

REFERENCIA AL CRIMEN DE GENOCIDIO APPROXIMATION GENOCIDE CRIME

RAMÓN SÁNCHEZ REVERTE*

Recibido: 01/06/2016

Aceptado: 20/07/2016

Sumario. I EL DELITO DE GENOCIDIO.1.-ORIGEN.A) PRIMERA ETAPA.B)SEGUNDA ETAPA.C) TERCERA ETAPA.II.-REGULACIÓN.A) NUREMBERG.B) CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.C) EL ESTATUTO DE ROMA.D) JURISPRUDENCIA NACIONAL.II.- ESTADO DE LA CUESTIÓN.III.-ELEMENTOS.1.-EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- 2.- EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO, LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. IV.-CONCLUSIONES

Summary: I.-THE CRIME OF GENOCIDE.I.-ORIGIN .A) FIRST PHASE.B) SECOND PHASE.C) THIRD PHASE.II.2.-REGULATION.A).-NUREMBERG.B) UNITED NATION REGULATION.C) ROME'S STATUTE.D) NATIONAL JURISPRUDENCE.II.-STATUS OF THE ISSUE III.-ELEMENTS.-1.-LEGALLY PROTECTED INTEREST2.-SUBJECT AND RESPONSIBILITY OF THE STATES.-IV.- CONCLUSIONS

Resumen: El delito de genocidio, del cual son numerosos los trabajos doctrinales sobre el mismo, nunca ha perdido ni perderá su actualidad, quizás y sobre esto e el tiempo lo dirá, por ser recientemente recogido en el Estatuto de Roma y ser ingente la labor del Tribunal penal Internacional en la aplicación del mismo; no pierde su actualidad y es por ello, que es una figura que debe ser muy tenida en cuenta y revisada hoy en día.

Palabras claves: Orígenes. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sujetos

Abstract: The crime of genocide, of wich is lot works about this, never has lost and never and will lost actually, perhaps because has recourse to Rome Statute's and is lot the work of Crime Court to applicate this one and the other Court found ad hoc; don't lost his actually and must have in mind today, principally for the doctrine that have in the Court Crime the basement.

Keywords: Origins. Rome Statute. Court Crime International. Subjets

I. EL CRIMEN DE GENOCIDIO

Es preciso, en una primera aproximación al delito de genocidio, establecer las diferentes etapas por las cuales ha pasado el delito objeto del presente estudio, pudiéndose, en su peculiar evolución, distinguir las siguientes que serán analizadas, que van desde sus orígenes, pasando por lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial, y teniendo en

* Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Málaga. Miembro del Cuerpo Jurídico Militar.
<https://doi.org/10.17561/rej.n16.a8>

cuenta, finalmente, lo que en nuestro país ha sido recogido sobre el mismo, tanto positiva como jurisprudencialmente.

1. Origen.

El delito de genocidio, que es de regulación reciente, desde un punto de vista internacional y, en algunos casos nacionales, no es nuevo, es de sobra conocido y ha tenido una existencia muy antigua. En este sentido, no por ser el más grave sino por ser el más conocido (no hay que olvidar el genocidio armenio a principios del siglo XX), y, especialmente, en donde tuvo lugar un genocidio de grandes dimensiones ocurrido durante el nazismo, en la etapa de la Segunda Guerra Mundial. Es posible diferenciar diferentes las siguientes etapas en la evolución del crimen a tratar:

A) Primera etapa. Se recuperaron las construcciones antijudías de los siglos XVIII y XIX, que atribuían a la figura del judío las acusaciones más diversas y contradictorias: capitalista, usurero, desafecto al trabajo y explotador, a la vez que agitador, comunista y violento.

Feierstein¹ señala que para en el caso argentino, la figura construida como “otredad” fue más compleja y, si bien sobre ella se utilizó también la metáfora biológica del “cáncer social”, su caracterización fue más bien del tipo socio-político que ético-cultural. Es sugerente observar las características de la conformación de una identidad social caracterizada como “delincuente subversiva” para justificar la necesidad de su exclusión, hostigamiento o persecución, como amenaza al bienestar del “cuerpo argentino” que, pese a haberse caracterizado por su “extrema tolerancia” para las formas de “otras” (por ejemplo, con la mítica recurrencia al “crisol de razas”) podía caer víctima de dicha exageración tolerante. Para Feirstein, la violencia, en esta etapa, se manifiesta a través de las imágenes. Es la legitimación, la construcción teórica de la necesidad de un exterminio, aunque todavía esté lejos de expresarse en esos términos. El poder tolera aún estas formas diferentes, pero constantemente las distingue, las marca, las construye y reconstruye. Es este proceso de “alteración” el que irá construyendo la viabilidad del proyecto genocida.

B) En la segunda etapa, tiene lugar un salto cualitativo con respecto a la anterior y se caracteriza por dos tipos de acciones:

a) La primera, de origen supuestamente espontáneo, es desarrollada por fracciones de vanguardia o de choque de la fuerza social dominante y consiste en la implementación progresiva de acciones de tipo esporádico contra el sujeto social construido como “otredad”; estas acciones generan muchas veces el reclamo de las propias víctimas para pasar al estadio siguiente, para ser aisladas como forma de escapar del hostigamiento al que estaban sometidas. A la vez, el resto de las fracciones sociales también reclamaban la exclusión de las víctimas. Es así como es construida la legitimación del otro como “otro negativo”, las incomodidades o las situaciones desagradables que se producen a partir de su punición son atribuidas a la responsabilidad de las víctimas y no de los agresores. En el caso argentino, este mecanismo tuvo su expresión más clara en las acciones de la Triple A durante los años 1974 a 1975, las que fueron generando en sectores importantes de la población el

