India y Cuba conforme a la cual debía determinarse si el crimen de genocidio era o no constitutivo de un ilícito internacional.

De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, debe indicarse que las primeras valoraciones se llevaron a cabo por la Sexta Comisión -en su sesión número 32- lo que implicó la adopción de una recomendación en la que tuvo oportunidad de pronunciarse de forma positiva. Y, como era de imaginar, el contenido de aquella fue acogida favorablemente por la Asamblea General, quien la aceptó íntegra y unánimemente a través de la resolución número 96 (1) del 11 de diciembre de 1946, tal y como se expone a continuación: “(...) 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”. Ésta, además, aprovechó la ocasión para instar al Consejo Económico y Social a que emprendiera las acciones oportunas con el objetivo de “(...) preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio”. Como resultado de todo ello, el citado órgano adoptó la resolución 47 (IV) de 1947, encomendando al Secretario General la realización de tan compleja tarea. A estos efectos, conviene aclarar que este último solicitó un primer borrador a la División de Derechos lo que propició la creación de un Comité de expertos integrado por, *inter alia*, el profesor Raphael Lemkin, a quien se le considera el padre de la Convención¹⁰.

⁸ Vid. HANHIMÄKI, J. M., *The United Nations: a very short introduction*, Oxford University Press, 2ª edición, Reino Unido, 2015, p. 14 y ss.

⁹ Adviértase que el órgano mencionado en el cuerpo principal del texto tenía otras iniciativas entre manos. Así puede apreciarse cuando el 10 de diciembre de 1948 -un día después de la adopción de la Convención objeto del presente análisis- se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁰ A estos efectos, debe ponerse de relieve que durante la Segunda Guerra Mundial y ante la gravedad de los hechos cometidos en dicha contienda bélica, Winston Churchill emitió un mensaje de radio a través de la BBC conforme al cual indicó que los actos perpetrados por los nazis no tenían nombre. Hizo, pues, hincapié en la gravedad de las medidas y estrategias implementadas por el régimen de Hitler; en definitiva, incidió en la singularidad de éstas, lo que le llevó a considerar que no habían recibido la calificación jurídica pertinente. Y si bien dicha aseveración podría ser intrascendente para algunos, a Rafael Lemkin -un jurista polaco especialmente atraído por la perpetración de atrocidades cometidas a lo largo de la historia- no le pasó inadvertida esta cuestión; y, con gran intuición, se propuso buscar un término que fuera capaz de abarcar conductas que tuvieran por objeto destruir determinado tipo de grupos con el propósito de que a través de éste quedaran subsumidas las matanzas perpetradas por los nazis. Vid. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª edición, 2013, p. 109.

Finalmente, Lemkin acuñó el término de genocidio, el cual es fruto de la combinación de dos palabras: una griega (*genos*) que se traduciría como raza o tribu; y otra latina: *cide* (procedente del verbo *caedere*) que significa matar. Posteriormente, tras confeccionar el referido término, se propuso un nuevo objetivo: convencer a la comunidad internacional de la necesidad de adoptar una herramienta jurídica que tuviera por objeto sancionar y prevenir conductas que pudieran calificarse de genocidas. Así las cosas, Lemkin argumentó que debía adoptarse un tratado que convirtiera “(...) el genocidio en un crimen, el crimen entre los crímenes, que debería ser aprobado por las naciones del mundo”. Cfr. LEMKIN, R., *Totalmente*

Al hilo de todo lo anterior, debemos apuntar que, tras la elaboración de un primer borrador, la Asamblea General adoptó la Resolución 180 (II) de 21 de noviembre de 1947 de acuerdo con la cual argumentó lo siguiente: “(...) el genocidio es un crimen internacional que entraña responsabilidades de orden nacional e internacional para los individuos y para los Estados”. Y, asimismo, aquélla comunicó al Consejo Económico y Social que debía elaborar un texto que tuviera el carácter de definitivo¹¹. Finalmente, el 9 de diciembre de 1948 se adoptó -a través de la resolución 260 (III) y en el seno de la Asamblea General- la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En aquel momento, la herramienta jurídica objeto de análisis contaba con el apoyo nada desdeñable de cincuenta y seis Estados¹².

Así las cosas, unos días después, el presidente de la Asamblea General dictaminó que la adopción de la citada herramienta jurídica constituía un punto de inflexión en el desarrollo del Derecho Internacional¹³. Sin embargo, la aceptación de la Convención por tan sólo dos Estados con acceso permanente al Consejo de Seguridad, así como el rechazo mostrado por Estados Unidos en torno a su contenido, ponían de relieve las discrepancias y hostilidades que a este respecto existían entre los Estados Miembros de la ONU¹⁴. Además, debe mencionarse que fueron numerosas y variadas las reservas introducidas por algunos de los países que finalmente decidieron ratificar, a principios de la década de los cincuenta, el citado texto de 1948¹⁵. Ello generó serias complicaciones al Secretario General ya que para la entrada en vigor de la Convención eran necesarias un número mínimo de firmas y éste no supo cómo contabilizar a aquellos Estados que habían aceptado su contenido pero que, al mismo tiempo, habían decidido introducir las comentadas reservas. Ante esta caótica coyuntura, hay que subrayar que los inconvenientes de aquel momento no hicieron sino agravarse, puesto que los países que habían asumido la totalidad del texto sin ningún tipo de reticencias decidieron objetar las reservas planteadas al considerar que ello mermaba gran parte del articulado de la Convención¹⁶. Siendo, pues, conscientes de las complejas y opuestas estrategias estatales

extraoficial: autobiografía de Raphael Lemkin, Berg Institute-Fundación Berg Oceana Aufklärung (traducida por Joaquín González Ibáñez y editada por Donna-Lee Frieze), 2018, p. 182.

Es evidente que alcanzó su objetivo. Es más, su dedicación al mencionado proyecto fue tal que, pocos años después de la adopción de la comentada Convención, aquejado de una gran fatiga sufrió un colapso -en la calle 42 de Nueva York- que puso fin a su vida. Vid. FRIEZE, D-L, “El profeta insistente”, en: *Totalmente extraoficial: autobiografía de Raphael Lemkin*, Berg Institute-Fundación Berg Oceana Aufklärung (traducida por Joaquín González Ibáñez y editada por Donna-Lee Frieze), 2018, p. 43.

¹¹ La tarea de elaborar un documento final recayó en un Comité *ad hoc*. Y, en *Lake Success*, la Asamblea General fue debidamente informada de los trabajos que habían sido realizados. Vid. FERENCZ, D., “Commentaries on the Genocide Convention: A Reintroduction to Nehemiah Robinson”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, 2007, p. 311 y ss.

¹² Vid. OLLÉ SESSÉ, M., “El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional”, *FIGBAR*, 2015, p. 1 y ss.

¹³ Vid. KUNZ, J. L., “The United Nations Convention on Genocide”, *The American Journal of International Law*, Vol. 43, n.º. 4, 1949, p. 740.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ En este sentido, podemos hacer referencia, por ejemplo, a la posición mantenida por los países socialistas (como Polonia o Bulgaria), quienes rechazaron la competencia de la CIJ en el caso de que se produjeran conflictos con motivo de la aplicación de la comentada Convención.

¹⁶ Vid. GÁRATE SALMÓN, E., “Las reservas a los tratados y su evolución en el Derecho Internacional”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 21, 1992, p. 52.

de aquel momento, la Asamblea General -haciendo uso del artículo 96 de la Carta- elevó la cuestión a la CIJ para que emitiera un dictamen consultivo. Ello finalmente tuvo lugar el 28 de mayo de 1951.

Independientemente del contenido del citado dictamen, el cual giró en torno - básicamente- al modo en el que debían introducirse las reservas en un acuerdo internacional¹⁷, es importante traer a colación una consideración fundamental: los Estados que las insertaron pretendían minimizar o edulcorar los efectos del acuerdo adoptado en el año 1948. Todo lo cual ha dado pie a algunos autores a argumentar que en realidad el instrumento jurídico internacional relativo al delito de genocidio no fue fuertemente respaldado¹⁸. Se puede llegar a una conclusión muy similar cuando se analizan otros textos jurídicos en los que el apoyo mostrado, a diferencia del caso anterior, fue total y rotundo. A estos efectos, debe traerse a colación el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes¹⁹.

