

EL GENOCIDIO COMO DELITO INTERNACIONAL

Luis B. Alvarez Roldán General Auditor (R) Abogado (del I.C.A.M. Madrid)

RESUMEN

El genocidio o crimen contra el "ius gentium", históricamente reprobado en el ámbito internacional ha sido materia no sólo del derecho consuetudinario internacional sino del "ius cogens", en virtud de la aceptación y el reconocimiento universal de las normas que lo tipifican.

Desde la Convención Contra el Genocidio (Viena 1948), el delito de genocidio cometido en tiempos de paz o de guerra, es considerado como un delito internacional, asumiendo los Estados contratantes, la obligación de sancionarlo así en sus legislaciones internas.

En materia de competencia, la Comunidad Internacional propugna la jurisdicción Universal para los crímenes Internacionales y, en consecuencia, la instauración de una Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto fue firmado en Roma en julio de 1998, y en lo que respecta al ámbito nacional, la jurisdicción de cada Estado se justifica por razones supranacionales, inherentes a la salvaguarda del ser humano "per se".

Los elementos del delito internacional de genocidio (acto, intencionalidad, grupos, víctimas), han sido objeto de dispar discusión por parte de la doctrina.

Palabra Clave:

Genocidio, Delito Internacional, Comunidad Internacional, Derecho Internacional, Competencia, Jurisdicción Universal.

EL GENOCIDIO COMO DELITO INTERNACIONAL

Luis B. Alvarez Rold.

Introducción. La Convención de Nueva York. Aspectos Competenciales de la Internacionalización del Genocidio. Competencia Nacional en, Delito Internacional del Genocidio. Concepto de Genocidio. Precisión de k Grupos Incluidos. Reflexión.

INTRODUCCION

Consecuencia de los gravísimos crímenes contra la humanidad cometidos en el transcurso de la II Guerra Mundial, surgieron los Tribunales de Nuremberg y Tokio, bajo la ulterior sospecha de ser Tribunales "ad hoc" elegidos deliberadamente para juzgar los vencedores a los vencidos y por delito no tipificados anteriormente en lo internacional.¹

Los actuales principios fundamentales, vigentes en todos los países d mundo civilizado ², como son el tradicional "nullum crimen, nulla poena, sal y previa lege penale" y el derecho a un juicio justo y a juez predeterminas por la ley, fueron evidentemente conculcados.³

LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Conscientes de ello la Comunidad Internacional, y fruto de la actividad de la ONU, surge la Convención de 9 de diciembre de 1948, sobre delitos contra el derecho de gente y para la prevención y sanción del genocidio, a la que España se adhirió en 1968.⁴

La Internacionalidad del hoy denominado delito de genocidio, o crimen de genocidio para otros, se remonta a la Historia, puesto que la esencia o núcleo de estos actos fueron siempre reprobables en el ámbito internacional. Crímenes contra el "ius gentium", crímenes de barbarie y vandalismo, etc, eran considerados crímenes que formaban parte nos recuerda la investigadora ELENA FIERRO⁵ - "no sólo del derecho consuetudinario internacional", sino además del "ius cogens".

Desde la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados específicamente aceptado por la doctrina, y los gobiernos, que una norma es de "ius cogens" por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional; no puede ser derogada; y ello obliga incluso a los Estados no parte en el Tratado que le dio forma escrita.

La precedente opinión, generalizada e indiscutible entre los internacionalistas, recibe el total refrendo en la Opinión de 28 de mayo de 1955, emitida sobre la Convención de Genocidio, por la Corte Internacional de Justicia.

Este respaldo internacionalista máximo se produce ya bajo la denominación de genocidio, término que engloba barbarie, vandalismo, exterminio, etc y que debemos al jurista polaco Rafael Lemkin⁷.

Así el delito de genocidio tipificado en el Convenio del 48, es "ius cogens".

El texto de la Convención se inicia precisamente afirmando que el delito de genocidio, cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito internacional (Art. I).

La tipificación del delito internacional de genocidio se efectúa (Art. II) en tres dimensiones:

- a) Realización de actos como matanzas, lesiones graves, condiciones que impidan su existencia, impedir o dificultar nacimientos, traslados de niños del grupo a otro grupo.
- b) Intencionalidad de destruir, total o parcialmente, al grupo.
- c) El sujeto pasivo del delito es el grupo: nacional, étnico, racial o religioso.