¹ FEIERSTEIN. D. “Seis estudios sobre genocidio”. EUDEBA.2001

discurso sobre la “necesidad” de “ordenar” estas prácticas, dándole una forma institucional. El “terrorismo de Estado” de la última dictadura militar llevó a la práctica este ordenamiento, organizando el terror, el asesinato y la represión desde los órganos institucionales: la policía y el ejército;

b) la segunda, de carácter plenamente estatal, se vincula con la sanción de diversos cuerpos jurídicos legitimadores de las prácticas discriminatorias. La limitación en la propiedad, en el ejercicio de determinadas profesiones o determinadas prácticas y, por último, limitaciones en la posesión o ejercicio de la ciudadanía. Esta limitación viene a establecer en el plano jurídico la diferencia construida en la primera etapa en el plano de la representación; hasta ese momento, el exterminio aparece prefigurado como posibilidad lejana y las políticas apuntan más a la expulsión que a la muerte.

Este doble hostigamiento (físico y legal) busca excluir al diferente del mundo normalizado. Sin embargo, esta exclusión puede revestir de dos maneras: interna y externa. La forma externa implica el abandono del espacio común: en el caso del nazismo, la “Central para la Emigración de los Judíos del Reich” fue creada con este primer objetivo manifiesto; en el caso argentino, las primeras amenazas de la Triple A tendían a producir el exilio forzoso de los amenazados. En ambos casos, remarca Feirstein, es discutible, sin embargo, que el objetivo buscado haya sido únicamente la exclusión.

- C) La tercera etapa, el aislamiento espacial, está caracterizada no sólo por delimitar el campo de los iguales de los distintos, sino también para establecer territorios permitidos y prohibidos: el diseño nazi de los guetos fue la manifestación más acabada de esta etapa, pero también aparece en los campos de concentración y exterminio; como así también se observa en los campos de concentración clandestinos argentinos durante el período 1976/1983.
- D) La cuarta etapa está caracterizada por el debilitamiento tanto físico y psíquico, permitió ir mermando la resistencia de las víctimas y generando las condiciones para la industrialización de los procesos de exterminio; y, por último, la etapa final: el exterminio físico del grupo construido como “otredad”, y si es necesario, la eliminación también de los cadáveres.

2. Regulación

El crimen de genocidio aparece por primera vez positivado en la Resolución **96-I de 11 de diciembre de 1946**, de la Asamblea General de Naciones Unidas: que lo caracteriza del siguiente modo:

“es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural... Afirma que el genocidio es un crimen del Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y los cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”.

El término genocidio fue acuñado en un primer momento por **R. Lemkin**.

En 1933, en el marco de la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal Internacional, propuso que la destrucción de una agrupación racial, religiosa o social fuera declarada un crimen de derecho internacional. Lemkin propuso, en esta Conferencia de 1933, la creación de dos delitos internacionales.

1.-*el crimen de barbarie*, que consistía en la exterminación de una agrupación racial, religiosa o social.

2.- *el crimen de vandalismo*, que comprendería la destrucción de la identidad cultural y artística de dicho grupo.

Lemkin definió al genocidio² como “...un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos o nacionales, y como el homicidio singular, puede ser cometido en tiempos de paz como en tiempo de guerra (...) hallase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humanos”

Siguiendo a Lemkin, el genocidio no implica necesariamente la inmediata destrucción o exterminación de un grupo, no implica que con la conducta se vaya a destruir de una forma inmediata y directa a un grupo. El proceso de destrucción o exterminio implica necesariamente un plan coordinado de diversas acciones que tienden lentamente a sofocar a ese grupo. Implica necesariamente la existencia de un plan coordinado, en el sentido de que toda conducta genocida no surge de la nada, sino que el plan está íntimamente ligado a la destrucción de un objetivo, a la destrucción de las características esenciales de la vida de estos grupos en sí, a través de la desintegración de sus instituciones políticas y sociales, cultura, idiomas, sentimientos nacionales, religión y de su propia subsistencia económica, además de la amenaza o destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso las vidas de los individuos que pertenecen a tales grupos. Usualmente, el genocidio tiene dos fases:

- 1.-la destrucción de la identidad nacional, cultural y social del grupo oprimido.
- 2.-la otra, la imposición de la identidad propia del opresor.

A) Núremberg.

El genocidio no fue incorporado en la carta del Tribunal de Núremberg³, sin embargo, el fiscal, en la acusación, utilizó este neologismo a la hora de imputar conductas criminales, lo incluyó dentro de los crímenes contra la humanidad. La mayoría de las condenas recayeron en el exterminio, tipificándolo como crimen contra la humanidad, si bien sirvió de base para la creación de un tipo autónomo que concretaría el tipo amplísimo de Núremberg.

B) Carta de las Naciones Unidas.

En la **Resolución 95** de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1946, se redactó una resolución sobre el genocidio por unanimidad, afirmando los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal Militar Internacional y la sentencia de este Tribunal, en que determinó que dicho fallo y los principios que había utilizado el tribunal de Núremberg en el juzgamiento de los jerarcas nazis eran derecho

² Comunicación de LEMKIN a la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, 1947.

³ Ley 10 del Consejo de Control Aliado

internacional, que las conductas que en el estatuto de Núremberg había incriminado en el art.6 no eran más que declarativas y que eran conductas consideradas como criminales mucho antes que el estatuto de Núremberg tuviera existencia

El art.2 de la Convención⁴ sobre Genocidio entiende por éste 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:

1. Matanza de miembros del grupo.
2. Lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo.
3. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado de fuerza de niños del grupo a otro.