Sea como fuere, debemos ser conscientes de la notable repercusión ejercida por el citado texto jurídico en años posteriores, puesto que sus efectos no sólo se circunscriben al momento temporal en el que fue adoptado, sino que se extienden en el tiempo hasta, incluso, el presente. Buena prueba de ello lo constituye el Estatuto de Roma adoptado en 1998²⁰, el cual replica de forma íntegra el artículo II de la citada Convención. Habiendo hecho, pues, las aclaraciones pertinentes, procederemos a analizar sin más dilación la comentada herramienta jurídica con la intención de desgranar su contenido y destacar así sus aspectos más esenciales.

¹⁷ Tras una lectura detallada del citado dictamen, debemos poner de relieve que fueron tres las preguntas que se le plantearon a la CIJ: a) ¿se puede considerar que un Estado es parte de la Convención si ha formulado reservas y éstas han sido objetadas?; b) ¿cuál será la relación entre el Estado que formula una reserva y el que la objeta o la acepta?; y, por último, c) ¿qué sucede si se formula una objeción por un Estado que aún no ha ratificado la Convención? Las cuestiones anteriormente indicadas quedaron resueltas del siguiente modo: el Estado reservante será parte de la Convención si dicha reserva es compatible con el objeto y el fin de la citada herramienta jurídica. De tal manera que, si no se produce dicha compatibilidad, se podrá considerar al Estado reservante como no parte. Además, la CIJ declaró que una objeción a una reserva hecha por un Estado que aún no ha ratificado la Convención no tendrá efecto jurídico hasta que ratifique el texto en cuestión. Claramente, la Corte se inclinó por promover un régimen de flexibilidad en el ámbito de los acuerdos internacionales. *Vid.* VELÁZQUEZ BORGES, S. M., “Las reservas a la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 41, nº 114, 2011, p. 429. En otras palabras, a través de este asunto, la Corte apostó por el principio de universalidad de los tratados internacionales frente al de unanimidad. *Vid.* RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 137.

¹⁸ *Vid.* SMITH, K. E., *op. cit.*, p. 2

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Adviértase, además, que “(...) de igual suerte, y también en forma idéntica, es retomada dicha definición en el Estatuto de 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 4o., así como en el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda de 1995 en su artículo 2º”. *Vid.* GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, A., “El crimen de genocidio en Derecho Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 105, 2002, p. 926.

III. UN ANÁLISIS DE LA CONVENCION DEL AÑO 1948

A la luz de lo mencionado en el apartado anterior, es fácil determinar el profundo impacto que tuvo para la comunidad internacional el primer texto jurídico adoptado por la ONU en materia de derechos humanos²¹. Así lo corrobora la propia doctrina cuando manifiesta lo siguiente: “(...) [the Convention is] the authoritative codification of the basic legal principles relating to genocide²²”. De acuerdo con estos comentarios, debe indicarse no sólo que la prohibición de cometer genocidio contenida en la Convención de 1948 constituye una norma de *ius cogens*²³ sobre la que no puede haber acuerdo en contrario (así se puso de relieve en el asunto *Furundzija*²⁴), sino que además muchos de sus preceptos legales pertenecen al ámbito del Derecho Internacional consuetudinario²⁵. Siendo conscientes de todo ello, examinaremos a continuación el citado texto con el objetivo de valorar la idoneidad de su contenido.

²¹ Al hilo de lo expuesto, debe indicarse que la Convención sobre genocidio presenta una naturaleza un tanto peculiar en la medida en que afecta a ramas específicas del Derecho Internacional. Nos estamos refiriendo tanto al Derecho Internacional Humanitario, como al Derecho Penal Internacional. *Vid.* RATNER, S., AKHAVAN, P., *et. al.*, “The genocide Convention after fifty years: Contemporary strategies for combating a crime of genocide”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, Vol. 92, 1-4, 1998, p. 1.

²² *Cfr.* RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 28. A este respecto debemos añadir lo siguiente: “the drafters did not intend the Convention to be a codification of the Nuremberg Charter and judgement. (...) Most notably, the Convention covers only a portion of the acts prosecuted at Nuremberg and expressly eliminates any required nexus between those acts and armed conflict”. *Ibid.* P. 29.

²³ *Vid. Supra.* Nota 4.

²⁴ El asunto mencionado en el cuerpo principal del texto fue resuelto, el 10 de diciembre de 1998, por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En dicho caso, el citado órgano judicial que se centró -fundamentalmente- en analizar el delito de tortura, expuso cuestiones de gran interés en la medida en que, entre otras cosas, reconoció que la prohibición de cometer tal ilícito constituía una norma de *ius cogens* (párrafo 144). A raíz de esta relevante afirmación, añadió la siguiente cuestión: “[a] peremptory norm or *ius cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules (...) cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force (pp. 58 y 59, párr. 153)”. Documento disponible a continuación:

<https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

Asimismo: *Vid.* LATAN, N., “De Auschwitz y Núremberg a Srebrenica y Darfur: la sexagenaria convención contra el genocidio”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 58, 2008, p. 50.

²⁵ A estos efectos debe mencionarse el asunto *Jelisić* conforme al cual el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia proclamó lo siguiente: “[t]here can be absolutely no doubt” that the prohibition of genocide in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide falls “under customary international law” and is now “on the level of *ius cogens*”(Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 14 de diciembre de 1999, p. 18, párr. 60). Documento disponible a continuación: <https://www.icty.org/x/cases/jelusic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

Asimismo: *Vid.* CASSESE, A., *op. cit.*, p. 109. *Vid.* UCHKUNOVA, I, “Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?”, *EJIL Analysis*, 2012. Documento disponible a continuación:

<https://www.ejiltalk.org/belgium-v-senegal-did-the-court-end-the-dispute-between-the-parties/>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

Consecuentemente, la primera disposición legal de la Convención dictamina que el genocidio es un crimen internacional²⁶. Posteriormente, en el artículo II, quedan fijados los requisitos que deben apreciarse en una determinada situación para considerar que el referido ilícito ha sido efectivamente perpetrado²⁷. Ambas normas se encuadran -como no puede ser de otro modo- bajo la premisa relativa de que aquélla fue diseñada con el objetivo de castigar y prevenir conductas graves²⁸.

Los siguientes preceptos legales siguen la anterior estela. Así puede comprobarse tras una lectura detallada de, por ejemplo, el artículo V, el cual estipula que los Estados parte deberán adoptar las pertinentes medidas legislativas²⁹. De hecho, de forma más específica, éste se refiere a la necesidad de fijar las penas oportunas para que, en el caso de que el crimen de genocidio haya sido cometido, se pueda aplicar la correspondiente condena. Más adelante, el artículo VI indica que deberán juzgarse las personas que sean acusadas de cometer genocidio ante el tribunal doméstico o ante una corte internacional que tenga efectiva competencia sobre dicho ilícito³⁰. Como puede deducirse, ambas

²⁶ El artículo I de la referida Convención indica lo siguiente: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.

²⁷ *Vid. Infra*. P. 10.

²⁸ En este contexto, es de interés indicar que la obligación de prevención contenida en la Convención de 1948 carecía inicialmente de valor normativo. No obstante, todo cambió tras los terribles hechos acontecidos en Ruanda y en Sebrenica durante la década de los noventa, puesto que ello se tradujo en la creación de los tribunales penales internacionales correspondientes. Consecuentemente, a partir de aquel momento, se pusieron en marcha los mecanismos judiciales pertinentes, favoreciendo con ello la implementación de sucesivas y similares medidas de actuación. *Vid.* BEN NAFTALI, O., “The obligations to Prevent and Punish Genocide”, en: *The UN Genocide Convention -A Commentary*, editora: Gaeta, P., Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 30.

