DE AUSCHWITZ Y NÚREMBERG A SREBRENICE Y DARFUR: La sexagenaria convención contra el genocidio

Natan Lerner

Resumen: *El artículo analiza el efecto de la Convención contra el Genocidio a la luz de la experiencia de sus sesenta años de vigencia. Ese efecto no fue intenso, más que nada debido a falta de medidas para la puesta en practica del tratado. Pero la Convención ha sido ampliamente ratificada –137 Estados lo hicieron hasta hoy– y ha contribuido a un progreso del Derecho Penal Internacional, traducido en la creación de tribunales especiales, para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, y en el establecimiento del Tribunal Penal Internacional de La Haya, competente para juzgar actos de genocidio a nivel global.*

Se alude a la relación entre la Convención de 1948 y otros textos antidiscriminatorios, y se analiza el contenido y los alcances del documento, que requiere actualización. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la Convención, en 1951 sobre la cuestión de las reservas, y en 2007 sobre las obligaciones que crea para los Estados, y no solo para individuos. El autor comenta someramente esta debatida sentencia, cuya importancia mayor reside en la clarificación de la obligación de todos los Estados de prevenir y reprimir el crimen.

Entre las principales propuestas está la de ampliar la Convención para incluir el genocidio cultural o por motivaciones políticas o socio-económicas. También se señala la relación entre genocidio y "depuración étnica". Se abordan los intentos de negar la existencia de genocidios, en especial el Holocausto, y la jurisprudencia pertinente, incluida la española.

Sumario: 1. A modo de justificación, 2. La Convención, 3. Genocidio cultural, 4. Alcances de la Convención, 5. Obligaciones de los Estados, 6. "Depuración étnica", 7. Jurisprudencia sobre la Convención, 8. Negación del Holocausto, 9. La reforma de la Convención, 10. Conclusiones.

Persona y Derecho, 58 (2008*) 45-70 ISSN 0211-4526

1. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

Hace casi medio siglo traduje al español uno de los primeros y más autorizados libros sobre la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio, de Nehemiah Robinson[1]. En mi prólogo escribí: "La lesión infligida a la humanidad por las atrocidades nazis durante la última guerra no será restañada por cierto ni por esta Convención ni por ningún otro instrumento jurídico que la sociedad internacional conciba con la esperanza de impedir la repetición de semejantes horrores"[2].

Sesenta años después de adoptada la Convención, ampliamente ratificada, creo que esa observación fue correcta. La comunidad de naciones no elaboró ningun otro documento específicamente relacionado con el genocidio pero hubo relativo progreso en el desarollo del derecho penal internacional, con la adopción del Tratado de Roma de 1998 y el establecimiento del Tribunal Penal Internacional en La Haya (ICC), además de los tribunales penales especiales para los casos de Yugoslavia y Ruanda. En el estatuto del Tribunal Penal de La Haya, el genocidio es el primero de los delitos en ser reprimidos. El Holocausto, el crimen masivo que estuvo en la mente de los redactores de la Convención contra el genocidio, es hoy más que nunca motivo de interés mundial y se han repetido las expresiones internacionales de condena del Holocausto contra los judíos y los intentos de negar su existencia y magnitud. Pero, de hecho, no se puede afirmar que la Convención, carente de un aparato de puesta en práctica, haya sido instrumento eficaz para evitar y reprimir los crímenes genocidas que ocurrieron en el ultimo medio siglo. Cambodia, Kosovo, Darfur, son términos que la opinión pública asocia con la noción de genocidio, al margen de precisiones legales.

1. *La Convención sobre Genocidio*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.
2. *Ibid.*, p. ix.

Con todo, la jurisprudencia internacional, y en especial el discutido fallo de la Corte Internacional de Justicia de febrero de 2007[3], ha establecido claramente que la gravedad del crimen de genocidio impone a todos y cada uno de los miembros de la comunidad de naciones el deber de actuar para prevenirlo y reprimirlo. Claro está que tampoco esto es garantía suficiente de que los casos de genocidio no se repitan, pero, en las seis décadas transcurridas desde la adopción de la Convención, el mundo se ha tornado más consciente de la necesidad de legislar y tomar medidas efectivas para enfrentar la más grave amenaza contra la seguridad de pueblos y naciones. Entre los instrumentos internacionales aprobados a tal efecto deben mencionarse en especial la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y la Declaración de las Naciones Unidas de 1981 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión y las Creencias[4].

Estos y otros textos antidiscriminatorios, a nivel global y regional, complementan las disposiciones de la Convención de 1948 y constituyen un complejo legislativo que, de existir en las naciones la voluntad de asegurar su cumplimiento, implicaría una sana base legal para enfrentar los males del racismo y del odio religioso y combatir su manifestación mas horrenda: el exterminio total o parcial de grupos humanos definidos por su religión, su origen étnico o su lenguaje o cultura.

Ya desde un primer momento se planteó la necesidad de ampliar o modificar el contenido de la Convención. En especial se vocearon dudas acerca de su alcance y, entre las modificaciones

3. Caso Bosnia vs. Serbia.

4. Sobre estos dos instrumentos, ver, respectivamente, mis libros *The UN Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination*, Alphen aan der Rijn, 1980, y *Religion, Secular Beliefs and Human Rights*, Leiden, 2006. En español, *Discriminación Racial y Religiosa en el Derecho Internacional*, México, 2002.

propuestas, se abogó por extenderla a otros grupos y no sólo a los tres propuestos, por reconsiderar la norma de que genocidio implica exclusivamente la matanza física, es decir el homicidio en masa, y agregarle el genocidio cultural, el etnocidio, y por flexibilizar la exigencia de que la intención de cometer genocidio, impuesta por el artículo II de la Convencion, este fundada en pruebas incontrovertibles, privando al juez de la posibilidad de considerar la acumulación masiva de presunciones lógica y juridicamente suficientes para dar por probada la intención criminal. En más de un caso se ha utilizado el término genocidio para aludir a matanzas masivas motivadas por consideraciones políticas, económicas o sociales. Ello parecería aconsejar una revisión de la definición de la Convención. Esto puede parecer difícil en la práctica y de ahí la importancia de la elaboración jurisprudencial. A todo esto se aludirá mas adelante.