C) El Estatuto de Roma.

En el Estatuto de Roma⁵ hay que acudir al art.6 que se expresa en términos literalmente coincidentes al Convenio de 1948:

Artículo 6

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

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

La conducta típica, en base al art.6, consiste en la ejecución de uno o de varios de los actos criminales enumerados en los apartados a) al e) del art.2.

D) En España.

En nuestro ordenamiento jurídico es preciso acudir al art.607 del Código Penal.

1. Matar a alguno de los miembros del grupo. Término más preciso que el recogido en el Estatuto de Roma, en la medida que determina, sin posibilidad de interpretación, que el acto de causar la muerte a un individuo permite su persecución como delito de genocidio siempre que la intención de su autor sea la destrucción, total o parcial, del grupo al que pertenece la víctima. Dicho de otro modo, a pesar de que el genocidio es un ataque dirigido a un grupo, en los términos y condiciones ya indicados, se dispone que la matanza a un solo individuo no será perseguido por un mero delito contra la vida siempre que aparezca el sentido teleológico o intención del autor, definido en el Art. 6. En términos penológicos, esta distinción cobra su importancia en

⁴ Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea general en su Resolución 260 A(III), de 9 de diciembre de 1948.

⁵ Hecho en Roma el 17 de julio de 1998; entró en vigencia el primero de julio de 2002; United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544;

la medida de que siempre será castigado, por la mera presencia del animus del autor descrito, y con independencia del modo en que causare la muerte, en los mismos términos que el asesinato del art. 139 (15 a 20 años).

2. **Agresión sexual o producción de lesiones.** Contempla el Código penal como modalidad de genocidio, a diferencia del estatuto de Roma que no lo recoge, la agresión sexual. Su inclusión se debe, como recuerda la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en atención a la *especial protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados*, y ello debido a la común presencia de este tipo delictivo en los ataques de destrucción social producido, pues en otro caso, y con independencia de su gravedad indiscutible, nada tiene que ver un delito de agresión sexual con la figura delictiva que nos ocupa, en la medida que con aquel no se puede conseguir la destrucción total o parcial del grupo al que pertenece la víctima, elemento teleológico éste que caracteriza al tipo.

3. **Sometimiento 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 lesiones.**

4. **Desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, o adaptación de cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.**

El elemento diferenciador con respecto a la descripción del tipo en el Estatuto de Roma lo constituye la edad del individuo cuando se trata de castigar el traslado por la fuerza. En este sentido, el Código penal español no limita la actuación punible al desplazamiento solo de niños.

Por último, también castiga el Código Penal la apología del genocidio, entendiendo por tal -Ex art. 607.2, y según la redacción definitiva dada por el Tribunal Constitucional⁶, que suprime el término “nieguen”-, como la difusión “*por cualquier medio de ideas o doctrinas que 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*”

E) Jurisprudencia nacional⁷

Acudiendo a nuestra jurisprudencia⁸, el delito de genocidio viene integrado por los siguientes elementos.

1. La **conducta objetiva** viene constituida por uno de los actos enumerados, esto es, la conducta viene descrita por la comisión de lo descrito en el artículo.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 235/2007, de 7 de noviembre de 2007(B.O.E. nº 295 Suplemento, de 10 de diciembre de 2007)

⁷ Entre otras Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 457/2016, 217/2016, 551/2015, 297/2015, 106/2015, 204/2015

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 798/2007

2.- El **elemento subjetivo**, viene referido a la necesidad de dolo en la realización de la conducta, conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo, saber que se hacen y querer realizarlos.

3.- Además, hace falta un elemento de **intención especial**, consistente en el propósito de destruir total o parcialmente uno de los grupos protegidos.

Resultan irrelevantes las motivaciones concretas del autor en la ejecución de la conducta, pues lo decisivo es la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo. Lo que importa es que el grupo se identifique y que se diferencie de otro, por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo.

4.-El tipo exige que el elemento identificador del grupo sea la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión. No existe una definición concreta, se podría hablar de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos socio-culturales, que varían conforme evolucionan las distintas sociedades, y que exigirían una concreción.

Tanto en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la O.N.U., del 11 de noviembre de 1946, como en los trabajos preliminares de la Convención, aparecía incluido, aunque no de manera expresa, el concepto de genocidio político, que fue finalmente retirado de la redacción definitiva.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es preciso determinar en torno al genocidio dos cuestiones que pueden surgir, si es posible incluir otros grupos además de los enumerados positivamente; así como qué se debe entender por grupo, por el concepto genérico de grupo

1. El concepto de sujeto pasivo

Ahora bien, la discusión actual está centrada en determinar si los actos considerados constitutivos de genocidio puede incluir o no, como sujetos pasivos del mismo, a los grupos políticos, toda vez que los mismos no están expresamente señalados en la redacción de la Convención. Así, promover la discusión sobre si esta enumeración dentro del concepto de grupo, posee, carácter taxativo o meramente enunciativo, o, la conformación de la víctima de este tipo de delitos está vinculado a la construcción que hace del sujeto pasivo el sujeto activo, es decir, el victimario, lo cual haría intrascendente la enumeración prevista en el art. II de la Convención.

