

2004

La Responsabilidad Penal del Individuo por el Crimen de "Limpieza Étnica" en la Jurisprudencia Internacional

Emiliano Buis

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Humanitarian Law Commons](#), [International Law Commons](#), and the [Jurisprudence Commons](#)

Recommended Citation

Buis, Emiliano (2004) "La Responsabilidad Penal del Individuo por el Crimen de "Limpieza Étnica" en la Jurisprudencia Internacional," *American University International Law Review*. Vol. 20 : Iss. 1 , Article 6. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol20/iss1/6>

This Academy on Human Rights and Humanitarian Human Rights Award is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO POR EL CRIMEN DE “LIMPIEZA ÉTNICA” EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

EMILIANO BUIS

INTRODUCCIÓN.....	109
I. LOS TRIBUNALES PENALES AD-HOC.....	114
III. LA DEFINICIÓN DE “LIMPIEZA ÉTNICA”.....	119
IV. LA “LIMPIEZA ÉTNICA” Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES TIPIFICADOS.....	123
A. CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD.....	123
B. CRIMEN DE GUERRA.....	125
C. GENOCIDIO.....	127
1. <i>El TPIR y los “grupos étnicos” dentro de la definición de genocidio</i>	130
2. <i>El TPIY y la transferencia forzada de personas</i>	142
CONCLUSIONES.....	145

INTRODUCCIÓN

La nueva Corte Penal Internacional (CPI) prevé dentro del ejercicio de su jurisdicción conocer de cuatro crímenes internacionales que son considerados los más graves que afectan a la comunidad de naciones:¹ el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y la agresión.² La falta de una

1. *Ver* el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, Italia, Artículo 1, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998) (estableciendo una Corte Penal Internacional y describiendo su aspecto jurisdiccional como complementario de las jurisdicciones penales nacionales).

2. *Ver id.* Artículo 5.

definición de la agresión ha hecho que el Tribunal sólo tenga en su esfera de actuación una competencia material sobre los tres primeros crímenes, todo ello mientras no se acuerde un concepto adecuado en el seno de las comisiones de trabajo.³

La taxatividad en la enumeración de estos crímenes no ha quedado libre de críticas. Después de la firma del Estatuto de Roma, se discutió acerca de aquellos actos que sin ser directamente comprendidos dentro esos cuatro crímenes podrían ser comprendidos como tales. Además se discutió acerca de que otras formas tradicionales de acción criminal en el ámbito internacional podrían ser implícitamente incorporadas dentro de la esfera de jurisdicción del tribunal.⁴ En este sentido, aparece la complicación de lidiar con

3. *Ver* la Resolución F adoptada el 17 de Julio de 1998 del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, en Roma, Italia, Artículos 1 y 7, U.N. Doc. A/CONF.183/10 (estableciendo la Comisión Preparatoria de la Corte y encargando a la Comisión preparar propuestas para una determinación del Crimen de Agresión incluyendo definiciones y elementos).

4. *Ver id.* Anexo E, ¶ 5 (lamentando que no se alcanzara un acuerdo general sobre una definición de crímenes de terrorismo y crímenes relativos a drogas, aspectos que podrían haberse incluso incluido dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional); *ver también* El Record Oficial de la Quincuagésima Tercera Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Sexto Comité, Registro Sumario de la Undécima Reunión, del 22 de Octubre de 1998, A/C.6/53/SR.11, ¶ 27 la Declaración del Representante de la India (refiriéndose a que la Corte hubiera tenido competencia sobre el terrorismo internacional y el tráfico de drogas); ¶ 32 la Declaración del representante de la ex Republica Yugoslava de Macedonia (refiriéndose a que la Corte hubiera tenido competencia sobre casos de minas terrestres y armas de destrucción masiva, particularmente armas nucleares, el tráfico de drogas, la denegación de asistencia humanitaria, el desplazamiento forzado, ataques a personal humanitario y otros); ¶ 39 la Declaración del Representante de Armenia (señalando que se hubiera incluido dentro de la jurisdicción de la Corte el crimen de terrorismo); El Registro Sumario de la Duodécima Reunión, A/C.6.53/SR.12, ¶ 58 la Declaración del Representante de Nigeria (sugiriendo se reúna una Conferencia Revisora para incluir en la jurisdicción de la Corte el terrorismo, el tráfico de drogas, el uso de armas nucleares y de minas terrestres); ¶ 70 la Declaración del Representante de Turquía (señalando que su delegación propuso la inclusión de crímenes terroristas como Crímenes contra la Humanidad); El Registro Sumario de la Novena Reunión, A/C.6.53/SR.9, ¶ 26 la Declaración del Representante de Bangladesh (señalando la corte hubiera tenido jurisdicción sobre crímenes como el uso de armas nucleares y armas de destrucción masiva); ¶ 48 la Declaración del Representante de Trinidad y Tobago, y en representación de la Comunidad del Caribe, CARICOM (expresando la Corte hubiera tenido jurisdicción sobre crímenes como el tráfico ilícito en

nociones de carácter más político que jurídico, procurando algún alcance legal con respecto a conceptos tradicionalmente vinculados con las relaciones internacionales y no con el derecho. Así, siendo nociones vinculadas, podemos comenzar nuestro estudio sobre la “limpieza étnica” trazando un paralelismo con la regulación y el tratamiento de los actos terroristas.

Con respecto al terrorismo, si bien se ha acrecentando su debate después del atentado contra las Torres Gemelas de 2001, las discusiones para considerarlo como un crimen sujeto a la jurisdicción internacional data de hace muchos años. Así, durante las negociaciones para la creación de la CPI se prestó especial atención a la discusión sobre la conveniencia de incluir en la competencia *ratione materiae* del tribunal, algunos delitos previstos en documentos convencionales.⁵ El problema que surgió con el terrorismo estaba vinculado, en esencia, con la falta de una definición unánime en el ámbito internacional, sin faltar definiciones aceptables.⁶ En los instrumentos internacionales sobre terrorismo, sin embargo, no hay ningún texto jurídico que lo defina explícitamente como crimen internacional.⁷ Sin en embargo, hoy en día, las

drogas narcóticas y psicotrópicas); El Registro Sumario de la Décima Reunión, A/C.6/53/SR.10, ¶ 11 del Representante de Nueva Zelanda (expresando que la Corte hubiera tenido jurisdicción sobre el uso de armas nucleares y minas terrestres como Crímenes de Guerra, y en los actos de terrorismo).

5. Ver *El Reporte del Grupo de Trabajo en la Definición de Crímenes, al Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, A/AC.249/1997/L.5, del 12 de Marzo de 1997, ¶ 16 (señalando qué actos se consideran como terroristas y sobre los cuáles la Corte ejercería jurisdicción. Además se señalan otros actos mencionados en convenciones internacionales y que se consideran como ofensas).

6. Ver Gilbert Guillaume, *Terrorismo y Derecho Internacional, Recueil de Cours*, 215 ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA 287 (1989) (argumentando que en general, puede decirse que un acto terrorista es aquél considerado como un acto de violencia grave cometido por un individuo o grupo de individuos contra personas inocentes en la persecución de objetivos ideológicos); ver también ERIC DAVID, TITULO II: EL CONTENIDO DE LAS INFRACCIONES INTERNACIONALES, ELEMENTOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, 533, § 13.60 (Presses Universitaires de Bruxelles, Novena Edición, Volumen 4, 2001).

7. Ver generalmente OLMER ELAGAB, DOCUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL RELATIVOS AL TERRORISMO (Cavendish Publishing Ltd. 1995); TERRORISMO Y VIOLENCIA POLÍTICA: LIMITES Y POSIBILIDADES DE SU CONTROL LEGAL (Henry H. Han, ed., Oceana Publications 1993).

resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptadas por consenso,⁸ así como la calificación de los actos terroristas como amenazas contra la paz o la seguridad internacional por parte de su Consejo de Seguridad parecen indicar que el terrorismo internacional estaría sujeto a la jurisdicción universal del derecho consuetudinario.⁹ En este sentido, puede sostenerse que el terrorismo se encuentra en un punto medio entre lo que son *crimina juris gentium*, como el genocidio o la tortura, y los “delitos transnacionales,” como el tráfico de estupefacientes o el lavado de dinero.¹⁰ Esta tendencia fue expuesta cuando los representantes de algunos Estados como Algeria, India, Sri Lanka y Turquía, propusieron la incorporación del terrorismo dentro de las categorías de crímenes incluidos en el Estatuto de Roma.¹¹ Algunas delegaciones promovieron esta introducción, pero sólo cuando los actos revistieran una gravedad especial, y no se tratara de casos aislados de secuestros o incidentes menores.¹²

8. *Ver La declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre medidas para la eliminación del terrorismo internacional*, Octogésima Cuarta Reunión Plenaria, del 9 de Diciembre de 1994, A/RES/49/60.