Debo admitir que estoy emocionalmente involucrado en la aplicación justa de la prohibición y el castigo del genocidio. No soy una víctima personal del Holocausto. Mis padres abandonaron en 1931 la localidad en que he nacido, Kremenets –Polonia en aquel entonces, Ucrania hoy, y Rusia cuando mi madre nació en el mismo lugar– y nos trasladamos a la Argentina. No he sufrido por tanto directamente el horror del Holocausto, que abatió a una de mis abuelas y a varios de mis tíos y primos. De haber permanecido allí, habriamos corrido la suerte de los alrededor de 15.000 judíos que en 1941 vivían en Kremenets. De ellos sobrevivieron solo 14 personas, conforme a fuentes autorizadas[5]. El envolvimiento personal, considero, no me inhabilita, sino al contrario, para un análisis objetivo de la Convención adoptada hace 60 años y de su puesta en práctica durante estas seis décadas. El título de este trabajo –Auschwitz, símbolo del crimen; Núremberg, el primer intento de la sociedad internacional de afrontar el crimen;

5. *Encyclopaedia Judaica*, Jerusalem, 1971, vol. 10, p. 1256.

Srebrenice y Darfur, trágicas expresiones contemporáneas del mismo– tiende a resumir el proceso de esas seis décadas.

2. La Convención

Parece necesario describir someramente la historia y el contenido de la Convención. El derecho internacional de posguerra debió encarar las lecciones del conflicto más costoso de la historia en términos de vidas humanas. Una de esas lecciones fue que no se trató de una guerra sólo más catastrófica cuantitativamente que otras anteriores sino distinta, por su naturaleza y por la motivación e intenciones de los que la provocaron. Para apreciar ese carácter era necesario remontarse a sus causas y orígenes. Los responsables de la construcción de un orden internacional dirigido hacia la preservación de la paz y la prevención de crímenes horrendos como los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial tomaron conciencia de la necesidad de proscribir políticas racistas contra grupos determinados, nacionales, étnicos, religiosos o lingüísticos.

Fue pues natural que, a raíz de la experiencia de la guerra y de los juicios de Núremberg, uno de los primeros tratados en materia de derechos humanos elaborados por las Naciones Unidas fuera la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[6]. Aprobada por la Asamblea General, por 55 votos contra 0, el 9 de diciembre de 1948 –significativamente un día antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– la Convención entró en vigor en 1951, y ha sido ratificada por un gran número de Estados miembros[7]. Como lo expresara la Corte Internacional

6. Naciones Unidas, *Derechos humanos. Recopilacion de Instrumentos Internacionales,* vol. I (2ª parte), p. 695.

7. Hasta el presente, 137 Estados miembros. En algunos casos, la ratificación fue discutida durante décadas. Asi ocurrio con los Estados Unidos, donde la

de Justicia, "la Convención fue adoptada en forma manifiesta con un propósito puramente humano y civilizatorio". Sus orígenes muestran que fue intención de las Naciones Unidas "condenar y castigar el genocidio como un 'crimen bajo el derecho internacional', al implicar la denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros; una denegación que sacude la conciencia de la especie humana y se traduce en grandes pérdidas para la humanidad..."[8].

A los sesenta años de su entrada en vigor, parece claro que la mayor significación de la Convención radica en la afirmación, por la comunidad internacional, del deber universal, de todos y cada uno de los Estados, de proteger la existencia de los grupos humanos, declarando que el genocidio es un crimen internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra. La prohibición del genocidio es considerada hoy como un principio integrante del *jus cogens,* es decir, una norma imperativa, perentoria, no susceptible de derogación por parte de ningún Estado[9].

El problema es que la Convención no contiene normas de aplicación ni prevé la creación de un órgano a tal efecto. Por eso ha tenido escasa influencia en la prevención de situaciones claramente genocidas en distintas partes, en las décadas recientes. Fue sólo en febrero de 2007 cuando la Corte Internacional de Justicia, en una decisión tan importante como controvertida, estableció la responsabilidad de los Estados, y no sólo de individuos, de no cometer genocidio, de prevenirlo y reprimirlo. Más adelante volveré a refe-

ratificación tuvo lugar en octubre de 1988, casi 40 años después de que el presidente Truman remitiera su texto al Senado, y después de una serie de audiencias en las que se expresó fuerte oposición a la ratificación.

8. *Reservations to the Convention on Genocide*, ICJ Reports (1951), pp. 15-69, en la p. 23.

9. Véase la decision de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Co.*, ICJ Reports (1970), pp. 33-34.

rirme a esta sentencia, dictada en un caso promovido en 1993 por el gobierno de Bosnia y Herzegovina contra la entonces República Federal de Yugoslavia[10].

Está claro que la Convención debe ser actualizada y, en opinión de algunos, ampliada para proteger también a otros grupos que los actualmente cubiertos por el artículo II del texto. Graves casos de exterminio masivo contra poblaciones definidas por su extracción social u orientación política han tenido lugar y una aplicación estricta de la Convención no autoriza a hacerla extensiva a esas situaciones. Por otro lado, los redactores de la misma han querido, precisamente, limitar su alcance a los casos graves en que no existe duda alguna acerca de que lo que persiguen los infractores es el asesinato en masa, la extinción física, de una población definida. Cierto que otras medidas, en la órbita cultural, educacional, lingüística, de salubridad, pueden también conducir al debilitamiento y a veces al aniquilamiento de un grupo humano privado de sus derechos esenciales en los órdenes indicados. Pero la Convención de 1948 respondió, como se indicó, a las enseñanzas de la guerra mundial y, en especial, del Holocausto, y se limitó por eso al genocidio físico propiamente, es decir a la preservación de la existencia, de la vida, de un grupo definido por una o mas de las características a que alude el artículo II.