Con respecto a la obligación de sanción que también contempla la comentada Convención, debemos hacer hincapié en la citada sentencia de la CIJ, emitida el 26 de febrero del año 2007, conforme a la cual se puso de relieve que los Estados tienen la obligación de perseguir el delito de genocidio sin ningún tipo de limitación territorial: “The substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question” (p. 81, párr. 183). Todo lo cual nos lleva a pensar en que el principio de jurisdicción universal se encuentra implícitamente contenido en la referida herramienta internacional. *Ibid.* P. 41. Asimismo: *Vid.* MARQUÉS RUEDA, E. G., “Caso Bosnia–Herzegovina vs. Serbia. Comentarios al fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia el 14 de febrero de 2007 con relación al caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en el asunto Bosnia–Herzegovina C. Serbia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 8, 2008, p. 887 y ss.

²⁹ En este sentido, Ollé Sessé afirma lo siguiente: “(...) [la Convención] establece el compromiso de los Estados Partes de (...) [prevenir y sancionar el delito de genocidio] y los compromete a incorporar a su legislación nacional las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación del Convenio”. *Cfr.* OLLÉ SESSÉ, M., “El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional, *FIGBAR*, 2015, p. 7. Al hilo de todas estas consideraciones, cobra especial interés la siguiente afirmación: “(...) [the] definition of genocide has (...) been polished by further State practice on prosecuting genocide in domestic as well as international law”. *Cfr.* SCHIFFBAUER, B., “The Duty to Prevent Genocide under International Law: Naming and Shaming as a Measure of Prevention”, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 3, Vol. 12, 2018, p. 83.

³⁰ El artículo VI adquiere especial trascendencia a partir del año 2002, puesto que es a partir de la mencionada fecha cuando la Corte Penal Internacional tiene posibilidad de ejercer jurisdicción sobre el crimen de genocidio.

disposiciones legales contemplan medidas concretas que los Estados parte deben implementar a la hora de llevar a efecto los objetivos acordados en la referida Convención. Y ello es precisamente lo que pone en peligro la eficacia de dichas normas, ya que procurar una adecuada aplicación de éstas puede no ser una tarea sencilla en la medida en que la perpetración de un acto de genocidio conlleva cierta implicación estatal. Así lo entiende Jiménez García cuando afirma lo siguiente: “(...) resulta evidente la implicación directa, aquiescente o cómplice del Estado en la comisión del crimen [de genocidio]³¹”. En definitiva, la realización de actos graves viene generalmente acompañado de algún tipo de “participación” estatal³². Lógicamente, ello nos lleva a pensar que muy difícilmente un Estado involucrado en la comisión de crímenes de gran impacto para la comunidad internacional habilitará los cauces apropiados para que éstos sean denunciados y posteriormente investigados. Indudablemente, esta cuestión actúa en detrimento de un eficaz cumplimiento de la Convención sobre genocidio.

Siendo conscientes de la situación anterior, debemos tener muy presente la decisión judicial emitida por la CIJ en el año 2007 con motivo del asunto *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entre Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro*. En este caso, la Corte subrayó que el texto de 1948 no sólo no excluye a los Estados de la comisión del delito de genocidio, sino que además éstos pueden ser responsables de su perpetración³³. Dicho esto, debemos poner de relieve las profundas y serias dificultades que afrontó el citado órgano judicial a la hora de atribuir dicha responsabilidad a Serbia³⁴.

Parece, pues, complicado que el Estado que ha auspiciado delitos graves se implique en su persecución. No obstante, es factible que éstos sean denunciados y que ello venga aparejado, como hemos visto, del establecimiento de la pertinente responsabilidad³⁵. En

³¹ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez”, *REDI*, Vol. LXIII, 2011, p. 14.

³² En relación con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, cobra importancia la siguiente aseveración: “(...) genocide is invariably committed by states or with their acquiescence, prosecutions before national courts have been ineffective”. Cfr. RATNER, S., AKHAVAN, P., *et. al.*, *op. cit.*, p. 8.

³³ En el asunto referido, la CIJ puso de relieve lo siguiente: “It would however not be in keeping with the object and purpose of the Convention to deny that the international responsibility of a State — even though quite different in nature from criminal responsibility — can be engaged through one of the acts, other than genocide itself, enumerated in Article III” (p. 114, párr. 167). *Vid. Supra*. Nota 4.

La doctrina ha confirmado, como no puede ser de otro modo, este extremo: “(...) la Convención no excluye a los Estados de la comisión de genocidio, ya que los Estados pueden también ser responsables de complicidad”. Cfr. PORTILLA GÓMEZ, J. M., “¿Justicia en los Balcanes?": El fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el genocidio en Bosnia”, *Actualidad Internacional*, 2011, p. 940.

³⁴ Véanse las páginas 138-152 (párr. 385-424) de la comentada decisión judicial. *Vid. Supra*. Nota 4.

Asimismo: *Vid.* ARROCHA OLABUENAGA, P., “Responsabilidad estatal de crimen de genocidio”, *AMDI*, Vol. 14, 2014. Documento disponible a continuación:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542014000100006#notas

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

³⁵ Esta cuestión ya fue reflejada anteriormente. A estos efectos, pueden traerse a colación otros razonamientos esgrimidos por la CIJ que inciden en la misma idea: “If an organ of the State, or a person or group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of

este punto de la explicación, el artículo IX suscita un profundo interés, puesto que estipula que los conflictos que puedan surgir entre los Estados contratantes “(...) relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III” serán sometidos a la jurisdicción de la CIJ³⁶. La efectividad de esta disposición legal debe conjugarse junto al innegable dato de que los países que han ratificado el texto jurídico del año 1948 no ponen en riesgo su relación con otros a la hora de defender valores que afectan al conjunto de la comunidad internacional. En otras palabras, los Estados no suelen dar prioridad a los intereses comunes frente a los propios³⁷. Así lo corroboran los escasos asuntos planteados ante la CIJ conforme a los cuales resulta evidente que los principales actores de la comunidad internacional no se ven impelidos a actuar ante una violación grave y reiterada de la citada Convención. Son, por lo tanto, contados los casos remitidos por éstos a la referida Corte³⁸. Todo lo cual redundará, una vez más, en la dudosa idoneidad del contenido de algunos de los artículos contemplados en dicho instrumento. Así las cosas, es desde luego una grata excepción la denuncia recientemente interpuesta por Gambia contra la actual Myanmar conforme a la cual se han traído a colación diversas disposiciones del comentado acuerdo³⁹.

Existen, pues, no pocas dificultades a la hora de aplicar normas de la citada Convención en la medida en que gran parte de éstas dependen de la voluntad de los Estados, los cuales se han mostrado tradicionalmente reticentes en promover su aplicación⁴⁰. Ello, como es

the Convention, the international responsibility of that State is incurred (p. 80, párr. 179)”. *Vid. Supra*. Nota 33.

³⁶ El no muy extenso acuerdo sobre genocidio contiene otro precepto legal que merece ser traído a colación. Nos referimos al artículo VIII, el cual proclama lo siguiente: “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”. Se trata, por lo tanto, de implicar a ciertos órganos de la ONU con el propósito de que promuevan el cumplimiento de los objetivos fijados por la Convención de 1948. No obstante, debemos aclarar que el procedimiento que contempla la comentada disposición legal es voluntario, por lo que las estrategias o acciones que resulten de todo ello no tendrá un carácter vinculante. *Cfr. SCHIFFBAUER, B., op. cit.*, p. 84.

³⁷ En este sentido, Ratner y Akhavan afirman lo siguiente: “(...) individual states are not likely to sacrifice their self-interest for the protection of common interests. *Cfr. RATNER, S., AKHAVAN, P., et. al., op. cit.*, p. 9. Y como colofón a lo anterior, los citados autores vierten una afirmación de interés en relación con lo comentado en el cuerpo principal del texto: “(...) Articles VI and IX of the Convention have been largely ineffective. Indeed, to date the only reasonable effective penal enforcement of the prohibition against genocide in the Convention has been through resort to mechanisms outside of the Convention itself”. *Ibidem*.

³⁸ El asunto que enfrentó a Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro fue el primero que se suscitó en los términos que quedan expuestos en el cuerpo principal del texto. Así se puso de relieve (en el párr. 14) del informe emitido por la CIJ en el año 2007. Documento disponible a continuación:

<https://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2006-2007-es.pdf>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

³⁹ *Vid. Infra*. P. 16 y ss.