Lozada sostiene que en *“relación al sujeto pasivo de este crimen, es decir, al portador o titular del bien jurídico protegido por la ley, cabe decir que dicha calidad recae en la persona humana como miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religiosos. La pertenencia al grupo es, por lo tanto, el elemento característico que lo vuelve objeto de protección. El atentado genocida se practica sobre personas físicas individuales y, mientras que la suma de éstos da forma a los grupos protegidos, la acción típica no puede sino estar dirigida contra dichos individuos”*⁹.

⁹ LOZADA MARTÍN,V.; “El crimen de genocidio. Un análisis en ocasión de su 50º aniversario”, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, Año 5 nº9-A— 1999, Ad-Hoc srl, Buenos Aires, Argentina

Lozada es aún más claro al respecto, y explica con mayor claridad la construcción de la víctima de este delito, cuando contrasta que la *“enumeración restrictiva de los grupos protegidos no puede hacernos perder de vista, sin embargo, que la elección del grupo-objeto de destrucción constituye un dato esencial para la configuración del genocidio y que, en muchas ocasiones, la situación de un grupo determinado en el seno de un Estado puede definir mejor el peligro genocida que la naturaleza misma de ese grupo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de minorías nacionales, étnicas o culturales que el Estado generalmente engloba, en circunstancias en que el mismo considera que no son susceptibles –por el motivo que fuere- de asimilación. A esto debe sumársele, además, el hecho de que el grupo-víctima no siempre constituye una realidad social, sino que muchas veces es producto de una representación del asesino, quien lo observa y lo construye ideológicamente como una amenaza a su propia supervivencia”*.

- Por grupo puede entenderse un número relevante de personas relacionadas entre sí, por características comunes que las diferencian de los demás miembros de la población.
- Por grupo nacional, se entiende un grupo de personas con un origen nacional común. El integrado por aquellos individuos que comparten un vínculo legal basado en la ciudadanía común que les otorga derechos y obligaciones recíprocos.
- Por grupo étnico se entiende aquél en el que sus miembros comparten un lenguaje o una cultura.
- Por grupo racial aquél que comparte rasgos físicos hereditarios, generalmente vinculados a una región geográfica.

Grupo religioso sería aquel que comparten una misma religión o culto.

2. El concepto de grupo

También es necesario aclarar que “el grupo” objeto de protección no implica que deban ser minorías. El grupo humano objeto de protección también puede ser un grupo mayoritario en una determinada sociedad (piénsese, por ejemplo, en el conflicto de hutus y tutsis que afecta a Ruanda, Burundi). Lo decisivo desde el punto de vista de la tipificación del genocidio es que el grupo, como objeto de ataque, tenga una unidad (aunque sus miembros no vivan concentrados en un único lugar) en virtud de vínculos nacionales, raciales, étnicos, religiosos, políticos o culturales.

“Así, los motivos racistas o discriminatorios no son un requisito típico con lo que cobra especial relevancia en este delito la distinción entre intención y motivos de la intención. El propósito genocida puede verse motivado, al menos de forma determinante, por otros móviles como, por ejemplo, el miedo cuando el gobierno de la nación es el organizador del genocidio o por móviles económicos o de promoción profesional. Si faltan dichos móviles racistas o discriminatorios ello no afecta a la tipicidad de los delitos de genocidio”.¹⁰

Según Alicia Gil Gil, de acuerdo al art. 2 de la Convención, la intención no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo, sino que constituye también genocidio los actos cometidos con la intención de destruirlos parcialmente. Entiende que la

¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, B. J.; “El genocidio en el Derecho Penal español (art.607, C.P.), publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Año 5 nº8-C— 1999.

interpretación de la expresión “*con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo...*” como la exigencia de un amplio número de víctimas, es errónea, en la medida que confunde los aspectos objetivos y subjetivos del tipo. Ello en razón de que “*una interpretación literal indica claramente que la expresión total o parcial va referida al objeto cubierto por el elemento subjetivo del tipo, es decir (...). Además, la posibilidad de que la intención criminal se extienda a la destrucción de todo el grupo o sólo a una parte del mismo debe ser interpretada en el sentido de que basta que se limite a la destrucción de un sub grupo dentro de una raza, etnia, nacionalidad o religión de que se trate y su delimitación a un determinado ámbito: un país, una región o una comunidad concreta.*”¹¹.

Se puede plantear el tema de si es posible la división o compartimentos, dentro del grupo, es cierto que el tipo contempla el propósito de destrucción total o parcial. Esta previsión podría entenderse de dos formas diferentes:

a.- En primer lugar sería parcial, porque sin hacer distinciones algunas entre sus miembros, las acciones no se dirigen directamente a la destrucción total del grupo, conformándose los autores con la destrucción parcial

b.- En segundo lugar, sería parcial porque los autores, toman tan sólo una parte del grupo, que se diferencia del resto por otros elementos distintos de la nacionalidad. Entre los elementos definidores del tipo de genocidio están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el autogenocidio, es decir, la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir subgrupos diferenciados por su ideología.