9. *Ver la Resolución 1054 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, del 26 de Abril de 1996, ¶ 9, U.N. doc. S/RES/1054 (1996) (reafirmando que la supresión de actos de terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional); la Resolución 1070 del mismo Consejo de Seguridad, del 16 de Agosto de 1996, ¶ 10, U.N. Doc.S/RES/1070 (1996) (nuevamente reafirmando que la supresión del terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional); la Resolución 1269 del mismo Consejo de Seguridad, del 19 de Octubre de 1999, ¶ 8, U.N. Doc. S/RES/1269 (1999) (reafirmando que la represión de actos de terrorismo internacional es una contribución al mantenimiento de la paz internacional).

10. *Ver Salvatore Zappalà, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation*, 12 EUROPEAN J. INT'L L. 595 (2001) (sosteniendo que el terrorismo tiende a ser considerado un crimen en el Derecho Internacional Consuetudinario y podría considerarse situado en el medio de dos grandes categorías: en la brecha que queda entre los crímenes internacionales como los Crímenes contra la Humanidad, el Genocidio, y la Tortura y otras clases de crímenes como el tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando de material nuclear y contrabando de dinero), *disponible en* <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No3/120595.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2004).

11. *Ver Estatuto de Roma, supra nota 1.*

12. *Ver India dice al Comité Preparatorio que el Terrorismo Debe ser un Crimen Principal en la Propuesta Corte Internacional*, UN Press Release L/2766,

Dado que a través de una comparación de la legislación interna de ciertos Estados—incluso comparativamente diferentes tales como Irán, los Estados Unidos, o Cuba—se advierte que la normativa doméstica es insuficiente para lidiar con el crimen de terrorismo.¹³ Muchos coinciden en que se deben encontrar medios de respuesta para alcanzar al enemigo, incluso cuando se encuentre en el territorio de estados que no pueden o no quieren ejercer el control exigido por el derecho internacional.¹⁴

Tomando por base estos avances en materia de terrorismo, el objetivo de este estudio es elaborar un argumento para sostener que entre las diversas categorías de crímenes del derecho internacional previstas en el Estatuto de Roma se incluya implícitamente la posibilidad de juzgar ciertos actos de “limpieza étnica.” Así, por ejemplo, si *a priori* podría equipararse a la limpieza étnica con un acto de genocidio—cual supone una planificación estatal y un aparato represivo de política orientada a la destrucción total o parcial de un grupo—también parecería *in abstracto* ser la “limpieza étnica” asimilable a un Crimen contra la Humanidad, por cuanto esta supone una violación grave del derecho internacional de los derechos humanos, o asimilable a un Crimen de Guerra en el caso de ocurrir en el ámbito de un conflicto armado.

27 de marzo de 1996 (describiendo la discusión sobre la inclusión de crímenes específicos en la competencia de la Corte y exponiendo la posición del representante de Rusia que argumenta a favor de la inclusión del terrorismo pero que sólo los casos más serios deben ser juzgados).

13. Ver Craig Silverman, *An Appeal to the United Nations: Terrorism Must Come within the Jurisdiction of an International Criminal Court*, 4 NEW ENG. INT'L & COMP'G. L. ANN. (1997) (“El terrorismo no es un crimen a ser juzgado y penado domésticamente. . . Algo debe hacerse. Una Corte Penal Internacional es el forum mas apropiado para determinar la culpabilidad y sentenciar por terrorismo. . . Aquellos quienes arguyen contra una definición de terrorismo por referencia o incorporación a tratados yerran en reconocer que las ofensas que pueden ser clasificadas como terrorismo, tales como piratería aérea o toma de aeronaves, han llegado a ser una violación del Derecho Internacional Consuetudinario”) (traducción por los editores), *disponible en* <http://www.iccnw.org/romearchive/papers/3PrepCmt/TerrorismCraigSilverman.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2004).

14. Ver W. Michael Reisman, *International Legal Responses to Terrorism*, 22 HOUS. J. OF INT'L L. 41 (1999) (describiendo la práctica internacional cuando en ciertos Estados se gestan actos hostiles contra otros Estados y las medidas de fuerza ejercidas contra dichos actos).

Es evidente que la ‘limpieza étnica es un término tradicionalmente político más que jurídico y que no está incluido en forma expresa en el Estatuto de Roma. En función de sus contextos de aparición, podría decirse que la expresión “limpieza étnica” resultaría una forma de justificar que ciertos actos que no entran objetivamente en tipificaciones tradicionales como las expuestas en el Estatuto de Roma, estarían excluidas del control jurisdiccional internacional; sin embargo, puede concluirse que, indirectamente, la asimilación de algunas de las manifestaciones de estos actos de “limpieza étnica” con algunas de las categorías mencionadas en el Estatuto de Roma demuestra una intención general de impedir que dichos actos queden fuera del campo jurisdiccional del Derecho Penal Internacional. La comparación del concepto de “limpieza étnica” con las nociones jurídicas de “crimen de lesa humanidad,” “crimen de guerra,” o “genocidio,” permitirá extraer consecuencias altamente significativas para el desarrollo de políticas de cooperación judicial en materia de sanciones criminales individuales de los responsables en un ámbito que exceda las fronteras de cada Estado.

I. LOS TRIBUNALES PENALES AD-HOC

A partir de los juicios de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, en que los tribunales aliados juzgaron y condenaron a los dirigentes de los países integrantes del “Eje” al término de la Segunda Guerra Mundial, se afirmaron ciertos principios sobre la necesidad de que en el ámbito internacional se penalizaran conductas individuales y no sólo acciones estatales.¹⁵ En éste sentido, la tradicional responsabilidad de los Estados, sujetos por excelencia del derecho de gentes, empezó a verse acompañada de

15. Ver Edoardo Greppi, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, 835 REV. INT'L DE LA CRUZ ROJA 531 (haciendo un análisis del desarrollo histórico de la responsabilidad penal individual con relación a los conflictos armados internacionales). Esta responsabilidad se impuso después de la Segunda Guerra Mundial con una mayor preocupación en las serias violaciones de las Leyes de la Guerra, relacionadas a la responsabilidad tradicional de los Estados y a la responsabilidad de los individuos. *Id.*; ver también JEAN-PAUL BAZELAIRE Y THIERRY CRETIN, *LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE. SON EVOLUTION, SON AVENIR DE NUREMBERG A LA HAYE* 13-27 (Presses universitaires de France 2000) (describiendo el desarrollo del concepto de justicia internacional en la antigüedad).

una responsabilidad individual y de una jurisdicción penal internacional.¹⁶

Los avances en materia de responsabilidad penal individual en la jurisdicción internacional fueron lentos. Los Estados eran renuentes a abandonar parte de su soberanía en un tema sumamente delicado como las persecuciones criminales de sus nacionales. Tras numerosos esfuerzos en el ámbito de la Asamblea General de la ONU, se retoma progresivamente el tema de la creación de tribunales internacionales capaces de responder al principio de una jurisdicción que complementara o supliera el ámbito jurisdiccional nacional.

Los avances metódicos en los esfuerzos de creación de tribunales internacionales, se vieron superados por las circunstancias de urgencia; y así los avances más sólidos en la materia fueron realizados por mecanismos poco convencionales. Así en 1993, como respuesta a la generalizada crisis humanitaria a en el territorio de los Balcanes, el Consejo de Seguridad (CS) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creó mediante las Resoluciones 808 y 827 un órgano jurisdiccional *sui generis*,¹⁷ el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) encargado de juzgar a las personas responsables de actos violatorios del derecho internacional humanitario.

16. Ver Paul Tavernier, *La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex-Yugoslavia y para Ruanda*, 144 REV. INT'L DE LA CRUZ ROJA 645 (1997) (argumentando que el establecimiento de los Tribunales Especiales de Ruanda y la Antigua Yugoslavia han estimulado el establecimiento de una Corte Penal Internacional y el reconocimiento de la responsabilidad internacional ante las atrocidades cometidas en tiempos de guerra).