⁴⁰ *Vid. MIRAGLIA, M., “Genocide: The Italian Perspective”, International Criminal Law*, nº 5, 2005, p. 351 y ss. En este orden de ideas, Schabas afirma que sería conveniente monitorizar la Convención a través de la creación del correspondiente comité. Además, sugiere que sería positiva la actuación tanto de la

lógico, ha llevado a algunos autores a pensar que ésta “(...) ha tenido escasa influencia en la prevención de situaciones claramente genocidas en distintas partes⁴¹”. Y, ante este peculiar debate doctrinal, debe apuntarse que la cuestión más espinosa o que más controversia genera es básicamente su segundo artículo. Dicho precepto legal, encargado de fijar los requisitos que deben observarse a la hora de calificar de genocida una conducta, ha sido objeto de una intensa discusión en lo que a la interpretación de éstos se refiere⁴². Así pues, analizaremos la particular controversia surgida en este ámbito, la cual hace fundamentalmente referencia a la problemática suscitada en torno a la demostración práctica de las condiciones que dicho artículo prescribe.

1. Los elementos esenciales del artículo II de la Convención de 1948

Como ya quedó apuntado en el apartado anterior, el artículo II de la Convención de 1948 se ocupa de definir en qué consiste el delito de genocidio. Dada la importancia de dicha disposición legal, consideramos indispensable reproducir a continuación su contenido:

“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”.

A tenor, pues, del precepto legal mencionado, advertimos que son dos los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de argumentar que un determinado acto queda subsumido bajo el ámbito de aplicación del acuerdo adoptado en 1948. Uno de ellos, como se habrá podido deducir, hace referencia al *actus reus* o, lo que es lo mismo, al acto culpable. Consecuentemente, para acusar a alguien de haber cometido genocidio es fundamental que se le puedan atribuir algunas de las conductas contempladas en los párrafos a) a e) del artículo II. Ello, conviene anotar, se corresponde con el elemento objetivo del citado ilícito⁴³.

Continuando con la explicación pertinente, debe indicarse que la segunda condición se refiere a la intención. Y, según acota el propio artículo II, ésta debe articularse de una manera específica. Así lo aclara Pérez Triviño cuando afirma lo siguiente: “los actos individuales que realiza el agente y con cuya ejecución se consuma formalmente el delito de genocidio constituyen (...) únicamente el medio para la consecución del fin: la

Asamblea General como del Consejo de Seguridad de la ONU en este ámbito. Vid. SCHABAS, W., “The Genocide Convention at Fifty - United States Institute of Peace Special Report”, *USIP*, 7, 1999, p. 7.

⁴¹ Cfr. LATAN, N., *op. cit.*, p. 50.

⁴² *Ibid.* P. 51.

⁴³ Al hilo de las consideraciones expuestas en el cuerpo principal del texto, debe resaltarse que la lista de actuaciones que contempla el artículo II de la citada Convención es no sólo exhaustiva, sino que es poco precisa. Vid. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 30.

destrucción del grupo⁴⁴”. Es crucial, por tanto, comprobar la existencia de esta especial intención para poder considerar que efectivamente se ha consumado el delito de genocidio⁴⁵. Lo anterior lleva a pensar que la singularidad de este crimen internacional radica precisamente en su comentado *dolus specialis*⁴⁶. Ello, sin duda, encaja con las siguientes declaraciones de Schabas: “(...) because genocide is a crime of intent, the real question is what is the purpose of the offender, not what is the result⁴⁷”. En definitiva, vemos que la intención asume un protagonismo clave de tal manera que es irrelevante el resultado o, lo que es lo mismo, el número de víctimas que hayan sufrido la perpetración de actos que pudieran en un momento dado calificarse de genocidio.

Por lo tanto, el órgano judicial que esté investigando unos determinados hechos debe no sólo dictaminar que la conducta en cuestión se encuadra en el listado de actuaciones contenidas en el citado artículo II, sino que además es fundamental advertir la existencia de una intención dirigida o articulada con el propósito de destruir un determinado tipo de grupo⁴⁸. Habiendo realizado las aclaraciones pertinentes, analizaremos a continuación las dificultades que emergen en torno al elemento subjetivo del crimen de genocidio, las cuales inciden indefectiblemente en la complejidad probatoria del mismo⁴⁹.

2. La complejidad del elemento subjetivo del crimen de genocidio: el *dolus specialis* y la caracterización de los grupos

2. 1. La problemática suscitada en torno al *dolus specialis*

Tras una lectura pormenorizada del artículo II de la Convención de 1948, es fácil concluir que el ilícito considerado como “el crimen de todos los crímenes⁵⁰” exige una intención

⁴⁴ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La noción de intención en la definición de genocidio”, *REDI*, Vol. XIV, 2012, p. 165.

⁴⁵ Así se puso de relieve en el asunto *Akayesu*: “[W]hen dealing with a person [a]ccused of having aided and abetted in the planning, preparation and execution of genocide, it must be proven that such a person did have the specific intent to commit genocide, namely that, he or she acted with the intent to destroy in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such” (Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de septiembre de 1998, párr. 485). Documento disponible a continuación: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁴⁶ El referido elemento es definido por Ambos del siguiente modo: “‘intent to destroy’ means a special or specific intent which, in essence, expresses the volitional element in its most intensive form and is purpose-based”. Cfr. AMBOS, K., “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, 2009, p. 838.

⁴⁷ Cfr. SCHABAS, W., *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸ Así las cosas, algunos autores proclaman abiertamente lo siguiente: “(...) unless this intent element is present, no act, regardless of how atrocious it might be, can constitute genocide”. Vid. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 36.

⁴⁹ Así quedó reflejado en el asunto *Jesilić* conforme al cual se subrayan las dificultades probatorias existentes en torno al *dolus specialis* en el caso de que no haya un plan o política criminal (Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 5 de julio de 2001, p. 18, párr. 48). Documento disponible a continuación: <https://www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/jel-aj010705.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁵⁰ Vid. RAFTER, N., *The Crime of All Crimes: Towards a Criminology of Genocide*, New York University Press, 2016.

superior. Así lo corrobora la propia Comisión de Derecho Internacional cuando en sus comentarios al proyecto definitivo del Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad indica lo siguiente: “[genocide] requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequence of the prohibited act⁵¹”. Todo apunta, pues, a que es este particular elemento lo que lo distingue del resto de ilícitos. Dicho esto, resulta de interés reflejar la compleja problemática que se suscita en torno al precepto legal segundo, el cual no proporciona información adicional acerca de cómo constatar el comentado requisito. En definitiva, nada se dice acerca de las circunstancias que deben concurrir en una determinada situación para entender que ha existido una intención genocida por parte del autor del crimen conforme a la cual se ha destruido un grupo en particular (ya sea de forma total o parcial⁵²). Consecuentemente, las dificultades que afronta este ilícito se refieren básicamente a evidenciar la existencia de tal intención⁵³. Y debe indicarse que los desafíos que genera la comentada disposición legal se agravan cuando constatamos que la perpetración de este crimen no tiene porqué ir acompañado de la obtención de un determinado resultado. En otras palabras, puede advertirse el delito de genocidio, independientemente de que el autor de los hechos fracase en su cometido o en el caso de que aún no haya podido materializarlo, lo que encajaría con la posibilidad de castigar una actuación genocida con carácter preventivo⁵⁴.

Al hilo todas de estas consideraciones, resulta destacable la opinión que plasman algunos autores conforme a la cual dictaminan que el comentado *dolus specialis* parece actuar en detrimento de la propia Convención. En otras palabras, a tenor de cierto sector doctrinal, la intención genocida se erige como una especie de barrera de contención que impide alegar la existencia de un delito de genocidio, pese a que las conductas perpetradas sean de máxima gravedad⁵⁵. A modo de ejemplo, deben traerse a colación las terribles actuaciones atribuidas a Sudán y ejecutadas en Darfur durante los años 2003 y 2005, las cuales fueron debidamente investigadas por una comisión internacional en cuyo informe final se dispuso lo siguiente⁵⁶:

⁵¹ Documento disponible a continuación:

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁵² A estos efectos resulta de interés indicar lo que se puso de relieve en el asunto *Akayesu*: “Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy “in whole or in part” a national, ethnical, racial or religious group (párr. 497)”

⁵³ En este contexto, son relevantes las siguientes declaraciones: “(...) the intent requirement presents challenging evidentiary issues in almost any determination of responsibility for genocide. (...) [I]ntent would seem to be the most difficult element of genocide to prove and often only indirect or circumstantial evidence will be available”. *Vid.* RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 36

⁵⁴ *Vid.* CASSESE, P., *op. cit.*, 119.