Alicia Gil Gil, rechaza esta postura ya que sostiene que el término “autogenocidio” no puede ser aceptado sino en un sentido no técnico: “*La matanza masiva de personas pertenecientes a una misma nacionalidad podrá constituir crímenes contra la humanidad, pero no genocidio cuando la intención no sea acabar con ese grupo nacional. Y la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino, por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello, el grupo identificado como víctima no lo es tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal. Un grupo consiste en un cierto número de personas relacionadas entre sí por características comunes que les diferencian de la población restante, teniendo conciencia de ello. Por lo tanto, el grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su presunta oposición al Régimen. Los actos ya no van dirigidos al exterminio de un grupo nacional sino al exterminio de personas consideradas disidentes. En suma, no se da la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal, como grupo nacional. Si bastara para calificar las muertes masivas de personas con que las víctimas pertenecieran a una misma nacionalidad, cualquier masacre cometida con la participación o tolerancia del estado*

¹¹ GIL GIL, A.; “Los crímenes contra la humanidad en la Corte Penal internacional”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas* –I. 2003-1

se convertiría en un genocidio, lo que ni tiene sentido ni se ajusta a la voluntad de la Convención”¹²

III. ELEMENTOS

Sería necesario, a continuación, el análisis de los diferentes elementos del delito de genocidio, los cuales, por superar los mismos el objeto del presente trabajo, ha de centrarse en los principales elementos, el bien jurídico del delito así como el sujeto activo y pasivo del delito, concluyendo, finalmente, en el tema de las órdenes de los superiores.

1. El bien jurídico protegido.

En cuanto a la determinación del **bien jurídico protegido** por el tipo del delito de genocidio, existen distintas posturas:

1. Por un lado, los que sostienen que nos encontramos frente a un bien jurídico colectivo –la existencia de determinados grupos humanos-, siendo sus miembros únicamente el objeto físico del ataque;
2. y, por el otro lado, los que consideran que se trata de un bien jurídico individual– donde la protección está referida a la existencia de un grupo humano, pero no en el sentido formal grupal sino en relación a las personas individuales integrantes de ese grupo;
3. y, finalmente, los que sostienen que se trata de un delito pluriofensivo –el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad internacional en la subsistencia de los grupos humanos, aun cuando también se protegen los intereses individuales como la vida, salud, integridad, libertad, etc.-.

Alicia Gil Gil señala que lo protegido por el tipo de genocidio es la existencia de determinados grupos humanos ya que se trataría de un bien jurídico supra individual cuyo titular no sería nunca la persona física sino el grupo como colectividad *“si los bienes jurídicos son aquellas realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social completo construido con esa finalidad o para el funcionamiento del sistema mismo, podemos afirmar que son **bienes jurídicos del orden internacional** la propia existencia de los Estados, la existencia de determinados tipo de grupos humanos, la paz internacional ... pero también lo son los **bienes jurídicos individuales** fundamentales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., pues se trata de bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún orden social”¹³*

También La Rosa considera que el bien jurídico tutelado por esta figura es la humanidad, y agrega que esto es así, toda vez que *“para la configuración de tal ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad del hombre, puesto que la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos injustos son efectuados, lo que contraría en forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad: destacándose también la presencia del ensañamiento con una*

¹² GIL GIL A. Op.cit.

¹³ GIL GIL, A; Op.cit.

especial clase de personas, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente”¹⁴

Lo protegido en el crimen de genocidio es la existencia del grupo, se busca proteger un **bien jurídico supraindividual** o colectivo, defender y garantizar la existencia o la supervivencia de todos y cada uno de los grupos raciales, nacionales, religiosos étnicos, a los grupos “como tal”, entendidos éstos como una unidad social e histórica. Pero definir a la humanidad, en su conjunto, como bien jurídico protegido -y a los grupos amparados por ella,- es una tarea muy compleja cuyos contornos son difíciles de concretar a priori, teniendo que acudir a disciplinas extra penales como la antropología o a las concepciones sociales, para identificar a un grupo de personas como un grupo racial, nacional, religioso, étnico, político o cultural (aunque es evidente que existen supuestos claros de identificación). El interés abstracto (como valor) protegido por el Derecho Penal está bastante claro, pero en relación al genocidio, el problema reside en la individualización o concreción de ese valor genérico por las dificultades que encierra la definición del grupo.

2. El sujeto activo y pasivo del delito, la responsabilidad del Estado.

En principio, el sujeto activo de delito es de carácter individual, en el sentido de que quien realiza el tipo es un sujeto individual, y que no implica la responsabilidad del Estado. Respecto a la responsabilidad del Estado, ha sido objeto de discusión doctrinal, tanto a favor como en contra de la misma. Con carácter general, se entiende que en caso de intervención del Estado o de organizaciones de carácter delictivo, serán los representantes de los mismo o en los que actúen en su nombre, sobre los que recaiga la responsabilidad individual.

Así el art. 25 de estatuto de la Corte Penal Internacional, respecto a la responsabilidad, con carácter general, establece:

Responsabilidad penal individual

*1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las **personas naturales**.*

1. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

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

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

¹⁴ LA ROSA, M.; “La recepción de la figura de genocidio por la ley de represión de actos discriminatorios”, publicado en *El Derecho. Jurisprudencia general*. Tomo 205. Buenos Aires. 2004, pág. 786.

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

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

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

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

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Mientras que por su parte el art.27, regula la improcedencia del cargo oficial, y el art.28 alude a la responsabilidad de los jefes:

Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

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

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. *En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*

- a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*
- b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y*
- c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

Respecto al **sujeto pasivo**, sería el titular del bien jurídico protegido: grupo nacional, grupo étnico, grupo racial o grupo religioso. Se distinguen dos grupos de genocidio, el físico y el biológico.