17. Ver la Resolución 808, del 22 de Febrero de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/808 (1993) (decidiendo el establecimiento de un tribunal internacional para la prosecución de personas responsables de violaciones serias del Derecho Internacional Humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia); la Resolución 827, del 25 de Mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/827 (1993) (decidiendo el establecimiento de un tribunal internacional para la prosecución de personas responsables de serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometido en el territorio de la ex-Yugoslavia y otras medidas para su efectiva puesta en marcha). Ver generalmente Santiago Ripol Carulla, *El Consejo de Seguridad y la Defensa de los Derechos Humanos: Reflexiones a Partir del conflicto de kosovo*, 51 REV. ESPAÑOLA DE DERECHO INT'L 59 (observando que la creación de los órganos judiciales incluye una jurisdicción plena que es independiente del consejo de seguridad).

Las críticas que se hicieron contra el modo de crear la instancia jurisdiccional fueron acérrimas:¹⁸ la mayor parte de ellas se centraron en el hecho de que el CS no tenía la autorización expresa—ni en el Capítulo VI ni en el VII de la Carta de las Naciones Unidas—para dar origen a instancias judiciales.¹⁹ Sin embargo, a través de una interpretación extensa de la expresión “mantenimiento de la paz y seguridad internacionales,”²⁰ el propio TPIY justificó su propia existencia al reconocer que el CS tenía amplias facultades discrecionales para establecer medidas tendientes a lograr sus objetivos, confirmando así su jurisdicción y declarándose competente para juzgar a los acusados.²¹

En cuanto a los ámbitos de actuación del Tribunal, *ratione loci et temporis*, se estableció que éste pudiera conocer en todos aquellos delitos cometidos en el territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, aéreo y las aguas territoriales, durante el período que se inicia el 1 de enero de

18. *Ver generalmente* YVES PETIT, DROIT INTERNATIONAL DU MAINTIEN DE LA PAIX 183-86 (Librarie Generale de droit et de jurisprudence 2000); Alain Pellet, *Le tribunal criminel pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?*, 98 REVUE GENERALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 7 (1994); Mutoy Mubiala, *Le Tribunal International pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie?*, 99 REV. GENERALE DE DROIT INT'L PUBLIC 929 (1995).

19. *Ver* LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, Capítulo VI Acuerdo Pacífico de Controversias y Capítulo VII Acción con respecto a las amenazas contra la paz, rompimiento de la paz y actos de agresión.

20. *Ver id.*, Capítulo VII, Artículo 39 (estableciendo que el Consejo de Seguridad determinara la existencia de cualquier amenaza contra la paz, el rompimiento de la paz, o acto de agresión y hará recomendaciones, o decidirá tomar cualquier medida, de acuerdo con Artículos 40 y 41, para mantener o restaurar la paz y seguridad internacional).

21. *Ver* Caso del Fiscal contra Dusko Tadic a/k/a “Dule,” Sala de Apelaciones, sentencia del 2 de octubre de 1995, decidiendo sobre la moción de la defensa por una apelación intermedia sobre jurisdicción, *disponible en* <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm> (última visita el 2 de octubre del 2004); Raúl E. Vinuesa, *La Jurisprudencia Del Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia Según La Decisión De La Cámara De Apelaciones En El Caso Tadic Sobre Competencia*, en AMICORUM LIBER, PERSONNE HUMAINE ET DROIT INTERNATIONAL 1801-48 (Héctor Gross Espiell, vol. II, Bruylant 1997) (explicando los elementos jurisdiccionales del poder del Tribunal de acuerdo a la determinación de la Cámara de Apelaciones en el caso Tadic).

1991.²² En cuanto al ámbito personal, la competencia del TPIY se limita a las personas físicas en su calidad de autores, coautores, cómplices o instigadores de los crímenes.²³ Basado en el principio de *nullum crimen sine lege, ratione materiae* los crímenes perseguidos por el TPIY incluyen las Infracciones Graves a las Convenciones de Ginebra,²⁴ las Violaciones a las Leyes o Costumbres de la Guerra,²⁵ el Genocidio²⁶ (Artículo 4) y los Crímenes contra la Humanidad.²⁷

Estos avances no representaron decisiones únicas ni pasos aislados. Al año siguiente de la creación del TPIY, la situación de conflicto interno en Ruanda llevó a una determinación semejante: mediante la Resolución 955, el CS creó el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (TPIR), con el objeto de contribuir a restaurar y mantener la paz en ese territorio.²⁸ También se originaron

22. Ver el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, adoptado el 25 de Mayo de 1993 por Resolución 827, Artículo 1 (estableciendo el poder del Tribunal Internacional para procesar personas responsables por violaciones serias al Derecho Internacional Humanitario cometido en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991), *disponible en* <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTO%20DEL%20TRIBUNAL%20INTERNACIONAL%20PARA%20LA%20EX-YUGOSLAVIA.htm> (última visita el 2 de octubre del 2004); Alicia GIL, *El Enjuiciamiento de los Crímenes Internacionales cometidos en la Antigua Yugoslavia y en Ruanda: ¿Un nuevo Nuremberg?*, en CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL 889-902 (Editorial Ad-Hoc 1997).

23. Ver el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, *supra* nota 22, Artículos 6, 7.

24. *Ver id.*, Artículo 2.

25. *Ver id.*, Artículo 3.

26. *Ver id.*, Artículo 4.

27. *Ver id.*, Artículo 5.

28. Ver la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 3453 Reunión, del 8 de Noviembre de 1994, S/RES/955 (1994) y Anexo conteniendo el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, *disponible en* <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/ec13479ff41ef7fd8025681e004113b5?Opendocument> (última visita el 2 de octubre del 2004). Paradójicamente, el Estado de Ruanda que ocupaba un sillón entre los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad en ese momento, votó en contra de la Resolución alegando razones de índole política (la ubicación geográfica del Tribunal, que se establecería en Arusha, Tanzania, y no en su propio territorio), temporal (Ruanda quería que no existiese un límite de tiempo para las conductas delictivas) y jurídica (la pena máxima en la legislación penal nacional era la pena de muerte, mayor que la prisión perpetua establecida como sanción más grave en el TPIR). *Id.*

críticas similares a las que había motivado el TPIY en cuanto a la creación del Tribunal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y una decisión similar a la del caso *Tadic* confirmó igualmente la legalidad de su modo de constitución.²⁹

En cuanto a los ámbitos de actuación del Tribunal para Ruanda, en razón del lugar y del tiempo se estableció que éste pudiera conocer en todos aquellos delitos cometidos en el territorio de Ruanda o en el territorio de los Estados vecinos—en este caso si fueron llevados a cabo por nacionales ruandeses—durante el período que se iniciaba el 1 de enero de 1994 y finalizaba el 31 de diciembre del mismo año.³⁰ La jurisdicción del Tribunal Internacional par Ruanda también apuntaba a las personas físicas en sus diversos grados de participación en la comisión de los crímenes,³¹ las conductas penalizadas bajo la jurisdicción del Tribunal abarcaban el Genocidio,³² los Crímenes contra la Humanidad,³³ y—en virtud del carácter interno del conflicto—las Violaciones del Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II.^{34 35}

29. *Ver* El Fiscal contra Kanyabashi, Caso No. ICTR-96-15-T, la Decisión sobre la Moción de la Defensa sobre Jurisdicción, de la Sala de Juzgamiento 2, del 18 de junio de 1997 (decidiendo desestimar la moción del abogado de la Defensa reclamando la falta de jurisdicción del Tribunal Internacional. Se señala que el Tribunal establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas violaría la soberanía de los Estados, en particular Ruanda; se indica que el Consejo de Seguridad carecería de competencia para establecer el Tribunal; que sería injustificada la primacía de la jurisdicción del Tribunal con respecto a las cortes nacionales; que el Tribunal tendría jurisdicción sobre Estados pero no sobre individuos; y que el Tribunal no sería y no podría ser independiente).

30. *Ver* el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda *supra* nota 28, Artículo 1.

31. *Ver id.*, Artículo 6.

32. *Ver id.*, Artículo 2.

33. *Ver id.*, Artículo 3.

34. *Ver id.*, Artículo 4. Este Artículo se refiere a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II. Estos son instrumentos jurídicos de carácter convencional que constituyen la base del Derecho Internacional Humanitario y que, en particular, consagran la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. La mención específica de estos instrumentos, y no de los “usos y costumbres de la guerra,” tiene que ver con la existencia en Ruanda de un conflicto de carácter interno, y con el hecho de que muchos sostienen que el Protocolo Adicional II, a diferencia de los Convenios de Ginebra, no constituye codificación de normas consuetudinarias preexistentes.

Los primeros casos en los que actuó el TPIR en 1997 fueron enérgicamente criticados, pues en varios de ellos se alegó la violación del derecho a la legítima defensa, pilar en todo trámite jurisdiccional.³⁶ No obstante, con la llegada de abogados extranjeros y una reestructuración en el número de jueces de la Corte, los procedimientos han sido respetados y las garantías judiciales en los procedimientos han sido progresivamente reconocidas.