⁵⁵ *Vid.* GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, A., *op. cit.*, p. 929 y ss.

⁵⁶ A raíz de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, resultan de interés las siguientes declaraciones: “The specific intention requirement has prevented the Convention from working effectively and five years after the Commission was first established, Darfur is still in a disastrous situation. Genocide has taken place in Darfur, as the evidence in the UN Report proves. Arguably, the decision came down to the issue of intent”. *Cfr.* GOLDSMITH, K., “The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge- Based Approach”, *IAGS*, Vol. 5, 2010, p. 244.

“The Commission concluded that the Government of the Sudan has not pursued a policy of genocide. Arguably, two elements of genocide might be deduced from the gross violations of human rights perpetrated by Government forces and the militias under their control. These two elements are, first, the actus reus consisting of killing, or causing serious bodily or mental harm, or deliberately inflicting conditions of life likely to bring about physical destruction; and, second, on the basis of a subjective standard, the existence of a protected group being targeted by the authors of criminal conduct. However, the crucial element of genocidal intent appears to be missing, at least as far as the central Government authorities are concerned”.

Así pues, ante la dificultad probatoria señalada, han surgido nuevas corrientes doctrinales que defienden la idea de rebajar el umbral probatorio del elemento relativo a la intencionalidad. Concretamente, un sector doctrinal argumenta que sería conveniente decantarse por un enfoque basado en el conocimiento⁵⁷. Y, otros, sugieren que sería de utilidad ampliarlo y equipararlo a un *dolus eventualis*⁵⁸. Nosotros no nos mostramos conformes con ello, puesto que entendemos que “rebajar” la intención especial que exige el artículo II podría llevarnos a situaciones en virtud de las cuales se advierta la existencia del comentado delito ante actuaciones que han resultado en la destrucción de un grupo sin que verdaderamente se haya tenido dicho propósito. Asimismo, entendemos que la comentada intención no puede equipararse con, simplemente, tener conocimiento de la situación que las actuaciones ilícitas en cuestión están generando; en definitiva, no debe advertirse un delito de genocidio si el agresor tan sólo conocía las consecuencias de sus actuaciones⁵⁹. Es crucial, a nuestro modo ver, evidenciar que a través de la perpetración de éstas se pretendía obtener un determinado resultado. A la vista de todo ello, nos alineamos completamente con las siguientes afirmaciones: “Reducing the level of intent would mean that those not specifically intending the destruction of the targeted group could be open to convictions for genocide. *Dolus eventualis* is too low a level of intent for the severity of the crime of genocide; therefore, the only option for those in that legal system is to require *dolus specialis*. Another lower level of intent is general intent. This requires that the perpetrator intends to commit the killing, but not necessarily to destroy the group. This term is also too low for the level at which the crime of genocide is held⁶⁰”.

En cualquier caso, se siga una determinada corriente interpretativa u otra, es de interés traer a colación la jurisprudencia internacional conforme a la cual se han expresado las circunstancias o factores esenciales que deben advertirse en una determinada situación para entender que efectivamente la comentada condición se encuentra presente. Así las cosas, en el caso *Akayesu* (párr. 729), el tribunal consideró que se deducía la existencia de una intención genocida ante la gravedad de los discursos pronunciados. En la decisión

⁵⁷ Vid. PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Genocidio”, *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, nº5, 2013, p. 232 y ss.

⁵⁸ Vid. GIL, A., *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 259.

⁵⁹ De muy manera muy similar, Fressberg argumenta que el mero conocimiento no puede traducirse en el cumplimiento de la mencionada condición. Vid. JESSBERG, F., “The Definition and the Elements of the Crime of Genocide”, en: *The UN Genocide Convention -A Commentary*, editora: Gaeta, P., Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 106

⁶⁰ Cfr. GOLDSMITH, K., op. cit., p. 241 y 242.

judicial emitida con motivo del asunto *Kayishema y otros*, fue fundamental constatar (p. 199, párr. 531 y 533) el elevado número de víctimas tutsis⁶¹. Resulta de interés traer a colación el caso *Krstić*, puesto que (p. 211 y ss, párr. 594 y ss) el Tribunal proclama la existencia de intención genocida en relación con el asesinato de todos los hombres bosnios musulmanes en edad militar, así como consecuencia del desplazamiento forzoso que sufrieron las mujeres, niños y personas mayores. Todo ello se realizó, según el órgano judicial competente, con el propósito de promover la destrucción física de la población bosnio-musulmana⁶². Habrá que analizar, pues, las circunstancias particulares de cada situación y, en función de estas, se podrá concluir si ha quedado debidamente satisfecha o no la citada condición⁶³. Vemos, por lo tanto, que a estos efectos los razonamientos esgrimidos por los órganos judiciales supranacionales han sido claves. Y como consecuencia de dichas resoluciones, Cassese afirma que, si no hay una política clara instigada por las autoridades conforme a los cuales se pueda advertir la existencia de un plan articulado con el propósito de acabar con un determinado grupo, será muy difícil evidenciar el *dolus specialis* requerido⁶⁴. Así quedó reflejado, como ya dijimos, en el caso *Jesilić*. No obstante, si esas fueran las circunstancias, hay posibilidad de apreciar una intención especial en el caso de que exista un contexto criminal a gran escala, tal y como se afirmó en el asunto *Tadić*⁶⁵.

2. 2. Los grupos protegidos del artículo II de la Convención de 1948

Como hemos podido advertir en más de una ocasión a lo largo del presente estudio, existe una dificultad probatoria asociada con la intención especial que exige el comentado crimen. Y, en este orden de ideas, debemos advertir que la problemática relativa a su demostración práctica se intensifica al tener que acreditar la presencia de un determinado tipo de grupo. Concretamente, el artículo II de la Convención de 1948 prescribe que la agrupación debe ser nacional, étnica, racial o religiosa⁶⁶. Con respecto a ello Martin

⁶¹ Nos estamos refiriendo a la sentencia emitida, el 21 de mayo de 1999, por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Documento disponible a continuación:

<https://unict.irmct.org/sites/unict.irmct.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁶² Nos estamos refiriendo a la sentencia emitida, el 2 de agosto de 2001, por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Documento disponible a continuación:

<https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁶³ Vid. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 126.

⁶⁴ A estos efectos, Cassese afirma que la comisión internacional citada en la página anterior determinó que no había intención genocida por parte de las autoridades sudanesas, sin perjuicio de que pudiera percibirse una especial intención en ciertos individuos aislados que formaban parte de milicias y que sí pretendían la destrucción de un determinado grupo. Vid. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 126 y 127.

⁶⁵ Nos estamos refiriendo a la sentencia emitida, el 2 de agosto de 2001, por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (p. 250, párr. 676). Documento disponible a continuación:

<https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> (fecha última de consulta: 6/6/2020).

Nótese que si se da la situación expuesta en el cuerpo principal del texto, habrá que acreditar que el autor de los hechos era conocedor del referido contexto.

⁶⁶ Adviértase que la destrucción del grupo en cuestión puede ser total o parcial. Vid. *Supra*. Nota 52. Así las cosas, cabría preguntarse qué debe entenderse por destrucción parcial. Con respecto a esta cuestión, Cassese emite las siguientes aclaraciones: “(...) a quantitative and a qualitative approach can be used to

argumenta lo siguiente: “(...) the existence of the “group” is the protected value that justifies criminalization and makes genocide a crime of especial intent. Thus, establishing the *dolus specialis* of an alleged perpetrator can only take place in conjunction with or subsequent to identifying the group at which the conduct is aimed⁶⁷”. De forma muy similar, Ratner y Abrams plasman otra interesante idea: “it is the group itself that is the ultimate target or intended victim and the individuals are victimized because of their membership in that group and as an incremental step in the overall objective of destroying the group⁶⁸”.