La responsabilidad penal abarca no sólo el autor personal, material y directo del genocidio, sino que comete tal delito el instigador, el cómplice, el que se asocie a tal fin delictivo, penándose así mismo la tentativa (Art. III)

No se eximen de ser castigados los gobernantes, funcionarios o particulares, según expresamente impera (Art. IV) de la Convención.

Los Estados contratantes asumen la obligación de sancionar el delito internacional de genocidio como delito en su legislación interna. (Art. V)

Prescindiendo del resto de la Convención, ajena a la materia de esta exposición, no podemos sino subrayar la competencia para juzgar el delito internacional de genocidio, al margen de las atribuciones de cada Estado para enjuiciar el genocidio internamente tipificado.

El artículo VI establece dos órganos jurisdiccionales de modo exclusivo y de forma disyuntiva; así:

- a) Tribunal Competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o

- b) Ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción .

Para concluir esta parte descriptiva conviene tener en cuenta que el delito internacional de genocidio tiene idéntica redacción en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ⁸, y que, ésta y aquel por otra parte, no están en vigor. ⁹

El Estatuto del Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia` contiene la misma descripción respecto a los grupos incluidos en el delito de genocidio.

ASPECTOS COMPETENCIALES DE LA INTERNACIONALIZACION DEL GENOCIDIO

El principio de territorialidad, dimanante de la soberanía nacional, tiene límites y excepciones fundados en el Derecho Internacional, y en la modalidad en que los Estados, por Pacto internacional le han consentido.

Acertadamente, FERNANDEZ LIEZA ¹¹ aplaude la reacción de la Comunidad Internacional pro jurisdicción universal para los crímenes internacionales, porque restringen la posibilidad de "reacción individual de los Estados", en orden a evitar excepcionales impunidades circunstanciales, que se evitarían con un avance hacia la institucionalización de la sociedad internacional, al menos en el aspecto represivo de los delitos internacionales.

El principio de persecución penal internacional, cuya aplicación ha de basarse en el desarrollo de un Convenio internacional concreto, y en vigor entre los Estados implicados "no sólo permite, sino que anima a los Estados" asevera REMIRO BROTONS ¹² "al afirmar su jurisdicción sobre los crímenes contra la humanidad, sea cual sea el lugar en que se produzcan y con independencia del origen y condición de los sujetos activos y pasivos".

El principio de jurisdicción universal concede la competencia a los Tribunales de un Estado sobre determinados delitos internacionales que se consideran un ataque a los intereses de la Comunidad internacional conforme a la doctrina dominante. ¹³

Es patente el apego de los Estados a su exclusiva competencia penal, y su cicatería a ceder competencias internacionales o universales, pero el proceso a favor de la competencia universal es lento pero firme y progresivo. Nuestra actividad se dirige a ello, pero la realidad jurídica actual no debe confundirse con nuestros deseos.

La Convención contra el Genocidio de 1948, en su artículo sexto, somete a la jurisdicción de una Corte Penal Internacional ¹⁴ el castigo del delito internacional de genocidio, en defecto del Tribunal competente del Estado, en cuyo territorio se cometió.

La lectura del Convenio, y la inexistencia de su desarrollo en lo que respecta a la creación de la Corte me permite asegurar que no existe otra jurisdicción que la del Estado donde se cometió el delito, puesto que la Corte penal que se crea en 1998, no ha sido constituida, porque el Estatuto no ha entrado en vigor, y además su actividad carecerá de efectos retroactivos absolutos" ¹⁵

En esta línea de opinión se ha posicionado un caso célebre, el Gobierno de Chile, la Fiscalía Española, y el gobierno del Reino Unido.

En contra, se alza, entre otras, la del catedrático REMIRO BROTONS ¹⁶ con invocación del espíritu del Convenio del 48, y en concreto, de su Preámbulo en el inciso que prescribe que el Pacto se hizo para "liberar a la humanidad de flagelo tan odioso", criterio que es también el de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española" ¹⁷ que añade "el interés legítimo con el

ejercicio de esa jurisdicción al ser más de cincuenta los españoles desaparecidos en Chile, víctimas de la represión".

En nuestra opinión, el enfoque competencial, desde la exclusiva vigencia de la normativa internacional, ha de concluir lamentablemente, con la exclusión de una jurisdicción internacional, por culpa y "parálisis" de la Comunidad Internacional, que incumplió durante cincuenta años su obligación de crear una Corte Penal Internacional.