La literatura sobre genocidio desde 1944 –año en el que Raphael Lemkin, jurista judío polaco, acunó este vocablo, novedoso pero alusivo a un crimen de antigua data–[11], es profusa. Robinson, mencionado al comienzo, y otros juristas e historiadores han analizado la Convención a la luz de los trabajos preparatorios, así como los

10. *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). 2007 I.C.J. 140, febrero 26, 2007), en adelante *Bosnia v. Serbia.*

11. Ver LEMKIN, R., "Genocide: A New International Crime", *Revue Internatiionale de Droit Penal* (1946), p. 360, y "Genocide as a Crime in International Law", AJIL 41 (1947), p. 172.

problemas especiales envueltos en su aplicación[12]. Dos relatores especiales de las Naciones Unidas, Nicodeme Ruihashyankiko y Ben Whitaker, fueron nombrados por la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, y han preparado detallados estudios sobre la Convención[13]. Organizaciones no gubernamentales interesadas en la materia han presentado propuestas relacionadas con problemas antes aludidos[14]. Nos referiremos aquí tan sólo, brevemente, a las disposiciones principales y trataremos de identificar las cuestiones más debatidas en la actualidad, en vísperas del sesenta aniverario.

La Convención contiene un preámbulo y 19 artículos. El Preámbulo se refiere a la Resolución 96(I) de la Asamblea General, del 11 de diciembre de 1946; resolución que es más amplia en sus alcances que la propia Convención[15]. El artículo I establece que el

12. El Comentario de Robinson contiene los textos de los proyectos y de las resoluciones pertinentes, asi como las reservas a la Convención. Se debe mencionar asimismo, entre otros, a KUPER, Leo, *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century* (1981) y *The Prevention of Genocide* (1985); HOROWITZ, Irwing, *Taking Lives: Genocide and State Power* (1980); SCHABAS, William, *Genocide in International Law* (2000); FRASER, David, *Law after Auschwitz: Towards a Jurisprudence of the Holocaust* (2005); JONES, Adam, *Genocide, A Comprehensive Introduction,* 2006; CHARNY, Israel, *Encyclopedia of Genocide* (1999). La literatura sobre genocidio es enorme. Se han citado solo algunas obras de caracter jurídico.

13. E/CN.4/Sub.2/416 (4 de julio de 1978), y E/CN.4/Sub.2/1985/6 y Corr.1 (2 de julio y 9 de agosto de 1985), respectivamente.

14. Ver, por ejemplo, declaración del representante del Congreso Judío Mundial, Daniel Lack, E/CN/4/Sub.2/1984/SR.4.

15. Robinson, en base a los trabajos preparatorios, puntualiza que el texto final no incorporó la controvertida norma de la jurisdicción universal, aplicable según algunos a los crímenes más graves, como los crímenes de guerra y contra la humanidad. Algunos tratados más recientes, por ejemplo la Convención contra la Tortura, han adoptado el principio de la jurisdicción universal, y algunos paises, Bélgica por ejemplo en los casos contra el ministro de Relaciones Exteriores del Congo y el ex primer ministro de Israel, han intentado aplicar la norma. Ver el caso Congo vs. Bélgica, en el cual la decisión de la Corte Inrternacional de Justicia indujo a Bélgica a modificar su legislación al respecto. La Resolución 96 (I) también protegía a los "grupos políticos" y se refería al genocidio cultural.

genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito contra el derecho internacional que los Estados Partes se comprometen a prevenir y a sancionar.

El artículo II es de crucial importancia y debe ser interpretado en forma restrictiva. El artículo determina cuáles son los actos que constituyen genocidio y esos actos deben ser "perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal"[16]. Cinco actos constituyen genocidio: 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.

Los comentaristas coinciden en que la Convención refleja en el articulo II la influencia de los trágicos eventos de la Segunda Guerra Mundial y la política de exterminio aplicada por los nazis contra los judíos, gitanos y otros grupos. Lo que esencialmente tipifica el delito de genocidio es la *intención* de destruir al *grupo, como tal.* El término *intención* debe ser interpretado conforme a la ciencia penal. En cuanto al vocablo *grupo:* un grupo está compuesto por individuos y su destrucción es sólo posible mediante actos ejecutados contra los individuos que lo integran. Pero el objeto del crimen de genocidio es el grupo "como tal". No se trata de cualquier grupo, sino de cuatro grupos específicos, *nacionales, étnicos, raciales o religiosos.*

También estos cuatro adjetivos deben ser interpretados conforme a las reglas de las ciencias sociales y en forma estricta. Hubo propuestas de incluir además a los grupos *políticos*, pero se las desestimó en la Sexta Comisión de la Asamblea General, que consideró que tales grupos no son permanentes y su inclusión en el texto podría tener consecuencias adversas en el proceso de ratifi-

16. La cuestión relacionada con la intención y su prueba será examinada más adelante, al referirnos al fallo de la Corte Internacional de febrero 2007.

cación[17]. También los grupos económicos fueron dejados fuera de la Convención. Se trata de un problema difícil. El término genocidio ha sido utilizado para referirse a crímenes masivos cometidos en situaciones como las de Cambodia, la Unión Soviética bajo Stalin, las persecuciones brutales de algunos regímenes dictatoriales contra sus opositores, y ello puede justificar un reexamen de la limitación de los grupos protegidos.