Vemos, por lo tanto, que es vital constatar que los actos susceptibles de recibir la calificación de genocidas deben dirigirse contra alguno de los grupos anteriormente mencionados. De hecho, de una lectura pormenorizada del artículo II, se infiere que la víctima queda “desdibujada” al supeditar su condición a que exista algún tipo de vinculación con las agrupaciones que señala la comentada norma⁶⁹. Así las cosas, surge una duda inicial acerca de qué debe entenderse por grupo. Este interrogante se despeja gracias a la sentencia emitida con motivo del caso *Akayesu*, el cual hace hincapié en los rasgos de estabilidad y permanencia que toda formación grupal debe tener: “(...) a common criterion in the four types of groups protected by the genocide Convention is that membership in such groups would seem to be normally not changeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner (párr. 511)⁷⁰”.

Surgen, por supuesto, otras cuestiones que merecen ser señaladas, especialmente cuando averiguamos que la Convención no aporta ningún tipo de aclaración en materia de grupos. Y al hilo de lo previamente expuesto, debemos plantearnos en qué consisten cada uno de los que menciona la disposición legal II. Una vez más, el asunto *Akayesu* es útil, puesto que destaca los rasgos intrínsecos de todos ellos⁷¹. Así pues, teniendo claro cuáles son sus rasgos diferenciadores, habrá que posteriormente apoyarse en criterios subjetivos si lo

establish whether or not part of the targeted group constitutes a substantial part”. *Cfr.* CASSESE, A., *op. cit.*, p. 122. Ello nos lleva a pensar que no es posible advertir la existencia del delito de genocidio ante un acto aislado grave. Jessberg no comparte esta afirmación, si bien es verdad que dicho autor apunta a que tal vez **en teoría** un acto aislado podría encajar en el ámbito de aplicación del artículo segundo de la Convención de 1948. *Vid.* JESSBERG, F., *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷ *Cfr.* MARTIN, F., “The notion of the “protected group” in the genocide convention and its application”, en: *The UN Genocide Convention - A Commentary*, editora: Gaeta, P., Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 112 y 113.

⁶⁸ *Cfr.* RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 40.

⁶⁹ *Vid.* CASSESE, A., *op. cit.*, p. 118.

⁷⁰ *Vid. Supra.* 45.

⁷¹ Véanse los párrafos 512 a 515 del asunto mencionado en el cuerpo principal del texto conforme a los cuales se determina en qué consisten los grupos enumerados en el artículo II de la Convención (*Vid. Supra.* 45). Martin comparte esta misma opinión; así puede verse: “(...) the Akayesu trial judgment on the one hand delineates and defines each of the four groups and on the other hand formulates a common criterion applying to all four of them (...). Having determined the existence of a common denominator, the judges proceeded to define separately each of the four groups listed in Article II of the Genocide Convention”. *Cfr.* MARTIN, F., *op. cit.*, p. 118. No obstante, Lisson afirma que el citado caso no proporciona información completa acerca de los grupos que contempla el artículo II de la Convención, particularmente en lo que concierne a la agrupación nacional. *Vid.* LISSON, D., “Defining “national group in the Genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2002, p. 1469.

que queremos es dilucidar qué agrupación es la que se ha erigido como diana de los ataques que pretenden enjuiciarse⁷². En definitiva, hay que puntualizar que la víctima formará parte de alguna de las agrupaciones mencionadas cuando se haya demostrado que el agresor del ilícito en cuestión la ha ubicado como un miembro de ésta de acuerdo con sus propios parámetros⁷³. Así quedó reflejado en el asunto *Akayesu* (párr. 702)⁷⁴ y, previamente, en el asunto *Krstić* (p. 195, párr. 557)⁷⁵.

Vemos, pues, las evidentes dificultades que asoman en todo procedimiento judicial cuando lo que se pretende es esclarecer si los hechos enjuiciados constituyen o no genocidio ya que, aunque pueda apreciarse el comentado *dolus specialis* y el *actus reus* que prevé la comentada disposición legal de la Convención, no se podrá aplicar dicho instrumento si las víctimas no forman parte de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Con respecto a este último extremo, merece la pena mencionar que quedan excluidos, *inter alia*, los grupos políticos⁷⁶ y culturales⁷⁷. Ello, debe recordarse, fue objeto de controversia en el célebre asunto *Akayesu*⁷⁸.

A raíz de lo comentado en el anterior y presente apartado, cabe concluir que los elementos (objetivo y subjetivo) que conforman el delito de genocidio no son objeto de una particular discusión⁷⁹. De hecho, conviene recordar que el Estatuto de Roma reproduce plenamente su contenido. Así pues, tan sólo se aprecia un intenso debate en torno a la

⁷² En este sentido, debe traerse a colación la siguiente declaración: “the identification of a given group as a group protected by the prohibition of genocide (...) [has to be solved] by applying a subjective test”. Cfr. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 121.

⁷³ Como afirma Pérez Triviño, “(...) es necesario que la selección [de la víctima] se haga por la razón de la pertenencia al grupo”. Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La noción de...”, *op. cit.*, p. 167.

⁷⁴ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda proclamó, en el párrafo señalado, lo siguiente: “the Chamber is of the opinion that, in Rwanda in 1994, the Tutsi constituted a group referred to as “ethnic” in official classifications. Thus, the identity cards at the time included a reference to “*ubwoko*” in Kinyarwanda or “*ethnie*” (ethnic group) in French which, depending on the case, referred to the designation Hutu or Tutsi, for example. The Chamber further noted that all the Rwandan witnesses who appeared before it invariably answered spontaneously and without hesitation the questions of the Prosecutor regarding their ethnic identity”. *Vid. Supra*. Nota 45.

⁷⁵ El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia proclamó, en el párrafo señalado, lo siguiente con base a, entre otros, el asunto *Jesilić*: “the Chamber identifies the relevant group by using as a criterion the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime, on the basis of its perceived national, ethnical, racial or religious characteristics”. *Vid. Supra*. Nota 62.

⁷⁶ Al hilo de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, debe mencionarse que fueron numerosos los Estados que se mostraron abiertamente reacios a incluir dicha agrupación en el listado del artículo II. *Vid. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., op. cit.*, p. 34.

⁷⁷ Cfr. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 119.

⁷⁸ A estos efectos, debe mencionarse que el párrafo 512 del mencionado caso estipula lo siguiente: “The Chamber considered whether the groups protected by the Genocide Convention, echoed in Article 2 of the Statute, should be limited to only the four groups expressly mentioned and whether they should not also include any group which is stable and permanent like the said four groups. In other words, the question that arises is whether it would be impossible to punish the physical destruction of a group as such under the Genocide Convention, if the said group, although stable and membership is by birth, does not meet the definition of any one of the four groups expressly protected by the Genocide Convention”. *Vid. Supra*. Nota 45.

⁷⁹ A este respecto, debe traerse a colación la siguiente afirmación: “(...) the core elements of what constitutes genocide have never been remarkably disputed”. Cfr. SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, p. 83.

manera en la que aquéllos deben ser interpretados. Además, debe indicarse que la parquedad o rigidez (según se quiera ver) del comentado artículo se ha ido suavizando gracias a las decisiones judiciales emitidas por los órganos judiciales internacionales competentes, las cuales no sólo han ampliado las categorías de los grupos protegidos, sino que han dictaminado -por ejemplo- que las violaciones quedan incluidas en el listado de actos enumerados por la segunda disposición legal⁸⁰. Junto a todo ello, debemos señalar que la Convención de 1948 fue adoptada en un momento en el que se pretendía promover “algún tipo de compromiso” que vinculara al mayor número de Estados con el objetivo de impedir situaciones como las acontecidas durante la Segunda Guerra Mundial⁸¹. Ésta es, no hay duda, un producto de su tiempo⁸². En vista de todo ello, entendemos que es particularmente interesante referirnos a un caso actual. Nos estamos refiriendo al procedimiento judicial suscitado con motivo de la denuncia interpuesta por Gambia ante la CIJ. La idea es, pues, hacer referencia al mismo con el objetivo de valorar si la Convención sobre genocidio adoptada hace más de setenta años es capaz de hacer frente a los desafíos que este nuevo siglo está, sin duda, planteando.