No olvidemos que el derecho al juez natural es un derecho fundamental y prevalente frente al juez internacional o universal, y no un derecho natural sino fruto de pacto interestatal o pluriestatal, pero aún sin la raigambre necesaria para entenderlo que es internacionalmente "ius cogens" (la Corte Penal Internacional no está formalmente constituida).

El futuro del Derecho Internacional Penal, con plena jurisdicción, ha resurgido con el Estatuto de Roma de 1998 tras cincuenta años desde la Convención de Nueva York, y tras los importantes hitos de Convenios contra la tortura, el terrorismo, apoderamiento ilícito de aeronaves, etc, que no crean Corte Penal ni jurisdicción universal.

El forzar la interpretación para pretender que en 1948 se dijo lo que sí consta como tal en 1998, puede tener el valor de la elucubración jurídico doctrinal que se le quiere dar, pero alejada de la realidad aquella y en patente contradicción con el texto internacional en vigor.

COMPETENCIA NACIONAL EN EL DELITO INTERNACIONAL DE GENOCIDIO

En lo que respecta a la competencia de la jurisdicción nacional de cada Estado, miembro o no de la aludida Convención de 1948, ha de referirse a las normas internas sobre sus propias competencias penales, y a instar el ejercicio de la del Estado de comisión del delito.

La protección jurídico penal española del delito internacional de genocidio lo es en razón intereses supranacionales o internacionales, -o mejor dicho de carácter universal- derivados de la salvaguardia del ser humano "per se".

Tal justificación de competencia nacional se concreta, en España, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que permite juzgar en España, entre otros, los delitos cometidos contra españoles en el extranjero, si no han sido sometidos a la Jurisdicción penal del lugar de comisión (Art.23.4).

En congruencia con ello, ya hemos consignado que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España justificó su competencia precisamente en "ser más de cincuenta los españoles desaparecidos en Chile, víctimas de la represión" ¹⁸.

La propia Ley en su inciso siguiente (23.5) precisa que tal competencia declina cuando el delito haya sido objeto de juicio en otro país.

En definitiva, junto con el principio internacional de "juzga o entrega" de la institución de la Extradición, aparece el respeto al principio de "no juzgar, lo juzgado", en íntima conexión con el brocardo "non bis in idem".

El no juzgar lo juzgado incluye no sólo el juicio penal "extrictu sensu" sino toda la organización judicial, y jurisdiccional y legislación penal, incluyendo amnistías, indultos, etc.

Ello no obstante, la Audiencia Nacional, siguiendo la doctrina de "una eventual actuación judicial como exponente de la vitalidad de las reglas de Nuremberg, en tanto que manifestaciones del derecho internacional consuetudinario", según nos resume GONZALES VEGA" mantiene su competencia, apoyada en la ya mencionada existencia de víctimas de nacionalidad española.

CONCEPTO DE GENOCIDIO

Es clásica la definición de genocidio del profesor BELTRA BALLESTER²⁰: "conjunto de actos consistentes en la privación de cualquiera de los derechos elementales de la persona humana, realizado con el propósito de destruir total o parcialmente una población, en razón a sus vínculos raciales, nacionales o religiosos, o bien realizar actos lesivos de los derechos individuales definidores de la existencia de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Con el propósito de destruirlo total o parcialmente".

Prácticamente en nada difieren de la definición doctrinal, que aceptamos, de la contenida en la Convención de Nueva York de 1948, e idéntica de Roma 1998; en la Conferencia de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional "el primer crimen contemplado, esto es, el crimen de genocidio, no planteó controversia alguna, ni en lo referente a su inclusión en el Estatuto, ni sobre la cuestión de su definición material", nos testimonia FIERRO SERRANO". En efecto, en la preparación del texto internacional se asumió por los representantes estatales que este crimen formaba parte no sólo del derecho consuetudinario, sino además del "ius cogens", asegurando la citada profesora literalmente que "una Convención de Naciones Unidas de 1948 otorgaba una definición de sobra satisfactoria y aceptada por la Comunidad Internacional"²²

Indudablemente el genocidio -concebido como la negación del derecho a la existencia de un grupo humano -constituye la más grave violación de los derechos humanos.

Los elementos del delito internacional de genocidio (acto, intencionalidad, grupos víctimas) han sido objeto de dispar consideración y estudio en la doctrina.

El precitado Convenio de 1948, como acertadamente explica REMIRO BROTONS²³ "vincula los actos odiosos que lo materializan a una intención específica: la de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal".