Las palabras "como tal", que califican la intención de destruir a un grupo, fueron introducidas en el texto como resultado de una enmienda venezolana, dirigida a evitar la posibilidad de que los culpables puedan argüir que el crimen no fue cometido a causa de odio hacia el grupo propiamente sino por razones distintas, tales como necesidades bélicas, robo u obtención de ventajas materiales. Estos vocablos y su interpretación engendraron controversias durante los trabajos preparatorios y también después de la adopción de la Convención, en especial en relación con la argumentación de gobiernos acusados de genocidio que alegaron ausencia de intención y, por ello, inexistencia de genocidio[18].

La intención genocida puede estar limitada a solo una parte del grupo, siempre que la cantidad de víctimas sea sustancial, "La Convención –escribe Robinson– cubre los actos cometidos contra grandes números y no contra individuos, aun cuando estos compartan idénticas características grupales. Los tribunales deberán decidir, en cada caso, si el número es suficientemente grande"[19].

17. Kuper (*Genocide..., supra* nota 12, pp. 23 ss.) opina que la Convención debió acordar también protección a los grupos políticos. Whitaker (*supra* nota 13, pp. 16-18) comparte este punto de vista y recomienda que la Convención sea ampliada a fin de "incluir grupos sexuales tales como mujeres, hombres u homosexuales". Ruihashyankiko, en cambio, adopta la posición contraria (p. 23 de su estudio citado en la misma nota).

18. Ver KUPER, nota anterior, pp. 33-35; ROBINSON, *supra* nota 1, pp. 60-61.

19. Cit., *supra* nota 12, pp. 61-62. Kuper afirma que el genocidio es un crimen contra una colectividad, ejecutado mediante exterminio masivo y con intención explícita (*Genocide..., supra* nota 12, p. 86).

3. Genocidio cultural

La Convención, como se señalará, no define como genocidio los crímenes cometidos contra grupos políticos o sectores económicos. Tampoco incluye –y este es un tema muy controvertido– lo que se describe como "genocidio cultural", o "etnocidio", como algunos autores prefieren llamarlo. Se trata de actos que tienen como propósito poner fin a la existencia de una comunidad mediante la anulación de los elementos que determinan su identidad grupal, sin acudir al exterminio físico. Despojar a un pueblo, una minoría o una comunidad determinada por su religión o creencias de la posibilidad de mantener su identidad puede conducir ciertamente a su desaparición o a un debilitamiento tal que virtualmente se torne inexistente. Actos encaminados a tal fin pueden ser el cierre de escuelas, la prohibición del uso de un idioma, la imposición de limitaciones extremas a formas de culto, o la clausura de templos y lugares de reunión a los fines de un culto, todo ello sin recurrir a las persecuciones físicas contra los individuos que conforman el grupo.

En los primeros borradores de la Convención se aludía al genocidio cultural. En la Resolución 96(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas se lo menciona. Al respecto se desató una controversia, que aún continúa. Privó la opinión de los opositores a incluir una referencia al genocidio cultural. Quienes tomaron esa posición acentuaron la falta de precisión del término y las obvias diferencias que existen entre el exterminio físico masivo y el despojo de derechos culturales o de la posibilidad de ejercerlos. Quienes sostienen lo contrario se basan en la experiencia de décadas recientes en distintas zonas del mundo, donde se intentó interrumpir o poner fin a la cohesión de una población, determinada por sus características culturales, idiomáticas o religiosas. Proponen por eso modificar la Convención o agregarle un protocolo ampliando el alcance de la definición de genocidio más allá de la destrucción física de personas. "Existen

abundantes ejemplos contemporáneos –reza una declaración ya mencionada– de denegación de servicios culturales, de violación de derechos culturales, así como de daño y destrucción de la propiedad cultural, que podrían conducir al aniquilamiento de grupos nacionales, étnicos o religiosos"[20].

4. Alcances de la Convención

La Convención sanciona también, en su artículo III, otros actos relacionados con el genocidio, tales como la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer el crimen, la tentativa de genocidio y la complicidad en el delito. No fueron aceptadas propuestas de sancionar la propaganda pública dirigida a provocar genocidio e incluir medidas relativas a la disolución de organizaciones cuyo propósito es la comisión de genocidio. Se analizarán mas adelante problemas, agudizados en décadas recientes, vinculados a los intentos de negar la autenticidad o magnitud del genocidio cometido durante la Segunda Guerra Mundial, o de limitar la responsabilidad de quienes lo ejecutaron. Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales han debido ocuparse de estas cuestiones, que deberían ser también contempladas en caso de una posible revisión de la Convención.

El articulo IV se refiere al castigo de los culpables de genocidio u otro de los actos enumerados en el artículo III, "se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". No prosperaron propues-

20. *Supra* nota 14. También hubo propuestas de hacer referencia en la Convención al ecocidio, la destrucción del medio ambiente. La oposición a todas las propuestas de ampliación de la definición gira alrededor de la necesidad de aferrarse a los fines originales de la Convención, derivados de los exterminios en masa que hubo durante la Segunda Guerra Mundial. La cuestión merece sin duda reflexión y es imposible descartar la influencia de los intentos no lejanos de destruir grupos aglutinados por características que no son exclusivamente las previstas en la Convención.

tas de declarar expresamente inadmisible la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores, lo que debería ser considerado igualmente en caso de revisión. El tema de la responsabilidad de los Estados será mencionado al aludir a la reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el ya mencionado caso de Bosnia contra Serbia.

5. Obligaciones de los Estados

Los Estados contratantes se obligan, en el artículo V, a adoptar, con arreglo a sus respectivas Constituciones, legislación para asegurar la aplicación de la Convención, especialmente mediante "sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio" o de los otros actos asimilados al crimen[21]. Tales personas –artículo VI– serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido el acto, "o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". El artículo VI causó dificultades durante los trabajos preparatorios y su texto final es considerado inapropiado. La compleja y controvertida cuestión de la jurisdicción universal está involucrada. La creación de un tribunal penal internacional fue resuelta por el Tratado de Roma de 1998 –a medio siglo de la adopción de la Convención sobre Genocidio– y el genocidio es el primero de los crímenes sobre los cuales la nueva Corte, ICC, que ya funciona en La Haya, tiene jurisdicción.