IV. ¿GENOCIDIO EN MYANMAR?

Como se habrá podido advertir a lo largo del presente estudio, no hay duda del impacto que tuvo para la comunidad internacional la adopción de la Convención sobre el delito de genocidio en el año 1948 en la medida en que no sólo supuso la cristalización y el reconocimiento de un nuevo término jurídico aplicable a situaciones de máxima gravedad, sino que conllevó además la asunción de un doble compromiso por parte de los Estados que decidieron ratificarla. Dicho esto, analizaremos aquélla bajo el prisma de acontecimientos recientes con la idea de determinar si su contenido sigue siendo el oportuno. Así las cosas, nos centraremos en el proceso judicial abierto contra Myanmar. No obstante, haremos un primer inciso con la idea de contextualizar la situación que han padecido los *rohingya* en dicho país durante estos últimos años.

1. Myanmar y los *rohingya*

En el estado de Rakhine viven, desde hace siglos, los *rohingya*. Éstos, que constituyen un grupo minoritario musulmán⁸³, han sido perseguidos desde que Myanmar obtuvo su independencia en 1948. Este particular padecimiento, agravado tras el derrocamiento militar del gobierno en el año 1962, alcanzó su punto álgido en la década de los ochenta cuando se implementaron unas controvertidas estrategias estatales conforme a las cuales se otorgaba la ciudadanía a aquellos individuos que pudieran acreditar la nacionalidad birmana de sus progenitores, independientemente de cual hubiera sido su lugar de

⁸⁰ Vid. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 110.

⁸¹ Vid. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *op. cit.*, p. 34. Una idea muy similar la plasma Schabas aunque de forma negativa. Vid. SCHABAS, W., *op. cit.*, p. 8.

⁸² Vid. LATAN, N., p. 53.

⁸³ Vid. IZQUIERDO ALBERCA, J., “La exclusión de los rohinyás de Birmania: un viejo desafío para un nuevo gobierno”, *Documento Análisis IEEE*, 2016, p. 3.

nacimiento. Todo ello redundaba en la imposición de maniobras claramente orientadas a marginar al citado grupo⁸⁴.

Más adelante, en junio del año 2012, se dispararon todas las alertas, ya que se produjo el desplazamiento interno de unos aproximadamente 125,000 *rohingya*. Posteriormente, el 23 de octubre de ese mismo año, setenta *rohingya* fueron masacrados en la ciudad de Yan Thei. A la luz de todo lo sucedido en aquellos meses, la organización internacional no gubernamental, Human Rights Watch, dictaminó que los líderes políticos y religiosos del país habían promovido ataques con la consiguiente intención: “(...) to drive them from the state or at least relocate them from areas in which they had been residing – particularly from areas shared with the majority Buddhist population”⁸⁵. Desde aquel momento, la situación de los *rohingya* no ha hecho sino intensificarse y así lo ha puesto de relieve la citada organización en recientes y diversas declaraciones⁸⁶.

A la luz de lo anteriormente expuesto, no sorprende en exceso advertir el consenso que a este respecto existe en el ámbito de la comunidad internacional acerca de la crisis humanitaria que la comentada población ha sufrido de forma acuciante en estos últimos años. Así las cosas, resulta de interés traer a colación la denuncia interpuesta por Gambia el pasado mes de noviembre ante la CIJ de acuerdo con la cual se puso de relieve que, en Myanmar, se están cometiendo actos que encajan plenamente en el marco de aplicación de la Convención sobre genocidio de 1948⁸⁷.

2. El caso *Gambia v. Myanmar*

En la denuncia interpuesta por Gambia, el 11 de noviembre de 2019, se indica que Myanmar había cometido y seguía cometiendo actos ilícitos calificables de genocidio contra los *rohingya*, al cual considera un grupo étnico, racial y religioso⁸⁸. En dicho

⁸⁴ Nos estamos refiriendo a ley adoptada en el año 1982 conforme a la cual se pretendía promover una única identidad nacional que beneficiara fundamentalmente a la publicación budista. Vid. ARRIAZA, J. M., y VONK, O., “Report on Citizenship Law: Myanmar”, *Robert Schuman Centre for Advances Studies*, nº 14, 2017, p. 3.

⁸⁵ Información disponible a continuación:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁸⁶ En este contexto conviene traer a colación las siguientes declaraciones emitidas por la organización no gubernamental citada en el cuerpo principal del texto: “Myanmar’s stalled democratic transition has given way to a massive human rights and humanitarian crisis. Since August 2017, the military has committed mass killings, sexual violence, and widespread arson against Rohingya Muslims in Rakhine State that amount to crimes against humanity, forcing several hundred thousand to flee to Bangladesh. Armed conflict between the military and ethnic armed groups in northern Myanmar has intensified, causing mass displacement. Under Aung San Suu Kyi’s de facto leadership, prosecutions of journalists, activists, and critics have increased. The military remains the country’s most powerful institution, with control of key ministries and autonomy from civilian oversight”. Información disponible a continuación:

<https://www.hrw.org/asia/myanmar-burma>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁸⁷ Resulta de interés indicar que esta denuncia cuenta con el apoyo de cincuenta y siete países pertenecientes a la Organización de Cooperación Islámica.

⁸⁸ Documento disponible a continuación:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>

escrito, el referido país hace hincapié en la importancia de la Convención de 1948 del siguiente modo⁸⁹: “(...) the *jus cogens* character of the prohibition of genocide and the *erga omnes* and *erga omnes partes* character of the obligations that are owed under the Genocide Convention, institutes the present proceedings to establish Myanmar’s responsibility for violations of the Genocide Convention, to hold it fully accountable under international law for its genocidal acts against the Rohingya group, and to have recourse to this Court to ensure the fullest possible protection for those who remain at grave risk from future acts of genocide (p. 6, párr. 15)”.

No hay duda de que la CIJ tardará en emitir su decisión final. En cualquier caso, ya se han producido avances significativos, puesto que el pasado 23 de enero se emitió una orden judicial en virtud de la cual se acogía de forma favorable gran parte de las medidas provisionales solicitadas por Gambia⁹⁰. Éstas, debe recordarse, hacen hincapié en la necesidad de que Myanmar no sólo ponga fin a las actuaciones violentas perpetradas contra los *rohingya*, sino que además debe adoptar las estrategias pertinentes para prevenir ilícitos de envergadura. Todas las peticiones formuladas por Gambia han sido bien recibidas a excepción de la siguiente (así aparece reflejado en el párrafo 62 de la citada orden): “The Gambia requests that Myanmar be ordered to grant access to, and cooperate with, all United Nations fact-finding bodies that are engaged in investigating alleged genocidal acts against the Rohingya, including the conditions to which the Rohingya are subjected⁹¹”.

Adentrándonos en el contenido de la orden emitida hace escaso meses, debe subrayarse que la Corte aprecia motivos suficientes para aplicar la Convención sobre genocidio de 1948 (p. 10, párr. 31). Además, manifiesta su rechazo para con el argumento plasmado por Myanmar en relación con la reserva introducida en el artículo VIII por dicho país conforme a la cual pretendía impedir que el citado órgano judicial asumiera la competencia del caso. Así pues, la CIJ declara (p. 12, párr. 37) que tiene jurisdicción *prima facie* sobre el asunto de acuerdo con lo previsto en el artículo IX de la Convención. Habrá, pues, que estar pendiente de lo que ocurra a continuación. No obstante, independientemente de lo que finalmente suceda, no hay duda de la gravedad de los crímenes cometidos por Myanmar en la medida en que ello ha motivado el pertinente examen judicial por parte del órgano judicial de la ONU.

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁸⁹ Debe recordarse que Gambia ratificó el acuerdo internacional sobre genocidio en el año 1978 mientras que Myanmar lo hizo, con carácter previo, en el año 1956.