III. LA DEFINICIÓN DE “LIMPIEZA ÉTNICA”

En la jurisprudencia del TPIY y del TPIR no encontramos referencias detalladas ni explicativas acerca de la noción de “limpieza étnica,” aunque ésta noción no está ausente. Si bien los Tribunales mencionan a veces el término, no explican la noción jurídica de la expresión ni alcanzan a definirla. Pero su uso se ha hecho frecuente en el plano del derecho internacional desde su utilización en el seno de la Organización de Naciones Unidas para referirse a la situación en el territorio de la ex-Yugoslavia.³⁷

La expresión “*nettoyage ethnique*” o “*ethnic cleansing*”—en nuestra expresión castellana “limpieza étnica”—ha servido como giro lingüístico para definir un fenómeno variado a veces en forma poco precisa. El origen militar en Yugoslavia del eufemismo se vincula con la idea de “depurar” o “purificar” un territorio de la presencia de

35. Ver generalmente Flavia Lattanzi, *La répression pénale des crimes du droit international: Des juridictions internes aux juridictions internationales*, en LAW IN HUMANITARIAN CRISES 121-176 (Office for Official Publications of the European Communities, vol. I, 1995).

36. Ver Olivier Dubois, *Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional*, 144 REV. INT'L DE LA ROJA 763 (1997) (“Los primeros procesos fundados en la ley orgánica, que comenzaron el 27 de diciembre de 1996, han sido enérgicamente criticados, pues se violaron los derechos a la defensa en varios de ellos: denegación de solicitud de aplazamiento para consultar los expedientes o buscar a un abogado, rechazo infundado de escuchar a un testigo de descargo. . .Tras la llegada de abogados extranjeros, esencialmente africanos y europeos, los magistrados novicios pudieron comprender el papel y la importancia del respeto de los derechos fundamentales de la defensa. Los procedimientos se han respetado paulatinamente (sic).”).

37. Ver Drazen Petrovic, *Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology*, 5 EUROPEAN J. INT'L L. 1 (1994) (stating that “[t]he expression Ethnic Cleansing is relatively new.”).

una población indeseable.³⁸ En su sentido actual, sus orígenes más evidentes se remontan a la pretensión de crear zonas étnicamente limpias en relación con los Albano-Kosovares.³⁹

El concepto de “limpieza étnica” está fundamentalmente concebido desde una visión teleológica, pues ante la carencia de un consenso en su definición sólo nos está permitido examinar las diferentes acciones (expulsión, deportación, traslado forzoso) que en su conjunto permiten interpretarlas en función de sus fines referidos a la implementación de la ‘purga’ territorial). Así, advertimos una serie de actividades de diversa índole que, si bien individualmente pueden calificarse o no como delitos en sí mismas, deben ser reexaminadas en el marco de una política mayor de depuración de cierta población civil de un territorio. Estas acciones, que son medios destinados a cumplir el objetivo propuesto, son variadas y no en todos los casos suponen una acción directa de violencia.

Es posible categorizar estas acciones relacionadas a los objetivos de “Limpieza Étnica” de acuerdo a sus naturalezas.⁴⁰ En nuestro caso, nos parece más ilustrativo identificar dos grandes grupos de acciones, que tienen que ver con aquellas que implican un uso ilegítimo de la violencia y aquellas medidas (legales o ilegales) que no hacen uso de la fuerza. Más allá de la organización, retomamos de este autor los diferentes supuestos que describimos. En primer lugar, encontramos medidas que implican claramente un uso físico de la violencia, entre las cuales merecen destacarse los asesinatos masivos, la masacre de población, la tortura, las ejecuciones sumarias, los ataques deliberados contra objetos y personas civiles, el bloqueo del

38. Ver Andrew Bell-Fialkoff, *A Brief History of Ethnic Cleansing*, 72 FOREIGN AFFAIRS 110 (1993) (explicando que la manifestación extrema del nacionalismo moderno es la limpieza étnica y narrando la historia de esta limpieza étnica).

39. Ver NORMAN CIGAR, GENOCIDE IN BOSNIA: THE POLICY OF “ETHNIC CLEANSING” (Texas A&M University Press 1995) (refiriendo que en 1993, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial estableció que estaba profundamente preocupado porque “las violaciones de derechos humanos que ocurrían en Bosnia y Herzegovina estaban siendo cometidas sobre la base de la ‘identidad étnica,’ con el propósito de crear Estados étnicamente puros.”).

40. Ver Petrovic, *supra* nota 37, págs. 4-7 (identificando cuatro categorías de conducta como partes componentes de la “Limpieza Étnica”: medidas administrativas, otras medidas no violentas, medidas atemorizantes y, finalmente, medidas militares).

acceso de la ayuda humanitaria, la toma de rehenes, la utilización de civiles como escudos humanos, los ataques contra campos de refugiados, el robo, el terror generalizado, la detención de población civil, la deportación masiva, el incendio o destrucción de monumentos culturales o religiosos, el desplazamiento forzado de poblaciones enteras, las diferentes agresiones sexuales (violación, castración, embarazos forzados, abortos inducidos), entre otros tantos. También existen medios que no involucran violencia, sino que constituyen medidas de impronta psicológica (las amenazas de muerte, las campañas publicitarias para generalizar el terror, el acoso telefónico) o acciones administrativas (despidos, legislación discriminatoria, denegatoria de asistencia, fraudes, abusos de buena fe, etc.). Respecto de estas modalidades de acciones, señalamos la presencia de un elemento común vinculado con su objetivo principal: la voluntad de apartar a un determinado grupo étnico de una zona por considerar perjudicial su asentamiento. Es por ello que la *expulsión* (forzada o provocada por medios concretos) y la *deportación* constituyen probablemente los mecanismos privilegiados sobre los que se estructura la “limpieza étnica.” Respecto a este elemento común en la variedad de acciones de la “Limpieza Étnica,” pareciera imposible establecer criterios uniformes y comprensivos que permitan establecer un criterio global que enmarque todos los actos de “limpieza étnica.”

La coyuntura que revistió el surgimiento del término “limpieza étnica,” expone que se trata de una noción claramente política y por lo tanto sus alcances nunca fueron necesariamente delimitados. Sin embargo, la dimensión jurídica de la expresión no tardó en manifestarse y su reciente utilización en el ámbito de las cortes internacionales lleva a la necesidad de analizar si estos procesos de depuración étnica pueden ser asimilados a los crímenes bajo la competencia de los tribunales penales internacionales.

En el propio sistema de Naciones Unidas se suele mencionar la expresión “limpieza étnica” en relación con el crimen de *Genocidio*, a tal punto que ambas expresiones suelen a menudo confundirse en sus alcances. Frente a resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas declarando la política de “limpieza étnica” como

una variante de Genocidio,⁴¹ otras instancias no parecen efectuar una distinción clara entre ambos conceptos, y parecen confundir o diluir varios sentidos en expresiones poco rigurosas. Así, desde 1992, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mencionó el término “limpieza étnica” en contextos mezclados con nociones definidas como el Genocidio y lo cual impide identificar su contenido semántico. Muchas veces la Comisión sostuvo que este término consistía en la deportación, transferencia masiva o expulsión de personas de sus hogares, orientada a la dislocación o destrucción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.⁴² Esta última referencia apunta en su sintaxis a la tradicional descripción del genocidio, más que a una política de exterminio o persecución estrictamente étnica.⁴³

Los problemas de confusión de terminología aumentan cuando en las definiciones de “limpieza étnica” se incluyen características de otras figuras legales tradicionalmente reconocidas en el Derecho Internacional. Petrovic en uno de los más lúcidos análisis del concepto, llega a la conclusión de que la limpieza étnica es una política bien definida por parte de un grupo de personas, consistente en la sistemática eliminación de otro grupo respecto de un territorio determinado sobre la base de su origen nacional, étnico o religioso.⁴⁴ En este sentido, Petrovic comparte en muchos aspectos la definición

41. Ver la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Situación en Bosnia y Herzegovina, 91ª, Reunión Plenaria, del 18 de Diciembre de 1992, U.N.Doc. A/RES/47/121(1992) (refiriéndose a la “aberrante política de “limpieza étnica” la cuál es una forma de genocidio” y condenando los actos en Sarajevo y promoviendo la unidad y estabilidad política en Bosnia-Herzegovina).