El genocidio y los delitos asimilados no serán considerados delitos políticos a efectos de extradición (artículo VII). Las partes deben conceder la extradición conforme a su legislación y tratados vigentes. También esta disposición fue criticada, ya que la Con-

21. Hay Estados que han adoptado tal legislación. Entre ellos, Alemania e Israel deben ser mencionados.

vención no incorporó el principio, hoy prevalente, de *aut dedere aut punire:* conceder la extradición o castigar[22].

El artículo VIII, único que se refiere a la prevención del genocidio, autoriza a los Estados Partes a recurrir a las Naciones Unidas a fin de que éstas tomen, en base a su Carta, "las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión" de actos de genocidio. El artículo IX trata del papel de la Corte Internacional de Justicia. Las controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de los Estados, serán sometidas a la Corte a petición de las partes. Volveremos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados más adelante, en relación con el importante y complicado pronunciamiento de la Corte en el caso Bosnia vs. Serbia.

Las cláusulas finales son las usuales en los tratados internacionales. La Convención no contiene disposiciones sobre reservas. A petición de la Asamblea General, la Corte Internacional de Justicia emitió en 1951 una opinión consultiva sobre la materia[23]. Un Estado que formule reservas será considerado como parte de la Convención siempre y cuando la reserva "sea compatible con el objeto y el propósito de la Convención". En general, la opinión consultiva coincide con el sistema seguido en la materia por el Tratado de Viena de 1969 sobre tratados.

Hasta aquí el contenido de la Convención. Sesenta años después de su adopción es posible intentar una evaluación teniendo en cuenta las lecciones de las tragedias que ha vivido el mundo en esas décadas. Como surge de la descripción del texto, la Convención no ha creado un sistema de puesta en práctica y esta parece ser su mayor debilidad. Pero ha tenido mucha influencia sobre el proceso legislativo ulterior, sobre el enfoque de la sociedad inter-

22. Ver, por ejemplo, los artículos 7 y 8 de la Convención sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Para su texto, *Derechos Humanos,* vol. I, pp. 300 y ss.

23. Ver *supra* nota 8.

nacional con respecto a crímenes conexos, como la llamada "depuración etnica", a la que nos referiremos brevemente, y más que nada sobre el esfuerzo para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. El texto debería ser revisado, cosa nada fácil, aunque ha habido propuestas a tal efecto.

6. "Depuración étnica"

El término "depuración étnica" (*ethnic cleansing* en inglés) se refiere a los aberrantes crímenes cometidos en los primeros años de la década del noventa en la ex Yugoslavia, dirigidos a eliminar de ciertos territorios a poblaciones de un determinado carácter racial o religioso. Aunque el vocablo adquirió trágica popularidad por lo que ocurrió en lo que había sido Yugoslavia, también en otras partes del mundo tuvieron lugar crímenes semejantes. El Consejo de Seguridad consideró que se trataba de una amenaza contra la paz y la seguridad mundial y decidió establecer dos tribunales internacionales penales para reprimirlo, uno para la ex Yugoslavia y otro para Ruanda[24]. Ambos tribunales han estado funcionando y han dictado condenas a las que aludiremos más adelante.

Cuando la "depuración étnica" está acompañada, como ocurrió de hecho, por matanzas en masa es asimilable al crimen de genocidio. Aunque la terminología acentúa el elemento étnico, con frecuencia ha sido cometido por motivaciones de orden religioso, o por la combinación de ambos[25]. El vocablo "étnico" debe ser interpretado en forma amplia, y está claro que se refiere a la comi-

24. Resoluciones 808 (febrero 22, 1993) y 995 (noviembre 8, 1994), respectivamente.

25. La Resolución 47/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1992, se refiere a "motivos de raza, color, religión u origen étnico" como fundamento de "depuración étnica" y subraya la importancia del respeto de los derechos de las personas que pertenecen a minorias nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas.

sión del delito por consideraciones religiosas o raciales o étnicas. Los dos tribunales mencionados fueron los primeros tribunales internacionales penales constituidos desde los juicios de Núremberg y Tokio, y constituyen una etapa importante en la evolución del derecho penal internacional, varios años antes de la adopción del Tratado de Roma de 1998 y el establecimiento en La Haya del Tribunal Penal Internacional (ICC), con competencia para juzgar el crimen de genocidio, entre otros.

7. Jurisprudencia sobre la Convención

Se ha mencionado ya la importante opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1971 con respecto a la cuestión de reservas a la Convención de 1948[26]. No fue hasta el 26 de febrero de 2007 que la Corte volvió a pronunciarse sobre la Convención y las obligaciones que crea. Esta última decisión, tomada en un caso originariamente promovido por Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Herzegovina en 1993[27], produjo una intensa controversia, en la que se alegaron serias deficiencias del fallo pero también se destacó su significación por ser la primera ocasión en que la jurisprudencia internacional estableció en términos categóricos la responsabilidad de los Estados, y no sólo de individuos, de no cometer el crimen de genocidio y de prevenirlo y reprimirlo[28].

26. Ver *supra* nota 8 y texto correspondiente.

27. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide,* en adelante Bosnia v. Serbia.