3. Las órdenes de los superiores

La antijuridicidad, entendida como contrariedad a la norma, o bien ausencia de causa de justificación, hay que relacionarlo con el art. 33, y el art. 32 que regularía las causas eximentes de responsabilidad criminal

Artículo 33

Órdenes superiores y disposiciones legales

- 1. *Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:*
 - a. Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
 - b. No supiera que la orden era ilícita; y*
 - c. La orden no fuera manifiestamente ilícita.*
- 2. *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.*

Respecto de las órdenes de los superiores; la cuestión de si se deben invocar las órdenes superiores como una forma de eximente en virtud del derecho internacional, ha sido motivo de controversias desde antiguo, desde el juicio de Peter von Hagenbach en el siglo XV: en 1474 el duque de Borgoña, Carlos III – llamado Carlos “El Temerario”-, nombró a Peter Von Hagenbach gobernador de la ciudad de Breisach, las instrucciones que le dieron a este gobernador era someter a la ciudad para que formara parte del territorio que dominaba el duque. Bajo estas órdenes Hagenbach cometió una serie de crímenes como asesinatos, violaciones, establecimiento de impuestos ilegales, etc. todo ello con la finalidad de lograr su objetivo: el sometimiento de Breisach.

Los habitantes de los territorios vecinos, al tomar conocimiento de estos actos, formaron una gran coalición integrada por lo que hoy es Austria, Francia y Alemania a fin de

juzgar los crímenes cometidos por Hagenbach, fue así que se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición. Los cargos que se le imputaban al gobernador de Breisach eran “pisotear las leyes de Dios y del Hombre”, mientras que éste adujo, como defensa, la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía a otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos. Esa defensa fue desestimada por el tribunal que lo juzgó y condenó a muerte por los crímenes contra la población de la ciudad de Breisach. Refleja el conflicto entre las exigencias de la disciplina militar de que se obedezcan las órdenes y las exigencias de la justicia de que los crímenes no queden impunes. Oppenheim¹⁵, en la primera edición de su obra ya clásica sobre derecho internacional publicada en 1906, afirmaba: En caso de que miembros de las fuerzas cometan violaciones ordenadas por sus jefes, no se castigará a dichos miembros, pues sólo los jefes son responsables, y en consecuencia, cuando a éstos los capture el enemigo, pueden ser castigados como criminales de guerra. La cuestión, posteriormente, surgió en los Juicios de Leipzig, tras la Primera Guerra Mundial. En el caso del Castillo de Llandovery, el Tribunal Supremo de Leipzig, considerando una disposición similar del Código Penal Militar alemán, estableció que:

“Sin embargo, el subordinado que obedezca una orden está sujeto a castigo si tenía conocimiento de que la orden del superior implicaba la violación del derecho civil o militar [...] Cabe ciertamente argüir en favor de los subordinados militares que no están en la obligación de cuestionar la orden de su oficial superior, y que pueden dar por sentada la legalidad de ésta. Pero no puede sostenerse tal certeza si todo el mundo, incluido el acusado, sabe que la orden en cuestión es ilegal y no cabe la menor duda de ello.

Pese a que este dictamen se apartaba de la firme posición asumida por Oppenheim en 1906, el propio tratado de Oppenheim no fue enmendado hasta 1940, época en que ya estaba en curso la Segunda Guerra Mundial. Ya en 1941, se estaba considerando, tras la terminación de las hostilidades, la realización de enjuiciamientos a los responsables de la Segunda Guerra Mundial. Cuando éstos se hicieron efectivos, en Nuremberg, en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional¹⁶:

“The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

Se había dado un giro completo desde los escritos de Oppenheim en 1906. Sin embargo, si se examina la historia de las gestiones conducentes al Estatuto, la impresión que se obtiene es un poco diferente. En 1941, se había conformado una comisión para redactar las normas de procedimiento para los futuros enjuiciamientos de criminales de guerra y se había creado un subcomité para examinar la cuestión de las órdenes superiores.

¹⁵ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. 2, 1906, p. 264.

¹⁶ Ley 10 del Consejo de Control Aliado

Similar punto de vista adoptó el Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas para la Investigación de los Crímenes de Guerra, establecido en 1943. Sin embargo, esta posición no contó con el apoyo unánime, y para 1945, la Comisión tuvo que aceptar que “no considera que sea posible y provechoso proponer ningún principio o norma”. Con todo, añadió que “por sí mismo, el mero hecho de haber actuado obedeciendo órdenes de un superior no exime de responsabilidad a la persona que ha cometido un crimen de guerra”.

El proyecto de Estados Unidos que fue incluido en el documento de trabajo para la Conferencia de Londres decía:

“En cualquier juicio, ante un Tribunal Militar Internacional, el hecho de que el acusado haya actuado siguiendo la orden de un superior o la aprobación de su gobierno no constituirá, en sí mismo, una eximente, pero puede tenerse en cuenta, ya sea como eximente ya como atenuante del castigo, si el tribunal decide que así lo exige la justicia.”

No obstante, hay que notar que esta propuesta fue formulada para un tribunal que estaba siendo conformado específicamente para enjuiciar a los principales criminales de guerra alemanes. Este argumento fue esgrimido en los debates sobre las órdenes superiores en la Conferencia de Londres.

El debate terminó con el acuerdo de que invocar las órdenes superiores no debían constituir una “eximente absoluta”, pero que debía dejarse a la Corte la facultad de considerarlas como un atenuante. Se aprobó el artículo 8 tras haber eliminado toda referencia a las órdenes superiores como eximente, absoluta o de cualquier otro tipo. Posteriormente, en la Ley no 10 del Consejo de Control Aliado se insertó una disposición similar, estipulada respecto de los juicios de los criminales de guerra alemanes de menor importancia.