En parecido sentido, el Profesor FEIJOO subraya que el tipo penal del genocidio "reside en la intención del sujeto activo de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal"²⁴ y en el que "el aspecto cuantitativo resulta dogmáticamente intrascendente a los efectos de caracterización de un hecho como un hecho típico de genocidio"²⁵.

La voluntad de aniquilar el grupo, la finalidad es lo determinante: no la pluralidad de actos realizados, ni menos aún la cuantificación de los logros, pero sí un mínimo de organización coincidente.

PRECISION DE LOS GRUPOS INCLUIDOS.

Los actos y los grupos se defieren a las ciencias jurídicas, o no, que los precisen, planteándose con belicosidad la extensión del contenido del grupo nacional, grupo religioso, e incluso la viabilidad de la inclusión del grupo político "per se".

Tal enconado debate se produce con evidente carga política, a ciencia y conciencia de que el grupo político no figura en la Convención de 1948, ni en la de Roma de 1998, ni en ningún texto internacional penal.

Es más, en Nueva York se pretendió tal inclusión en el texto del Convenio, y se decidió expresamente excluir al grupo político, al parecer por la oposición de la URSS, países hispanoamericanos y otros²⁶.

En Roma en 1998 ni se intentó tal inclusión²⁷ del grupo político.

GOMEZ BENITEZ ²⁸, tras afirmar que no existe inmunidad para cualquier autor de genocidio - aunque sea jefe de Estado- asevera que "la persecución de grupos políticos es persecución del grupo nacional". Invoca el informe de la ONU favorable a incluir en la Convención de 1948 a las causas políticas, que por la oposición de la URSS y países latinoamericanos no se incluyó en el texto final.

El profesor GOMEZ BENITEZ recuerda que los "jemes rojos" y exterminios en "Cambodia" se dirigieron contra los grupos que además de afinidades raciales las tenían religiosas al tiempo que políticas. Los grupos víctima perfecta y totalmente delimitados e identificables fueron perseguidos más como grupos nacionales y religiosos que políticos.

Alude el profesor GOMEZ BENITEZ que la motivación de los gobiernos chileno y argentino para determinados hechos delictivos basados en que a, víctimas no respetaban la religión católica y oficial, y eran de ideología por lo que se perseguía a un grupo religioso. El móvil delictivo puede ser ,Político, económico, xenófobo, etc, pero ello no convierte al grupo en político, económico no contemplados en el Convenio.

"No se trata -acertadamente puntualiza GIL GIL ²⁹ cómo se ha mantenido en ocasiones erróneamente el móvil del delito sino de la intención, de lo que en la dogmática penal se conoce como un elemento subjetivo del injusto".

Frente a la afirmación de que en Chile - asegura CASTRESANA ³⁰ se pretendió exterminar un grupo nacional chileno "subversivo", "comunista", evidente resulta que no se intentó exterminar total o parcialmente la nacionalidad chilena sino a los adversarios políticos.³¹

Los grupos ateos ¿Son grupos religiosos?

Los "subversivos" ¿Eran todos ateos? ¿Se les persiguió por ser ateos?

FEIJOO SÁNCHEZ ³² comentando el tipo penal del genocidio (en la legislación penal de España) propugna una interpretación no extensiva ni analógica del término "grupo político" como incluido en grupo nacional, reflexionando acertadamente que "debemos evitar entender el concreto de genocidio a ámbitos inciertos" cuando sin necesidad de ello la no impunidad puede lograrse "a través de otros tipos penales internacionales, con mayor claridad como..... torturas..... terrorismo" ³⁴.

En igual sentir, REMIRO BOTONS subraya "la impropiedad de calificar genocidas lo que será un crimen contra la humanidad" ³⁵.

REFLEXION

Una cosa son los deseos (el deber ser) y otras las realidades (el ser), una la interpretación extensiva (proscrita contra reo en Derecho Penal) y otra la analogía (aplicación de un Convenio no en vigor y extensión del tipo penal).

Sin duda, con recta intención y fines de justicia, pero con los sentimientos mandando en la voluntad y tal vez la política en el cerebro.

Por qué repetir los errores de Nuremberg y Tokio, si se ha logrado un Convenio (Estatuto de 1998) que refleja estrictamente las garantías de "nullum crimen, sine previa lege penale" y establece un "juez predeterminado por la ley" (Definiciones Penales y Corte Penal Internacional). Aunque determinadas actividades estatales o paraestatales (vgr: exterminio intentado de grupos políticos) sean genocidio en el sentir popular, aunque repugne a mi conciencia y a mi conciencia, que no sea legalmente; genocidio, no forcemos la vara de la Ley pues puede romperse, pero no cejemos en doblar la vara de la Ley hasta que su flexibilidad permita avanzar hacia la meta de justicia.