42. Ver UN Doc. E/CN.4/1992/S-1-8, párrafo 5 (expresando que la limpieza étnica al menos envuelve deportación y forzada remoción o expulsión en masa y que la ex-Yugoslavia fue parte a la Convención por la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio).

43. Ver generalmente, Robert Hayden, *Schindler's Fate: Genocide, Ethnic Cleansing, and Population Transfers*, 55 SLAVIC REV. 727 (1996) (discutiendo la relación entre genocidio y “limpieza étnica” desde la expulsión de los alemanes tras la II Guerra Mundial).

44. Ver Petrovic, *supra* nota 37 (sosteniendo implícitamente, que esta definición encontraría su motivo en el hecho de que, *stricto sensu*, no sería una oposición étnica la que divide a serbios, croatas y albanos-kosovares). Sin embargo, entendemos que *lato sensu* debe considerarse ‘grupos étnicos’ diferenciados en el sentido subjetivista que la jurisprudencia de los tribunales penales ad hoc impuso y sigue observando al desarrollar la noción. *Id.*

que suministra Bell-Fialkoff, quien—a pesar de que prefiere no hablar de “eliminación” sino de “expulsión”—también hace hincapié en que la práctica relacionada a la “limpieza étnica” es realizada en base de motivaciones étnicas, religiosas o nacionales, e incluso en motivaciones políticas, ideológicas o estratégicas.⁴⁵

En esta perspectiva, creemos que las acciones contra grupos que no son discernibles por motivaciones étnicas lleva a un concepto *lato sensu* de la “limpieza étnica,” lo que parece contradecir su propio alcance terminológico y sugiere una confusión de significados con otros crímenes previstos en el ámbito internacional. Así, creemos que en la definición extensiva de limpieza étnica, incluyendo referencias a grupos nacionales o religiosos, se incurre en una confusión de significados que aproxima la “limpieza étnica” al concepto de Genocidio, los Crímenes de lesa Humanidad o los Crímenes de Guerra. Cabe preguntarse entonces, ¿cual es en definitiva la relación concreta que se consolida entre todas estas diferentes conductas en contra de grupos humanos por variadas motivaciones?

IV. LA “LIMPIEZA ÉTNICA” Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES TIPIFICADOS

A. CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Los *crímenes de lesa humanidad* requieren en su comisión que sean parte de un ataque extendido y sistemático, efectuado voluntariamente y con conocimiento contra cualquier población civil.⁴⁶ Debido a su calidad de violaciones serias a los derechos

45. Ver Bell-Fialkoff, *supra* 38, pág. 110 (explicando que históricamente la expulsión étnica se basaba en las ideas medievales de eliminar a las minorías que no creían, fueran Católicos, Protestantes, Judíos o Musulmanes, como resultado del secularismo moderno la expulsión étnica se demuestra por sistemas políticos como el comunismo y en fascismo).

46. Ver Nasser Zakr, *Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international*, 105 REV. GENERALE DE DROIT INT'L PUBLIC 282 (2001); ver también, Guénaël Métraux, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda*, 43 HARV. INT'L. L.J. 237, 241 (2002) (analizando la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, enfocándose en los crímenes de lesa humanidad); Estatuto de Roma de la CPI, *supra* nota 1, Artículo 7 (enumerando los crímenes en que consisten los crímenes de lesa humanidad).

humanos, la prohibición de la realización de estos actos ha sido considerada una obligación *erga omnes*.⁴⁷ Podemos afirmar que el carácter sistemático de la política de purificación étnica, tal como ocurre con la campaña llevada a cabo en Bosnia-Herzegovina, así como el objetivo de afectar una “población civil,” nos permite pensar que existen en determinadas condiciones ciertos puntos de contacto, de modo que—si cumple con dichos requisitos—la “limpieza étnica” podría ser concebida y definida como un crimen contra la humanidad.

En el trabajo que elaboró la Comisión Preparatoria de la CPI⁴⁸ acerca de los elementos de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma,⁴⁹ se explicaron diferentes modalidades que orientaron a los jueces del tribunal. Con relación a los crímenes de lesa humanidad, el Artículo 7.1(d) menciona “la deportación o desplazamiento forzado de población.”⁵⁰ Este concepto fue interpretado en las

47. *Ver* Caso Fiscal contra Furundzija, TPIY, (ICTY-95-17), § 139.

48. *Ver* Res. F del Acta Final, La Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios acerca del Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/10 (1998) (estableciendo la Comisión Preparatoria de la CPI).

49. *Ver* Elements of Crime, Report of the Preparatory Commission, Addendum, Part II, Finalized Draft text of the Elements of Crime, PCNICC/2000/INF/3/add.2 (2000) (detallando los elementos de los crímenes de lesa humanidad, y explicando los elementos de *mens rea* para los crímenes).

50. *Ver* Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 8 de agosto de 1946, Artículo 6(c) (1965) (definiendo crímenes contra la humanidad:

el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra las poblaciones civiles, antes y durante la guerra y las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, constituyan o no una violación del derecho interno del país donde fueron perpetrados, hayan sido cometidos como consecuencia de uno de los crímenes que entran en la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen. Los dirigentes, organizadores, instigadores o cómplices que hayan tomado parte en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o un complot para cometer algunos de los crímenes arriba definidos, son responsables de todos los actos realizados por todas las personas en la ejecución de ese plan.);

ver también, La Carta del Tribunal Militar de Tokio para el Lejano Oriente, 19 de enero de 1946, Artículo 5(c) (1946) (adoptando principios similares al Tribunal Internacional Militar sobre la deportación y crímenes de lesa humanidad); el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, Artículo 18(g) (1996) (reiterando la deportación como parte de un crimen de lesa humanidad); el Estatuto del TPIY, Artículo 5.d y el Estatuto del TPIR Artículo 3.d (renunciando el acontecimiento de

negociaciones como una expulsión u otro acto coercitivo tendiente a despejar el área en la que ciertos individuos se hallan legalmente establecidos, sin fundamento permitido en el derecho internacional.⁵¹ En este sentido, la Comisión definió “forzado” como un término amplio, que además de la fuerza física puede incluir la amenaza o la coerción, el miedo o la opresión psicológica, entre otros medios.⁵² Si tenemos en cuenta la intención esencial de la “limpieza étnica,” corresponde coincidir con David que esta variante de crimen de lesa humanidad, entonces, “peut certainement couvrir le ‘nettoyage’ ou ‘l’épuration ethnique.’”⁵³

B. CRIMEN DE GUERRA

En cuanto a los *crímenes de guerra*, es preciso tener en cuenta que la primera vez que la ONU se refirió al término “limpieza étnica” lo hizo en un contexto en el que quedaba claro que se trataban de severos incumplimientos de las normas del Derecho Internacional Humanitario.⁵⁴ En este sentido, no es necesario que advirtamos si se

la expulsión); Comisión de Derecho Internacional, Informe de 1996, Sess. 48, UN Doc. A/51/10, 100 (1996) (explicando que por “deportación” debe entenderse la expulsión del territorio nacional de personas civiles); FRANCOISE BOUCHET-SAULNIER, DICTIONNAIRE PRATIQUE DU DROIT HUMANITAIRE 151 (La Decouverte 2000) (definiendo “transferencia de población” como un desplazamiento dentro del mismo territorio estatal).

51. Ver Wiebke Rückert & Georg Witschel, *Genocida and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime*, en INTERNATIONAL AND NATIONAL PROSECUTION OF CRIMES UNDER INTERNATIONAL LAW: CURRENT DEVELOPMENTS 77 (Horst Fischer et al. eds., Arno Spitz GmbH 2001) (estipulando que esto último se añadió, dado que podía pensarse en supuestos de transferencia poblacional que no representaran actos ilícitos ni comprometieran, por ende, la responsabilidad de quien los lleva a cabo).

52. Ver generalmente, Darryl Robinson, *Article 7(1)(d)*, en THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ELEMENTS OF CRIME AND RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE 86-88 (Roy S. Lee ed., Transnational Publishers 2001).

53. Ver Eric David, *Le contenu des infractions internationales*, en ÉLEMENTS DE DROIT PENAL INTERNATIONAL 624 (Université Libre de Bruxelles, Deuxième Partie, 2001).