En Núremberg mismo, los crímenes que se alegaban eran de tal magnitud que poco o nada importó la índole absoluta del rechazo a aceptar como eximente las órdenes superiores. Los tribunales posteriores tuvieron, en cambio, mayor dificultad. Procuraron resolver la cuestión tratándola como un asunto de intención. Por ejemplo, en el *Hostage Case* el tribunal dictaminó lo siguiente¹⁷:

“En nuestra opinión si la ilicitud de la orden no era conocida por el inferior, y no se podía razonablemente esperar de él que la conociera, no existe el dolo - intención de obrar ilícitamente -, necesario para que se dé la comisión del delito, por lo que el inferior estará protegido.

Pero la regla general es que los miembros de las fuerzas armadas tienen la obligación de obedecer únicamente las órdenes lícitas de sus superiores y no pueden eludir su responsabilidad penal por obedecer una orden que viola el derecho internacional y ultraja las nociones fundamentales de justicia.”

¹⁷ *Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 1236.

En el caso Einsatzgruppen (*Estados Unidos v. Otto Ohlendorf*), se consideró que las órdenes superiores eran una forma de coacción. En el Caso del Alto Mando (*High Command Case*, *Estados Unidos v. Wilhelm von Leeb*), que trataba sobre las órdenes impartidas por mandos más altos, el Tribunal decidió lo siguiente:

“En virtud del derecho internacional humanitario, no podrá acusarse de participación criminal a los jefes militares en el terreno con responsabilidades militares de largo alcance por haber impartido órdenes cuya criminalidad no sea evidente o cuyo carácter criminal en virtud del derecho internacional no se haya demostrado que era conocido por ellos.”

Desde 1945, como se reflejan en las sentencias de diversos Tribunales, la comunidad internacional ha luchado por encontrar una manera de reconciliar la estricta norma de Núremberg con las realidades de la vida militar. Se han examinado diferentes soluciones. La Comisión de Derecho Internacional, procurando compendiar los principios de derecho internacional que se derivan del Tribunal de Núremberg, propuso la prueba de determinar si “era posible de hecho una elección moral”. Pero esto resultó inaceptable. El Comité Internacional de la Cruz Roja sometió un proyecto de texto a la Conferencia Diplomática de 1949 que elaboró los Convenios de Ginebra de 1949, pero fue rechazado con el comentario siguiente:

“La Conferencia Diplomática no está aquí para desarrollar el derecho penal internacional. Organismos mucho más competentes que nosotros han estado tratando de hacerlo durante años”.

Igual suerte corrió una disposición sometida a la Conferencia Diplomática que elaboró los Protocolos de 1977 a los Convenios de 1949. El texto del proyecto final contenía un artículo, el 77, que rezaba así:

“El mero hecho de haber actuado obedeciendo una orden de una autoridad o de un superior no exime a la persona acusada de su responsabilidad penal, si se determina que en las circunstancias del momento sabía o debería haber sabido que estaba cometiendo una infracción grave de los Convenios o de este Protocolo. No obstante, puede ser tenido en cuenta como atenuante de la pena.”

Aunque el texto fue aceptado por una mayoría, no alcanzó las dos terceras partes requeridas para su inclusión en el Protocolo, por lo que fue rechazado.

La opinión académica se dividió en dos grupos:

El primero rechazó cualquier propuesta de considerar que puedan invocarse las órdenes superiores como eximente y

El segundo aceptó este eximente si las órdenes no habían sido manifiestamente ilícitas.

De esta manera, la resolución de este difícil dilema quedó en manos de la Conferencia Diplomática sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Habían transcurrido más de cincuenta años desde que la Conferencia de Londres elaboró el Estatuto de Núremberg. La Conferencia de Roma no podía eludir la cuestión, como se

hizo en 1949 ni, como resultado de la estructura del Estatuto de Roma, tratar que cualquier disposición quedase restringida a las violaciones graves. Por otra parte, no se estaba examinando el pasado, sobre crímenes ya cometidos, sino el futuro, sobre los conflictos aún no previstos. Muchos en la Conferencia deseaban mantener la norma de Núremberg.

Citaban los Estatutos de los dos Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y sostenían que, por el tipo de criminales que juzgaría la CPI, no sería pertinente cualquier cuestión relacionada con las órdenes superiores. Otros se mostraron más cautelosos. Según la estructura de la Conferencia, se debían determinar, al mismo tiempo, los principios generales y los crímenes bajo su competencia. No estaba claro si la jurisdicción de la Corte se limitaría a los crímenes “cometidos como parte de un plan o política o como parte de una comisión a gran escala de dichos crímenes” o si los crímenes individuales caerían dentro de la jurisdicción de la Corte. En algunos aspectos, la tensión era similar a la existente entre la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg mismo y la de los Tribunales establecidos en virtud de la Ley No 10 del Consejo de Control Aliado.

La decisión que se tomó de aprobar el artículo 33 constituyó, en opinión de muchos, una solución sensata y práctica que podía aplicarse en todos los casos. En particular, se limitó a los crímenes de guerra, pues se reconoció que la conducta que equivaliese a genocidio o a crímenes contra la humanidad sería en consecuencia tan manifiestamente ilícita que, coherentemente con la norma de Núremberg, se debía negar completamente la invocación de eximente. Esto no sería óbice, por supuesto, para que se esgrimiesen las órdenes superiores como parte de otro eximente, por ejemplo la coacción.

A partir de la conclusión de la Conferencia de Roma, es posible examinar el artículo 33 en relación con la lista de crímenes y con otras disposiciones del Estatuto relativas al elemento de intencionalidad (artículo 30) y a los errores de hecho y de derecho (artículo 32). El umbral de exigencia de la norma del artículo 33 es alto. Los tres requisitos del artículo 33, párrafo 1, son acumulativos no disyuntivos. Para comenzar, el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes - no es suficiente el deber moral -. Las órdenes superiores no son más que eso, órdenes. En consecuencia, el funcionario del gobierno que siga instrucciones que equivalgan a crímenes de guerra no está protegido, a menos que esté sujeto a alguna obligación legal. Según se infiere, no es suficiente el hecho de que pueda perder su trabajo si se niega a seguir las instrucciones.