28. La bibliografía sobre el fallo de 2007 es ya muy numerosa. Ver, i.a., Cassese, A., "On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", y Tomuschat, Ch., "Reparation in Cases of Genocide", ambos en J.I.C.J., 5 (2007); Alvarez, J., "Notes from the President: Burdens of Proof', *Asil Newsletter,* 23(2) (2007); Gaeta, P., "On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?"; y Milanovic, M., "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", ambos en E.J.I.L., 18 (2007); Shackerfold, S.,

Pocas veces fue un pronunciamiento de la CIJ objeto de opiniones tan divergentes como Bosnia contra Serbia. El fallo fue el primero de la CIJ estableciendo que se había cometido genocidio pero, al mismo tiempo, la sentencia no determinó que Serbia era responsable por el crimen, ejecutado en Srebrenica, limitándose a declarar que no lo había prevenido. Algunos autores describen esta ambigüedad como reflejo de una línea adoptada por la Corte con el propósito de dar satisfacción a todas las partes y preservar un "delicado equilibrio" entre los Estados en litigio[29]. Otros cuestionan el uso de nociones propias del derecho penal internacional[30]. La Corte interpretó en forma restrictiva el concepto de genocidio, rechazando el argumento de que la "depuración étnica" pueda ser equiparada, como tal, con el genocidio. En consecuencia, con excepción de lo que ocurrió en Srebrenica, la abominable serie de crímenes como matanzas, violaciones, daños a la propiedad cultural y otros, cometidos por los serbios de Bosnia no pueden ser considerados como cubiertos por la definición de genocidio.

En coincidencia con la tradición señalada por el fallo en el caso Nicaragua[31], la Corte no consideró probado que el gobierno serbio hubiera ordenado la comisión de actos de genocidio o tuviera conocimiento de la intención genocida de las fuerzas irregulares serbias de Bosnia. La excepción fue Srebrenica, ya que las autoridades de Belgrado podían haber previsto que había allí un riesgo de genocidio y podían haberlo prevenido. La

"Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice's Bosnian Genocide Case", y SACOUTO, S., "Reflections on the Judgment of the International Court of Justice in Bosnia's Genocide Case against Serbia and Montenegro", ambos en *Human Rights Brief*, Spring y Fall (2007) respectivamente; SHANY, Yuval, "Bosnia, Serbia and the politics of international adjudication", *Justice*, 45, Spring (2008).

29. Ver SHANY, *supra* note 28.

30. Ver CASSESE, *ibid.*

31. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 1986, I.C.J. 14.

obligación de prevenir actos de genocidio se extiende más allá del propio territorio. Serbia también ignoró su deber de castigar a culpables de genocidio, deber impuesto por la Convención. La Corte no consideró que hubiera lugar a ordenar el pago de reparaciones

Diversos autores han subrayado las contradicciones e inconsistencias involucradas en la decisión de la Corte. No obstante tales deficiencias, el fallo de febrero de 2007 determinó en forma inequívoca que Estados, y no únicamente individuos, pueden ser responsables por actos de genocidio. La Corte recalcó que la obligación de prevenir genocidio implica la prohibición de su comisión. Lo que la Corte no hizo fue encarar con mas imaginación y vuelo la cuestión de la prueba de la intención de cometer genocidio. No es fácil probar la intención de un gobierno, salvo que este mismo provea pruebas documentales apropiadas (como en el caso de los nazis en las resoluciones de la conferencia de Wansee sobre el exterminio de los judíos europeos). Pero no es imposible generar tal prueba cuando existe una obvia acumulación de indicios y presunciones basados en el examen objetivo de los hechos y de la distribución de autoridad y poderes. Se ha señalado que el Tribunal Penal para Yugoslavia aplicó en el caso Tadic[32] un criterio más adecuado para encarar crímenes de genocidio que el que resulta de seguir la orientación de la CIJ tal cual fue establecido en el caso de Nicaragua[33].

No es el propósito de este artículo comentar la ya abundante jurisprudencia de los dos tribunales penales internacionales especiales para los casos de Yugoslavia y Rwanda. Estos tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad con el objetivo de juzgar y castigar a los perpetradores de las atrocidades cometidas en ambos casos, "con vista a poner fin a la impunidad y asi pro-

32. Para este caso, ver *Prosecutor v. Tadic,* Case No. IT-94-I-S, sentencia del 26 de enero 2000.

33. Ver, entre otros, comentario de Scott Shackelford, *supra* nota 28.

mover la reconstrucción y reconciliación nacionales"[34]. Los dos tribunales y sus decisiones son expresión de la voluntad internacional de promover el desarrollo del derecho penal internacional, mas allá de las disposiciones teóricas de la Convención contra el Genocidio. Ese desarrollo transita por dos avenidas: 1) la represión del crimen y el castigo de los criminales, y a tal fin existen los instrumentos creados al efecto por el Consejo de Seguridad y el Tratado de Roma; 2) la prevención del genocidio.

Existe hoy plena conciencia de que, a la luz de la experiencia histórica, la lucha contra el crimen de genocidio requiere una cuidadosa y efectiva política preventiva. En enero de 2004 se reunió en Suecia el Foro Internacional de Estocolmo para considerar el tema "Prevención del Genocidio: Amenazas y Responsabilidades". El primer ministro de Suecia invitó a la Conferencia a 58 Estados y 55 asistieron y emitieron una declaración en la que destacan que el Holocausto "desafió los fundamentos de la civilización humana" y recuerdan su "responsabilidad de combatir los males del genocidio, la depuración étnica, el antisemitismo, la islamofobia y la xenophobia". Los Estados firmantes se obligan a usar y desarrollar instrumentos y mecanismos prácticos para identificar cuanto antes las amenazas genocidas y proteger a los grupos vistos como víctimas potenciales[35].

Varios meses después, en abril de 2004, el secretario-general de las Naciones Unidas Kofi Anan anunció que sería nombrado un Asesor Especial para poner en marcha un Plan de Acción para Prevenir el Genocidio, incluyendo, entre otras, medidas para poner fin a la impunidad mediante acción judicial a nivel nacional e internacional. En su anuncio, el Secretario General se refirió especialmente al caso de Darfur[36]. Con respecto a Darfur, es pertinente

34. El Tribunal para Ruanda en varios de sus pronunciamientos. Ver, i. a., *Prosecutor v.Serugendo,* Caso No. ICTR-2005-84-I, fallo del 12 de junio 2006.