54. Ver Res. CS 771, N.U.C.S. (1992) (expresando alarma a las violaciones de derecho internacional humanitaria en Bosnia-Herzegovina incluyendo la deportación y el desplazamiento forzado de la población); ver también, Res. AG 46/242, U.N.A.G., Sess. 91, UN Doc. A/RES/46/242 (1992) (condenando las violaciones de derechos humanos causados por la limpieza étnica ocurridas en

trata de una violación grave de las convenciones de Ginebra ni reducir el campo de aplicación a los conflictos estrictamente internacionales. Incluso cuando el conflicto armado no esté específicamente calificado o haya dificultades en su calificación,⁵⁵ el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,⁵⁶ recolecta principios esenciales de derecho humanitario.⁵⁷ Estas reglas responden a normas obligatorias por la costumbre internacional que además presentan un perfil *erga omnes* al regular un tratamiento humanitario de las víctimas de las hostilidades.⁵⁸ En este sentido, la finalidad tutelar del derecho humanitario lleva a que la limpieza étnica, desarrollada en el marco de un conflicto armado, sea concebida como un crimen de guerra.

Más puntualmente, corresponde recordar que el Artículo

Bosnia-Herzegovina).

55. *Ver generalmente*, Christine Gray, *Bosnia and Herzegovina: Civil War or Inter-State Conflict? Characterization and Consequences*, 67 BRIT. Y.B. INT'L L. 155 (1996) (discutiendo el conflicto de Bosnia-Herzegovina); *ver también*, Theodor Meron, *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia, Nicaragua's Fallout*, 92 AM. J. INT'L L. 236 (1998) (explicando como la TPIY aplicó la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua).

56. *Ver* Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949, 75 U.N.T.S. 31, Artículo 3 (1949); Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 12 de agosto de 1949, 75 U.N.T.S. 85, Artículo 3 (1949); Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949, 75 U.N.T.S. 135, Artículo 3 (1949); Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, 75 U.N.T.S. 287, Artículo 3 (1949) (insistiendo en el trato humanitario de personas civiles en momentos de conflicto armado).

57. *Ver* Caso acerca de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14, 97-98, § 220 (expresando que los Estados Unidos de América tiene como obligación seguir el Artículo 3 de los Convenios de Ginebra); *ver también*, COMMENTARY TO THE GENEVA CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD 48 (Jean Pictet ed., ICRC 1952) (insistiendo que estas obligaciones no limitan el poder del Estado ni aumenta el poder de grupos rebeldes).

58. *Ver* MAURIZIO RAGAZZI, THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS *ERGA OMNES* 152-53 (Clarendon Press 1997) (instruyendo como el concepto de *erga omnes* es utilizado por los estados, la CIJ, y la Comisión de Derecho Internacional); *ver también*, Caso Fiscal contra Kupreskic y otro, TPIY, IT-95-16-T, Fallo, § 519.

8.2(a)(vii) del Estatuto de Roma prevé en forma similar a lo referido para los crímenes de lesa humanidad, que la deportación ilegal o la transferencia de población en el marco de un conflicto armado—prevista ya en el Artículo 147 de la Convención IV de Ginebra, que prohíbe todo desplazamiento forzado de población por parte de una potencia ocupante—constituye un crimen de guerra⁵⁹ y, por lo tanto, compromete la responsabilidad penal individual de quien lo realiza o incita a su comisión.

C. GENOCIDIO

Un interés mayor surge en la comparación con el genocidio, dado que existen algunos elementos propios de la noción de “limpieza étnica” que la vinculan directamente en su perfil a este crimen. El genocidio está considerado tradicionalmente como el “crimen de los crímenes,” el más grave de los crímenes contra la humanidad.⁶⁰ Es un delito contra el *ius gentium*, que puede ser cometido no sólo en tiempos de paz sino también en el marco de un conflicto armado.⁶¹ La noción de genocidio surge recién como tal en 1944, acuñado por Lemkin⁶² a partir de la combinación de dos raíces de distinto origen: *génos* significa “tribu” o “grupo familiar” en griego; mientras que *cido* es un sufijo derivado del latín *cado*, “matar.”⁶³ Este concepto

59. Ver Kunt Dörmann, *Article 8(2)(a)(vii)*, en THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ELEMENTS OF CRIME AND RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE 136-37. (Roy S. Lee ed., Transnational Publishers 2001).

60. Ver Joe Verhoeven, *Le crime de génocide, originalité et ambiguïté*, en REV. BELGE DE DROIT INT'L 5 (1991).

61. Ver *generalmente*, ERVIN STAUB, THE ROOTS OF EVIL: THE ORIGINS OF GENOCIDE AND OTHER GROUP VIOLENCE (Cambridge University Press 1989) (analizando las causales psicológicas y sociales que dan base al genocidio como actitud de violencia).

62. Ver RAPHAEL LEMKIN, AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE (Carnegie Endowment for International Peace 1944) (postulando su visión del nazismo); *aunque ver* STEVEN L. JACOBS, RAPHAEL LEMKIN'S THOUGHTS ON NAZI GENOCIDE: NOT GUILTY? (Edwin Mellen Press 1992) (discutiendo sus perspectivas de la visión del nazismo de Lemkin).

63. Ver, Stuart Stein, *Genocide*, en DICTIONARY OF RACE AND ETHNIC RELATIONS (Ellis Cashmore ed., 4th Edition., Routledge 1996) (definiendo el genocidio, con énfasis en el elemento de “intent to destroy,” sin ese elemento el crimen no es genocidio). Ver *generalmente*, GENOCIDE: CONCEPTUAL AND HISTORICAL DIMENSIONS (George Andreopoulos ed., University of Pennsylvania

pronto gozó de reconocimiento internacional.⁶⁴ Los Estatutos del TPIY y del TPIR reproducen, sin ninguna modificación, la definición del crimen establecida en el Artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que consideraba que:

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

matanza de miembros del grupo;

lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.⁶⁵

De acuerdo con esta definición—que en numerosas instancias internacionales se ha reconocido ya como parte del derecho consuetudinario⁶⁶—queda claro que para que se configure un hecho

Press 1994) (detallando los distintos sentidos de la noción de genocidio); FRANK CHALK & KURT JOHANNSON, *THE HISTORY AND SOCIOLOGY OF GENOCIDE: ANALYSES AND CASE STUDIES* (Yale University Press 1990) (recorriendo la historia del concepto de genocidio).

64. Ver Adolfo Miaja de la Muela, *El genocidio, delito internacional*, 4 REV. ESPAÑOLA DE DERECHO INT'L 363 (1951); LEO KUPER, *GENOCIDE: ITS POLITICAL USE IN THE TWENTIETH CENTURY* (Yale University Press 1981).

65. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 12 de enero de 1951, 78 U.N.T.S. 277.

66. Ver Opinión Consultiva de la CIJ sobre las Reservas a la Convención sobre Prevención y Sanción del Genocidio, 28 de mayo de 1951, I.C.J. Reports 1951, § 24; ver también Fiscal contra Kayishema y Ruzindana, TPIR, ICTR-95-1-T, § 88 (21 de mayo de 1999) (fallo de la Sala II); Fiscal contra Rutaganda, ICTR-96-3-T, § 45 (6 de diciembre de 1999); Fiscal contra Musema, ICTR-96-13-T, § 151

susceptible de ser calificado de genocidio son necesarios no sólo el acto material (aspecto objetivo) sino también la voluntad por parte del autor del delito (aspecto subjetivo). Esta última dimensión psicológica se vislumbra en “la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.”⁶⁷ Este elemento moral de la infracción suele entonces ser analizado como una “intención específica.”⁶⁸

La dificultad para probar este *dolus specialis* es evidente, no obstante que en general puede probarse a través de un razonamiento lógico a partir de los actos del acusado, de acuerdo con el principio según el cual se presume que una persona *quiere* las consecuencias de sus actos.⁶⁹ Por otro lado, pensamos que el factor cuantitativo que está representado por la idea de destrucción total o parcial de un grupo humano adquiere sus dimensiones en relación con la intencionalidad dolosa señalada anteriormente. En consecuencia, creemos que un asesinato individual sólo puede calificarse de genocidio si la intención que se encuentra en los orígenes de ese hecho apunta a la destrucción total o parcial de un grupo. En este sentido, resulta mucho más sencillo reconocer la existencia de un genocidio cuando el número de víctimas permite suponer la presencia de una política estatal de discriminación y exterminio.⁷⁰

Una vez analizada la definición de genocidio, resultan claras semejanzas con la noción de “limpieza étnica.” En razón de que la calificación de etnia es común a ambos conceptos, procederemos a realizar un análisis comparativo de ellos. Con este propósito pondremos especial énfasis en la noción de “etnia” tal como la concibe la jurisprudencia internacional. De esta manera podremos

(sentencia del 27 de enero de 2000); Fiscal contra Bagilishema, ICTR-95-1A-T, § 54 (sentencia del 7 de junio de 2001).