⁹⁰ Véase la página 3, párrafo 5 del documento en cuestión, el cual se encuentra disponible a continuación: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

Recientemente, el pasado 26 de mayo, la CIJ se pronunció a favor de una extensión del plazo con el objetivo de que los Estados implicados pudieran disponer de más tiempo a la hora de articular sus alegaciones iniciales. Ello viene motivado como consecuencia de la pandemia COVID-19. Documento disponible a continuación: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200526-PRE-01-00-EN.pdf>

(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁹¹ Esta medida fue introducida, con carácter posterior, el 9 de diciembre de 2019.

Con respecto a estas últimas observaciones, conviene apuntar que existe cierto grado de escepticismo en torno a la idea de que la Corte reconozca finalmente la perpetración del citado crimen en Myanmar. Según sostiene Milanovic, ello se debe a la imposibilidad - muy seguramente- de evidenciar el *dolus specialis*, tal y como ocurrió en el asunto Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro⁹². Otros, por el contrario, se muestran más optimistas y consideran que es del todo irrelevante que la Corte haya descartado en este particular momento procesal el tener que acreditar la existencia de la citada intención especial⁹³. En cualquier caso, Myanmar debe ir reportando cada cierto tiempo a la CIJ acerca del modo en el que está tratando de dar cumplimiento a la citada orden judicial⁹⁴.

Parece, pues, que existe cierta inquietud en este asunto en torno a las dificultades probatorias que en un momento dado puedan surgir en torno al *dolus specialis*. Desde luego, este recelo queda justificado tras leer con detenimiento la citada sentencia emitida por la CIJ, el 27 de febrero de 2007, con motivo del asunto Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro⁹⁵. En este caso, la Corte entendió que, si bien lo sucedido en Srebrenica en el año 1995 constituía un delito de genocidio, Serbia no era directamente responsable de lo sucedido (ni siquiera admitió que dicho país hubiera actuado a modo de cómplice). No obstante, la CIJ adujo que dicho país había vulnerado la obligación de prevenir dicho delito. Asimismo, hizo hincapié en que Serbia debió de haber cooperado y, por lo tanto, castigado a las personas que se vieron implicadas en la masacre de Srebrenica. No hay duda de que la ausencia de pruebas en torno al *dolus specialis* impidió que la condena fuera mayor. A raíz de todo ello, SáCouto concluye lo siguiente: “although the Court’s decision falls short of finding Serbia responsible for genocide, it leaves little room for doubt that Serbia was involved in the events leading up to and during the genocide in Srebrenica⁹⁶”.

⁹² Así las cosas, Milanovic proclama lo siguiente: “Gambia will not be able to provide clear and convincing evidence that genocide (as opposed to crimes against humanity or war crimes) were committed against the Rohingya – basically the same outcome as in the Bosnian and the Croatian genocide cases. The evidentiary requirements were set so high in those cases (in my view rightly so), that they could not be met *even with the existence* of a fully-fledged international criminal tribunal that could reliably establish the facts”. Cfr. MILANOVIC, M., “ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case”, *EJIL*, 2020. Documento disponible a continuación:

<https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-the-myanmar-genocide-case/>
(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁹³ *Vid.* CARRILLO SANTARELLI, N., “Corte Internacional de Justicia adopta medidas cautelares, ordenando a Myanmar tomar medidas para prevenir actos de genocidio, asegurar que ningún actor vinculado con el Estado los cometa, y preservar evidencia”, *Aquiescencia blog de derecho internacional*, 2020. Documento disponible a continuación:

<https://aquiescencia.net/2020/01/23/corte-internacional-de-justicia-adopta-medidas-cautelares-ordenando-a-myanmar-tomar-medidas-para-prevenir-actos-de-genocidio-asegurar-que-ningun-actor-vinculado-con-el-estado-los-cometa-y-preservar/>
(fecha última de consulta: 6/6/2020).

⁹⁴ Existe, en estos momentos, un profundo debate acerca de la posibilidad de que Myanmar no cumpla con la labor referida en el cuerpo principal del texto. Ello podría significar la intervención del Consejo de Seguridad.

⁹⁵ *Vid. Supra.* Nota 4.

⁹⁶ Cfr. SÁCOUTO, S., “Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia’s Genocide Case against Serbia and Montenegro”, *Human Rights Brief*, Vol. 15, 2007, p. 3.

Sea como fuere, los casos comentados en el presente apartado muestran la importancia de las disposiciones legales de la Convención, independientemente de la problemática que se genera a la hora de evidenciar la especial intención que prescribe el delito de genocidio. Una cuestión que se refiere a la singularidad de este crimen, pero que no constituye ni mucho menos un obstáculo para entender que la Convención de 1948 es, a nuestro juicio, un documento capaz de abarcar situaciones graves de actualidad⁹⁷.

V. CONCLUSIONES

La adopción de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio en el año 1948 -y su entrada en vigor tres años después- tuvo, sin duda, una gran repercusión para la comunidad internacional. A partir de aquel momento, los Estados parte de dicho acuerdo disponían de una herramienta supranacional diseñada con el objetivo no sólo de prevenir, sino de castigar actos que pudieran recibir la calificación de genocidas.

A la luz de todas estas consideraciones, hay que hacer hincapié en el artículo II de la Convención en la medida en que enumera los requisitos que deben estar presente en una determinada situación para afirmar que se ha cometido el crimen de genocidio. Como ya vimos, la citada disposición legal contiene un elemento objetivo que se traduce en un listado exhaustivo de actuaciones susceptibles de subsumirse bajo el comentado tipo penal. No obstante, para que una conducta encaje en el marco aplicativo de la comentada norma es, además, necesario que el elemento subjetivo se encuentre plenamente satisfecho. En definitiva, a la hora de aplicar la Convención de 1948 es esencial apreciar un *dolus specialis* consistente en la destrucción total o parcial de alguno de los grupos que el mencionado artículo contempla.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, debe subrayarse que existe una gran controversia en torno a la demostración práctica de la disposición legal segunda de la Convención. Ello, de hecho, ha auspiciado corrientes doctrinales basadas en rebajar la aplicación del comentado elemento subjetivo. Sin embargo, nosotros no nos mostramos conformes con tal aproximación. Desde nuestro punto de vista, el *dolus specialis* del crimen de genocidio y su consiguiente dificultad probatoria se erige como un particular rasgo de aquél lo que, entre otras cosas, contribuye a distinguirlo de otros crímenes de envergadura⁹⁸. Sea como fuere, no hay de duda de que las decisiones judiciales emitidas por tribunales penales internacionales han suavizado las innegables dificultades interpretativas que emanan de la citada norma.

Finalmente, debe añadirse que la Convención, adoptada tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha traído a colación con motivo de ilícitos recientemente cometidos. Así se

⁹⁷ Como es lógico hay opiniones en contra. Schabas, por ejemplo, alega lo siguiente: “the importance of the *Genocide Convention* probably can be found not so much in its contemporary potential to address atrocities (...), as its historic contribution to the struggle for accountability and the protection of human rights”. Cfr. SCHABAS, W., *op. cit.*, p. 18 y 19.

⁹⁸ Vid. CASSESE, A., “Taking stock of the genocide Convention and looking ahead”, en: *The UN Genocide Convention - A Commentary*, editora: Gaeta, P., Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 537.

infiere de la denuncia interpuesta, hace escasos meses, por Gambia a raíz de las desafortunadas estrategias implementadas contra los *rohingya* por Myanmar. Consecuentemente, no hay duda de que la mencionada herramienta jurídica es perfectamente aplicable y puede traerse, por tanto, a colación ante la perpetración de graves hechos con la idea de examinar si sucesos cometidos hoy son susceptibles de recibir la calificación de genocidio; un delito, no olvidemos, configurado hace más de setenta años. En definitiva, este y otros casos (como el asunto Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro) evidencian la importancia de las disposiciones legales que conforman el instrumento jurídico de 1948. Dicho todo lo anterior, habrá que estar muy pendientes del curso del comentado procedimiento judicial, lo cual deberá conjugarse junto a las pesquisas realizadas por la fiscalía de la Corte Penal Internacional en torno a estos mismos hechos en la medida en que ello podrá aportar una mayor claridad en torno a, *inter alia*, el artículo II de la Convención.