35. Ver <www.preventgenocide.org/prevent/conferences/StockholmDeclaration28Jan.2004>.

36. Ver Press Release SG/SM9197 AFR/893, HR/CN/1077, abril 7, 2004.

citar una declaración reciente del Fiscal de la Corte Criminal Internacional, Luis Moreno-Ocampo, quien acusó a "todo el aparato estatal de Sudán" de estar implicado en los crímenes contra la humanidad cometidos en Darfur y lo comparó con la conducta del régimen nazi, "que invocó su soberanía nacional para atacar a su propia población, y luego cruzó fronteras para atacar a los pueblos de otros países"[37].

8. Negación del Holocausto

Si bien por "Negación del Holocausto" se alude generalmente a los intentos de negar la existencia o la magnitud del genocidio cometido por los nazis contra la población judía, la cuestión no se limita únicamente al caso judío. No hace mucho, la Asamblea Nacional Francesa aprobó una ley incriminando la negación del genocidio contra los armenios e imponiendo severas penas a los culpables[38]. Pero, en general, la cuestión se ha discutido en relación con el Holocausto judío. Así, cuando la Unión Europea adoptó legislación sancionando con prisión la negación del Holocausto judío, desechó propuestas para reprimir también la negación de crimenes atribuidos al regimen stalinista[39].

El debate teórico acerca de esta cuestión gira, en esencia, alrededor del choque entre la defensa extrema de la libertad de expresión, que incluye la de investigación científica y el derecho de asociación, y los argumentos que forman parte del discurso moderno de los derechos humanos basado en la inexistencia de derechos absolutos y la necesidad de restringir la libertad de expresión o cualquiera que afecte otros valores fundamentales que la sociedad debe proteger. La controversia es de vieja data y se repite en diversos países. Con

37. BBC NEWS, Africa (junio 8, 2008).
38. Ley del 12 de octubre de 2006.
39. *El País*, Madrid (20 de abril de 2007).

motivo del recrudecimiento de los intentos de negar las conclusiones de la inmensa mayoría de los historiadores, ratificadas en decisiones judiciales, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha sentido la necesidad, el 26 de enero de 2007, en vísperas del Día Internacional para la Conmemoración de las Víctimas del Holocausto, que se refiere no solo a las víctimas judías sino también a otras poblaciones como los Roma, Sinti, homosexuales y otros, de condenar, por consenso, con la disensión de Irán, toda negación del Holocausto. La resolución de la Asamblea General "rechaza, sin reservas, toda negación del Holocausto como un hecho histórico, en todo o en parte, y cualesquiera actividades a ese efecto"[40].

Varios países han adoptado legislación interna penalizando la negación del Holocausto y tribunales han impuesto sentencias contra los negadores, inclusive recientemente. Una de las sentencias más conocidas es la de la Alta Corte de Justicia del Reino Unido en un caso promovido por David J.C. Irving, historiador británico reincidente en la materia, contra la profesora Deborah E. Lipstadt, de la Universidad de Emory. La demanda fue rechazada y el demandante fue condenado. La Alta Corte concluyó que Irving es un antisemita y un racista y que "se asocia regularmente con organizaciones e individuos neo-nazis" y "promueve los puntos de vista de esos individuos y organizaciones"[41].

En España, el Tribunal Constitucional, en un caso de inconstitucionalidad promovido por la Audiencia de Barcelona en un recurso de Pedro Varela, propietario de la libreria Europa, condenado por vender publicaciones exaltando el régimen de Hitler, decidió mantener las penas de prisión para los que justifiquen el genocidio pero declarar no punible la negación de esos crímenes.

El Tribunal afirmó que la previsión del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar el delito

40. UN News Centre, Asamblea General de las Naciones Unidas, sesion 61, 15 de abril de 2007.

41. High Court of Justice 1996-I-1113.

de genocidio no es inconstitucional, pero que es inconstitucional la inclusión de la expresión "nieguen" en el mismo articulo[42]. En marzo de 2008. la Audiencia Provincial de Barcelona redujo a siete meses de cárcel la condena impuesta a Varela en 1998 afirmando que cometió un delito de apología del genocidio y que en su actividad se aprecia "sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa"[43]. Al reducir la pena la Audiencia tomó en cuenta la atenuante de dilaciones indebidas.

Es pertinente a los fines de este ensayo citar un párrafo de la sentencia de la Audiencia, en el que se destaca que "la bibliografía llamada 'negacionista', más que estudiar a fondo cómo fue tratada la comunidad judía por parte del régimen nazi, parece pretender demostrar la tesis (sin duda poco científica) de que la raza judía es 'genéticamente' mentirosa. En consecuencia, tenemos que concluir que la difusión de dicho material, en su conjunto, incitaba aunque fuera de forma indirecta al odio a la comunidad judía"[44].

Escapa al marco de este artículo comentar más a fondo la cuestión de la negación del genocidio o del Holocausto en particular. Una visión general del papel contemporáneo de la Convención de 1948 requiere, sin embargo, una referencia al fenómeno de su negación, que ha debido ser encarado por la justicia de varios países, inclusive en el presente año[45]. El racismo, la intolerancia religiosa, la denigración de grupos humanos enteros, su envilecimiento o ridiculización, ponen en peligro la convivencia humana. La negación del Holocausto pertenece a la misma categoría de males sociales. El negador del Holocausto no es un inocente perseguidor

42. *El País,* Madrid (9 de noviembre de 2007).

43. *El País,* Madrid (6 de marzo de 2008).

44. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, Rollo de Apelación nº. 24/1999.