67. Ver J. Graven, *Les crimes contre l'humanité. La convention internationale sur le génocide*, 76 RECUEIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INT'L 490 (1950).

68. Ver *generalmente* NEHEMIAH ROBINSON, *THE GENOCIDE CONVENTION: A COMMENTARY* (Institute of Jewish Affairs 1960); ver también W.A. Schabas, *Le génocide*, en *DROIT INTERNATIONAL PENAL* 319-32 (H. Ascensio et al. eds., Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre 2002).

69. Ver *generalmente* TPIY, *The Prosecutor of The Tribunal Against Radovan Karadzic-Ratko Mladic* (sentencia del 11 de julio de 1996).

70. Ver *generalmente id.*

examinar e interpretar los términos relativos a “limpieza étnica” que hemos empleado previamente. Adicionalmente, nos referiremos a la jurisprudencia relativa a genocidio desarrollada por los Tribunales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Nos concentraremos en dos aspectos que servirán de sustento para nuestro análisis comparativo: el concepto de “grupo étnico,” por un lado (punto 4.3.1), y la penalización de la transferencia forzada de personas, por el otro (4.3.2).

1. El TPIR y los “grupos étnicos” dentro de la definición de genocidio

Para entender profundamente el genocidio como crimen internacional, debemos apartarnos de consideraciones estrictamente jurídicas para lidiar con reflexiones de carácter social y antropológico.⁷¹ En lo conceptual, el crimen de *genocidio* resulta inseparable de conceptos como los de etnocidio, pueblo o territorio. Estos términos integran en su conjunto una serie de variables claves en la discusión sobre los derechos de los indígenas y otras minorías étnicas.⁷² La sola idea de “grupo étnico” ha dado lugar a múltiples lecturas, desde diversas perspectivas.⁷³ Según algunos autores, el término *etnia* designa una comunidad que en gran medida se perpetúa biológicamente, comparte valores culturales fundamentales, integra un campo de comunicación e interacción y cuenta con miembros identificados claramente por otras comunidades.⁷⁴ No

71. Ver generalmente GENOCIDE(S) (K. Boustany et al. eds., Bruylant & Éditions de l'Université de Bruxelles 1999) (describiendo las distintas perspectivas que puede presentar el genocidio).

72. Ver generalmente D. M. LEWIS, INDIGENOUS PEOPLES, ETHNIC GROUPS, AND THE STATE (Allyn and Bacon 1997).

73. Ver NATIONALISM (J. & A. Smith eds., Oxford University Press 1994); CITIZENSHIP AND NATIONAL IDENTITY: FROM COLONIALISM TO GLOBALISM, (T. K. Oommen ed., Sage Publications 1997) (en lo relativo a las nociones antropológicas vinculadas con la “etnia”); ver también ETNICIDAD Y PLURALISMO CULTURAL (A. Barabas et al. eds., Instituto Nacional de Antropología e Historia 1986) (anotando que esta obra es un aporte considerable en nuestro idioma pese a la escasez de trabajos en español).

74. Ver generalmente R. Narroll, *Ethnic Unit Classification*, 4 CURRENT ANTHROPOLOGY 5 (1964).

obstante, la generalidad e idealización de este enfoque antropológico ya reconocidas por autores como Barth,⁷⁵ conducen a una restricción indebida de los alcances del término.

En otro ámbito debemos decir que los conflictos internos se multiplican hoy en todos los continentes, cuestionando la vinculación original entre “etnia” y “conflicto.” Terminado el paradigma de las guerras interestatales, pensamos que se ha dado lugar a conflictos locales cuya gravedad y novedad desarticulan todo el sistema de normas jurídicas generalmente aplicables a las controversias internacionales. Creemos que el caso trágico de Ruanda es un ejemplo en que el derecho internacional actual se ve obligado a enfrentarse con la calificación de un conflicto para poder determinar la ley aplicable a las conductas realizadas en su marco. Opinamos que la jurisprudencia del TPIR ha debido esmerarse en determinar qué conflictos quedan amparados en el término de genocidio. En base a los razonamientos de la Corte podemos entender la naturaleza del concepto “genocidio.” En este sentido, resulta imperioso entrelazar y articular las perspectivas del derecho internacional y la antropología.⁷⁶

Han sido pocas las instancias jurisprudenciales internacionales en las que se ha discutido el alcance de la definición de *genocidio*,⁷⁷ cobrando especial trascendencia las dos sentencias del Tribunal Penal para Ruanda dictadas de septiembre de 1998, donde por primera vez en el ámbito internacional se condena por genocidio a individuos criminalmente responsables.⁷⁸ Los casos *Kambanda*⁷⁹ y

75. Ver Fredrik Barth, *Introducción, en ETHNIC GROUPS AND BOUNDARIES: THE SOCIAL ORGANIZATION OF CULTURAL DIFFERENCE* 9 (FCE 1976) (sólo anoto que el autor realiza una sutil diferenciación sociológica entre “etnia” (unidad portadora de cultura) y “grupo étnico” (en tanto tipo organizacional)).

76. Ver generalmente R. Stavenhagen, *ETHNIC CONFLICTS AND THE NATION-STATE* (MacMillan Press Ltd. & St. Martin Press Inc. 1996); N. Rouland, S. Pierré-Caps & J. Poumarède, *DROITS DE MINORITÉS ET DES PEUPLES AUTOCHTONES* (Presses Universitaires de France 1999) (seguimos las opiniones relativas a la relación entre el Derecho Internacional y la Antropología).

77. Ver generalmente A. Cassesse, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 97-98* (Oxford University Press 2003).

78. Ver H. Ascencio, *Les tribunaux ad hoc pour l'ex Yougoslavie et pour le Rwanda, en DROIT INTERNATIONAL PENAL* 721 (H. Ascencio et al. eds., Éditions Pédone 2000) (indicando que los Tribunales Militares Internacionales de

*Akayesu*⁸⁰ presentan un valor histórico indudable, dado que en estos veredictos se introducen algunas consideraciones interesantes acerca de la calificación de los “grupos étnicos.” La Comisión de Expertos establecida en 1994 por el Secretario General de la ONU, informó sobre la existencia de graves violaciones y actos de exterminio llevados a cabo por los hutu contra los Tutsi de manera “sistemática, concertada, planeada y metódica.”⁸¹ Por su parte, Ren Degni-Ségui, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, describió en su informe de 1997 que el genocidio surgió en Ruanda a partir de causas político-históricas, económicas y socio-culturales.⁸²

Con el intento por calificar de genocidio actos realizados en el seno de un conflicto interno,⁸³ el TPIR identificó la existencia de los dos elementos que componen la noción:

[L]a cantidad elevada de atrocidades cometidas contra los Tutsi, su carácter generalizado no solamente en la comuna de Taba sino en todo el territorio de Ruanda, y el hecho de que las víctimas hayan sido escogidas sistemática y deliberadamente por motivos de su pertenencia al grupo Tutsi . . . permiten a la Sala deducir más allá de toda duda razonable la intención genocida del acusado en la comisión de los crímenes antes mencionados.⁸⁴

Nuremberg y del Extremo Oriente no preveían este crimen por motivos cronológicos evidentes).

79. *Ver generalmente* TPIR, Caso Fiscal contra Kambanda (sentencia del 4 de septiembre de 1998).

80. *Ver generalmente* TPIR, Caso Fiscal contra Akayesu (sentencia del 2 de septiembre de 1998); Paul. J. Magnarella, JUSTICE IN AFRICA. RWANDA'S GENOCIDE, ITS COURTS, AND THE UN INTERNATIONAL TRIBUNAL (Ashgate 2000) (indicando que en la condena del 2 de octubre de 1998, Akayesu fue condenado a prisión perpetua).

81. *Ver generalmente* Doc. ONU S/1994/1125; R. Peláez, Tribunal Internacional para juzgar las violaciones del Derecho Humanitario Internacional, 58 REV. DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA 15, 32 (1997).

82. *Ver generalmente Report on the Situation of Human Rights in Rwanda, Question on the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in any part of the World, with Particular Reference to Colonial and Dependent Countries and Territories*, UN Doc. E/CN.4/1997/61, §§ 13, 23 (1997).

83. *Ver* F. Kalshoven & L. Zegveld, CONSTRAINTS ON THE WAGING OF WAR 81 (International Committee of the Red Cross 2001) (nos referimos a actos considerados como genocidio dentro de conflictos internos).