Incluso si se supera el primer obstáculo, sólo se admite invocar las órdenes superiores como eximente si el acusado ignoraba que la orden era ilícita y si la orden no era manifiestamente ilícita. A este respecto, no hay certeza sobre quién recae la carga de la prueba. En el artículo 67, párrafo 1 (i), se estipula que el acusado o acusada tendrá derecho a “que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”. Aunque, según esto, al parecer únicamente una carga probatoria puede recaer en el acusado, el artículo 67 incluye los términos: “habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto”; por consiguiente, podría argüirse que

en este caso se coloca en el acusado una carga mucho más pesada que la meramente probatoria.

Un examen de la lista de crímenes comprendidos en el artículo 8 revela que este eximente, si se da, será de un alcance sumamente limitado. La mayoría de estos crímenes son tan manifiestamente ilícitos que la cuestión nunca surgiría. No obstante, puede no necesariamente ser el caso para todos los crímenes ni para todos los rangos. Basta un ejemplo: el artículo 8, párrafo 2(b)(xix), estipula que es una violación grave emplear “balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no cubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.” Pocos soldados rasos son expertos en los efectos lesivos de los diferentes tipos de munición y pocos podrían probablemente identificar las balas a las que se aplicaría esta prohibición. Actualmente no es claro si para este delito se requiere el elemento de intencionalidad. El artículo 30 estipula que “salvo disposición en contrario”, se requieren tanto la intención como el conocimiento de los elementos materiales del crimen. En el artículo se entiende que actúa intencionalmente quien:

“En relación con una conducta, se propone materializarla; en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”

Por su parte, se entiende por conocimiento “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.” Si esta disposición requiere un conocimiento particular de la propensión de la bala en cuestión, entonces la norma establecida es de una exigencia particularmente alta y es posible proponer una enmienda a los “Elementos del Crimen” redactados de conformidad con el artículo 9 del Estatuto. Queda por verse a qué podría esto dar lugar, pero parecería que lo esencial de este delito, según se desprende, por supuesto, de la Declaración de La Haya de 1899 relativa al empleo de proyectiles explosivos, reside en la distribución de estas balas y no en las actividades del soldado que actúa de buena fe con la munición que se le ha entregado. Podría reducirse a una cuestión de intencionalidad, pero imponer una prueba estricta de responsabilidad sería, al parecer, un poco severo.

Finalmente, las disposiciones del artículo 30 sobre intencionalidad combinadas con los “Elementos del Crimen” pueden resolver estas cuestiones y volver redundantes las disposiciones del artículo 33. Sin embargo, esto no está aún claro y, según se ha afirmado, el texto estipulado en este artículo proporciona un equilibrio satisfactorio entre los intereses de la justicia y las obligaciones del soldado. En sí mismo, no evita la impunidad pero, en los raros casos en que pueda invocarse, hace justicia al soldado que se encuentre en situación de asumir la responsabilidad por decisiones tomadas de buena fe sobre la base de las órdenes impartidas por otros que tenían información negada al acusado mismo- que hacía ilícita la orden.

Respecto a la autoría y la participación.

El grupo es el bien jurídico protegido y la Convención además especifica claramente ante qué tipo de grupo debemos estar para dar cabida al tipo penal de genocidio. Se

intuye de que no estamos un bien jurídico individual, sino ante un bien jurídico protegido, de esta forma, al ser el grupo lo que se pretende proteger, serán irrelevantes los motivos que lleven a una persona o a varias a querer terminar con él.

No se trata de destruir a una o varias personas que incidentalmente pertenezcan a él. Tampoco se trata de la aniquilación completa de éste. Es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio.

IV. CONCLUSIONES.

El delito de genocidio ha tenido una existencia muy antigua. Como siempre ocurre, es el desarrollo histórico el que le ha dado al mismo sus contornos y características. Concretamente y, por lo que a este delito se refiere, fueron los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial, los que lo conformaron, aun cuando se desconocía este delito, estando unido al concepto de exterminio. Lo ocurrido en la Guerra, respecto a los hechos cometidos por los principales responsables, dieron lugar a la posterior Convención sobre el Genocidio, de 1948. Habría que esperar unos cuantos años para que, de modo individualizado, se enjuiciara lo ocurrido en diversos países, Yugoslavia y Ruanda, dando lugar a la creación de unos tribunales ad hoc, o a la creación de un Tribunal específico, el Tribunal Penal Internacional, por el Estatuto de Roma de 1998.

Diversas cuestiones plantea el genocidio y que aún es objeto de análisis, por parte de la doctrina:

-Especialmente lo relativo a qué se debe entender por grupo y, relacionado con esta cuestión, si la enumeración de los grupos queda circunscrita a los enumerados o, incluiría a algunos más, dejando en manos de los órganos judiciales determinar, en cada caso el concepto de genocidio en relación a la destrucción total o parcial de determinados grupos, lo que introduce el tema que puedan considerarse como grupos a los que en otras ocasiones no sean considerados como tales.

-Asimismo, merece la atención detenerse en el tema de la destrucción, la totalidad o la parcialidad de la destrucción del grupo, que introduce la cuestión de cuántos integrantes del grupo deben destruirse para considerar que un hecho sea considerado genocidio.