45. He examinado esta cuestión en una ponencia en la Conferencia Internacional celebrada en septiembre de 2007 en Madrid bajo los auspicios del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Casa Sefarad y Yad Vashem.

de lo que cree la verdad o defensor de la libertad de investigación histórica. Es un mentiroso con una intención. Esa intención es negar hechos históricos con el propósito de perjudicar a las víctimas de la injusticia criminal y sus afines. Se niega el Holocausto para atacar a los judíos, o al Estado de Israel. Se niega el crimen cometido por los nazis para justificar nuevas manifestaciones de odio y/o violencia racista. La libertad de expresión es un valor de la sociedad democrática que hay que defender, atesorar, y no se debe permitir anularlo por el abuso o mal uso.

9. La reforma de la Convención

A lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto la necesidad de enmendar y/o ampliar la sexagenaria Convención. Ha habido propuestas a tal efecto, pero la reforma de un texto tan cargado de implicaciones históricas, emocionales y políticas no es tarea fácil. Hasta el presente, ha sido pues mucho más importante buscar avenidas para transformar la Convención en un documento relevante en la vida internacional que intentar modificarla o ampliarla, ya sea por vía de enmienda o de un protocolo adicional. El progreso del Derecho Penal Internacional y la elaboración jurisprudencial han sido por tanto hasta ahora los resultados de esa búsqueda.

En su Informe sometido en 1985[46], el informante especial B. Whitaker formuló una serie de propuestas a los efectos de actualizar la Convención. Incluían medidas sobre prevención, advertencias tempranas, una entidad internacional a cargo de todo lo relacionado con genocidio y un tribunal internacional de derechos humanos. En cuanto a los grupos protegidos, el Informante consideró que la falta de definición de los mismos hacía que la Convención fuera menos efectiva. Recordó diversidad de opiniones

46. *Supra* nota 13.

acerca de si grupos nacionales o étnicos incluía minorías. Recomendó aclarar que un grupo víctima podía ser mayoría o minoría numéricamente.

Whitaker analiza en su Informe la discusión acerca de la inclusión de grupos culturales –etnocidio– y políticos, resumiendo los argumentos a favor y en contra. También alude al ecocidio –alteraciones, a veces, irreparables, del medio ambiente, una de cuyas víctimas pueden ser las poblaciones indígenas–. Favorece la asimilación de los grupos políticos a los grupos religiosos, recalcando el peso creciente de las motivaciones ideológicas. Los grupos políticos son perfectamente identificables y recuerda los exterminios de grupos como los comunistas –claramente políticos– o los kulaks, más bien un grupo social que político. Ve la solución de estas deficiencias en la adopción de un protocolo optativo adicional, a fin de superar la posible falta de consenso.También recomienda agregar a la Convención una disposición explícita referente a la defensa de cumplimiento de órdenes superiores, dada la importancia educativa de tal disposición. En general la importancia de la educación no puede ser sobreestimada y debieran incorporarse a la Convención cláusulas represivas de los intentos de reescribir la historia con vistas a falsificar la verdad o glorificar crímenes cometidos[47].

Indudablemente, los genocidios cometidos en las décadas que siguieron a la adopción de la Convención demandan la clarificación y ampliación de la definición. Los casos de Cambodia, Rusia bajo Stalin, crímenes masivos contra opositores políticos, como en la Argentina o Chile, y, sobre todo, las "depuraciones étnicas", no necesariamente implicando exterminios físicos, de multitudes, son consideraciones de peso y una reforma de la Convención o la adopción de un protocolo optativo parecen ser necesarios ahora. Situaciones internas creadas en algunos países en las últimas

47. *Ibid.*, parágrafo 47.

décadas, varias de las cuales ocasionaron fenómenos genocidas, han inducido a buscar también otros tipos de soluciones que las proporcionadas por la ley penal internacional. Así, por ejemplo, se formaron en diversos lugares las llamadas comisiones de "Verdad y Reconciliación" que a veces terminaron en leyes de amnistía que ni hicieron justicia ni tuvieron duración. En la práctica, ello significó la no aplicación de la ley penal internacional y la renuncia al papel educativo que la misma tiene[48].

10. Conclusiones

Este trabajo no es un estudio de las situaciones genocidas que se desarrollaron –o fueron evitadas– en los sesenta años transcurridos desde la adopción de la Convención de 1948. Su objetivo es mucho más modesto: evaluar el lugar de la Convención contra el Genocidio en la legislación internacional contra este crimen y sus involucraciones tomando en consideración sus ventajas y defectos, a la luz de las enseñanzas de la historia y de la jurisprudencia que ha intentado hacer justicia y evitar la inpunidad que en algunos lugares siguió a la comisión de gravísimos crímenes masivos. En un mundo convulsionado por enfrentamientos alarmantes, el desarrollo del derecho penal internacional y en particular la labor de los tribunales especiales para la exYugoslavia y Ruanda y la incipiente actividad del Tribunal Penal Internacional creado por el tratado de Roma son indicaciones de que la sociedad internacional busca las avenidas para cumplir su tarea represiva y preventiva. La reciente y controvertida jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha agregado también un elemento no despreciable

48. Ver el interesante tomo sobre "Truth and Reconciliation Commissions" de la *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n. 862, Ginebra (junio 2006).

al proclamar el deber legal de todos los Estados no sólo de no cometer genocidio sino de prevenirlo y castigarlo.

La Convención ahora sexagenaria requiere reformas, pero más que nada que se asegure su efectividad. Las reformas pueden ser muy difíciles o imposibles por razones políticas. Puede haber caminos intermedios para afrontar este terrible flagelo de la humanidad, ya sea mediante protocolos adicionales, ya sea mediante elaboración jurisprudencial. Lo indudable es que el aniversário debe ser aprovechado para la discusión del tema, la clarificación de los graves peligros que amenazan al mundo y la identificación de los medios eficaces para prevenirlos y afrontarlos.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.