Removamos la inoperatividad legislativa, erradiquemos la inactividad «contra el crimen» detestemos la desidia en promocionar lo penal internacional por el bien de la humanidad. Exigirlo al gobierno es nuestra obligación.

Este es mi grano de arena a tan supremo fin de lograr urea Justicia Penal Internacional.

Fdo. Luis B. Alvarez Roldán.

REFERENCIAS

1. Véase, en detalle; entre las obras más recientes: Feijóo Sánchez, Bernardo, Los delitos de genocidio en el Derecho Penal Español (Art. 607 C.P.) en Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE, núm. 42; septiembre-diciembre 1997, pág. 97-133.
Gil Gil, Alicia, el genocidio y otros crímenes internacionales. Centro Francisco Tomás y Valiente. UNED Colec. Inerciencias. págs 36 y ss.
2. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 26 de noviembre de 1999 (Gaceta Oficial número 36. 860 de jueves 30, de diciembre de 1999) págs 43 y ss.
Constitución Española de 6 diciembre de 1978, arts. 14 y ss.
3. Bastaría la lectura de la Historia y de la Constitución de dichos Tribunales, parcialmente recogidos por Gil Gil obra citada, págs. 173-178.
4. Texto Oficial en BOE n 34, de 8 de febrero de 1969.
5. Fierro Sedano, Elena. La Conferencia de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional: El proceso negociado y sus dificultades jurídicas. Revista Vasca de la Administración Pública. num.53; pág. 233.
La Profesora Fierro fue Asesora Jurídica de la Delegación de la República Dominicana en la Conferencia de Roma.
6. Transcrita por Fierro, obra citada; pág. 233.
7. Gil y Gil; obra citada; pág. 125.
Rodríguez Villasante y Prieto, José Luis. Los Delitos contra la Comunidad Internacional, Obra en trámite de publicación; pág. 64.
8. Se aprobó en Roma el 17 de julio de 1998.
Véase art.6 Genocidio; en Gil Gil, obra citada; pág. 201.
9. Según su texto, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha de depósito en la Secretaría General de la ONU del Sexagésimo Instrumento de Ratificación.
10. Ley de 24 de noviembre de 1993.
11. Citado por Feijóo; obra citada; pág. 99.
12. Remiro Brotons, Antonio Pinochet: Los límites de la impunidad. Política exterior, núm. 67; enero-febrero 1999; 43-57
13. Entre otros, refiriéndose al genocidio, Gil; obra citada; pág 26; y Cerezo Mir, José idem; pág.27
14. Idem: Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998.
Véase su texto en Gil; obra citada; pág. 201-217.
15. Idem nota anterior.
16. Remiro, obra citada; pág.
17. Remiro, obra citada; pág. 45.

18. Véase nota anterior.
19. González Vega Javier A. La Audiencia Nacional como la impunidad. Los españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos. Revista Española de Derecho Internacional-Vol.-XLIX1997 Num.1 enero - junio; pág. 290 Las páginas 290 y ss contienen amplia documentación sobre el asunto.
20. Citada por Rodríguez-Villasante; obra citada; pág.64.
21. Fierro; obra citada; pág. 233.
22. Idem, nota anterior; pág. 233.
23. Remiro; obra citada; pág. 49.
24. Feijoó; obra citada; pág. 106.
Idem Gil Gil; obra citada, pág. 141. 25
25. Idem; pág. 109.
26. Véase, in extenso, Gil Gil; obra citada; pág. 134-139.
27. Véase Fierro; ya citada; pág. 233.
28. Gómez Benítez, José Manuel. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid; artículo publicado en el diario "El País" del 3.11.98; pág. 16.
29. Gil Gil; obra citada; pg. 140.
30. Castesana "Persecución de crímenes contra la Humanidad en la audiencia Nacional. Los Informes que los Fiscales no quisieron firmar" en Jueces para la Democracia, nº 31, 1998, pag. 6.
31. En igual sentido: Gil, obra citada; pag. 149.
32. Feijoó; obra citada: pag, 130 - 131.
33. Idem nota anterior; pag. 131.
34. Idem nota anterior, pag. 130.