84. *Ver* TPIR, *supra* nota 28. La traducción de la jurisprudencia internacional,

Este ánimo doloso se vincula con la intención de destruir, total o parcialmente, a uno de los cuatro tipos de grupos previstos en la definición.⁸⁵ Por su parte, la Comisión Internacional de Derechos Humanos identificó cuatro elementos que se requieren en el seno de la intención genocida:⁸⁶ Primero, la voluntad concreta de destruir a un grupo como tal y no a individuos que resulten miembros de un grupo al azar. Segundo, que se pretenda aniquilar a un grupo “como tal,” como entidad distinta de sus propios individuos. Tercero, que se pretenda una destrucción total o parcial y finalmente en cuarto lugar, que necesariamente se trate de uno de los grupos específicamente establecidos en la Convención.

En cuanto al elemento material o *actus reus*, crimen de genocidio siempre implica una “dimensión colectiva objetiva.”⁸⁷ Esta presunción emana del hecho de que las víctimas pertenecen a uno de los grupos determinados. No obstante, no es necesario probar la existencia exacta de las víctimas para que se configure el acto ilícito, como lo sostuvo el propio TPIR: “[I]ncluso si la cantidad de víctimas no se encuentra establecida con certeza, nadie puede en forma razonable discutir la existencia de matanzas generalizadas que se perpetraron en Ruanda en 1994, a lo largo de todo el país.”⁸⁸

Los diferentes grupos que pueden constituirse en objeto de destrucción total o parcial están explícitamente indicados en la definición. Sin embargo, su inclusión no contribuye a delimitar su

tanto aquí como en el resto del trabajo, nos pertenece.

85. Ver W. A. Schabas, *Article 6: Genocide*, en COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. OBSERVERS' NOTES, ARTICLE BY ARTICLE 109-11 (O. Triffterer ed., Nomos Verlagsgesellschaft 1999) (refiriéndonos al Artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y en especial al punto de que las presunciones de hecho han sido también reconocidas como un medio adecuado para inferir la intención del acusado a falta de otros elementos); TPIR sentencia contra Kayishema y Ruzindana, 21 de mayo de 1999, §§ 87-118; TPIR sentencia contra Rutaganda, 6 de diciembre de 1999, §§ 44-63; TPIR sentencia contra Musema, 27 de Enero de 2000 §§ 884-941 (pronunciándose respecto al tema de las presunciones).

86. Ver generalmente International Law Commission, *Commentary to the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind*, ILC Report, A/51/10 Artículo 17 (1996).

87. Ver N. Zakr, *Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international*, en 105 REV. GÉNÉRALE DE DROIT INT'L PUBLIC 303 (2001).

88. Ver generalmente TPIR *Akayesu*, *supra* nota 80, § 112.

contenido semántico. La propia Sala I, interviniente en el caso *Akayesu*, establece en su sentencia una serie de pautas interpretativas tendientes a echar luz sobre cada construcción sintáctica: para el TPIR, así, un “grupo nacional” es definido por la existencia de lazos jurídicos dados por una ciudadanía común entre sus miembros;⁸⁹ a su vez un “grupo étnico” se caracteriza por una lengua compartida o una cultura común,⁹⁰ un “grupo racial” por la presencia de rasgos físicos hereditarios, a menudo identificados con una región geográfica e independientes de otros factores como el lingüístico, histórico, nacional o religioso;⁹¹ y, finalmente, el “grupo religioso” se establece por la presencia de una misma religión o práctica confesional.⁹²

Junto a la determinación de las conductas en Ruanda, creemos que es necesario que los jueces evalúen la naturaleza del grupo Tutsi, para concluir si se cumple el elemento material que exige el cargo de acusación del fiscal. Concluimos que descartado que los Tutsi sean un grupo religioso, nacional o racial, el TPIR se enfrenta con la necesidad de justificar que los Tutsi constituyen un *grupo étnico*. Las dificultades tienen su origen en un análisis minucioso de la composición de los grupos de población *hutu* y *Tutsi*. Siguiendo el razonamiento de la Sala en torno a que todo grupo étnico califica generalmente dentro de un grupo cultural⁹³ o dentro de una lengua común,⁹⁴ pareciera evidente que esto no es lo que sucede en Ruanda.

89. *Ver id.* § 512 (citando a Corte Internacional de Justicia, Sentencia caso *Nottebohm* (Guatemala c. Liechtenstein), *Recueil des Arrêts de la CIJ*, 4 (1955)).

90. *Ver id.* § 513.

91. *Ver id.* § 514.

92. *Ver id.* § 515.

93. *Ver G. Haaland, Economic Determinants in Ethnic Processes, en ETHNIC GROUPS AND BOUNDARIES: THE SOCIAL ORGANIZATION OF CULTURAL DIFFERENCE 77* (Fredrik Barth ed., FCE 1976) (explicando que los *fur* y los *baggara* en el Sudán Occidental han permanecido con identidades étnicas diferenciadas porque a pesar de sus permanentes contactos han mantenido diversas culturas).

94. *Ver generalmente Henning Siverts, Ethnic Stability and Boundary Dynamics in Southern Mexico, en ETHNIC GROUPS AND BOUNDARIES: THE SOCIAL ORGANIZATION OF CULTURAL DIFFERENCE 131* (Fredrik Barth ed., FCE 1976) (declarando que las lenguas marcan una clara diferenciación entre las identidades étnicas en el Estado de Chiapas, por ejemplo, entre ladinos e indios).

Los jueces descubrieron que esto representaba una complicación adicional a la dificultad del ejercicio de una justicia internacional y se vieron forzados por la comunidad ruandesa a reconocer que “difícilmente podemos hablar de grupo étnico en el caso de los hutu y de los Tutsi, que comparten la misma lengua y la misma cultura.”⁹⁵

Según el tribunal, “etnia” representa la presencia de un idioma y de un sistema de coordenadas culturales comunes. Según esta lectura no se encuentra justificada la necesidad de enfrentar “étnicamente” a las agrupaciones. En estas circunstancias, parece más útil recurrir a un análisis histórico de los grupos hutu y Tutsi. Mientras en un primer momento la diferenciación era familiar y los desplazamientos sociales eran permitidos,⁹⁶ con la colonización se impuso una división “étnica” sumamente estricta entre ellos.⁹⁷

La Corte ha llegado a la conclusión de que esta diferenciación, concebida como “étnica,” adquirió un perfil definitivo en la sociedad, a tal punto que en los años que precedieron al genocidio “la identificación de personas como pertenecientes al grupo hutu o Tutsi (o twa) derivó en una parte integrante de la cultura ruandesa.”⁹⁸

La dificultad de hacer entrar a los grupos Tutsi y hutu en las categorías de los grupos “étnicos,” ha llevado a la Corte a procurar una extensión de las categorías de grupos protegidos por la Convención sobre Genocidio.⁹⁹ Bajo este raciocinio la Corte pudo calificar las masacres del grupo Tutsi como un genocidio, afirmando que “los Tutsi constituían sin duda, al momento de los hechos

95. *Ver TPIR Akayesu, supra* nota 80, § 122.

96. *Id.* § 79.

97. *Id.* § 80.

98. *Id.* § 169.

99. *Id.* § 511 (concluyendo:

Al parecer, en base a los trabajos preparatorios de la Convención sobre el genocidio, el crimen de genocidio habría sido concebido sólo para proteger a los grupos “estables” constituídos de manera permanente, a los cuales se pertenece desde el nacimiento, excluyendo a los grupos movibles, de los que se forma parte de modo voluntario, como sucede con los grupos políticos o económicos. Así, un criterio común a los cuatro órdenes de grupos protegidos por la Convención sobre el genocidio es que la pertenencia a dicho grupo no parecería ser normalmente puesta en duda por sus miembros, que pertenecen a él de oficio, por nacimiento, de manera continua y a menudo irremediable.).

alegados, un grupo estable y permanente.”¹⁰⁰ Para algunos autores, el razonamiento que conduce a esta calificación es ciertamente discutible. Según Maison, es muy delicado en el marco del proceso penal extender la definición del genocidio más allá de sus términos explícitos. Afirma que el reenvío que hace la Convención del Genocidio a la intencionalidad de los autores lleva a utilizar descripciones de grupos humanos hoy científicamente cuestionables.¹⁰¹

Pese a estas críticas la sentencia tiene puntos destacables uno de ellos, y sin duda el más positivo, radica en que la “extensión” del concepto se efectúa en condiciones de extrema cautela y tiene que ver con una percepción subjetivista de la noción de “grupo” que desplaza la arbitrariedad de visiones objetivas.

Numerosas críticas se hicieron a la noción de genocidio tal como había sido incluida en la Convención de 1948. Desde que la Convención entró en vigor, hubo algunos que opinaron que hubiese sido mucho más eficaz incluir también la persecución de grupos *políticos* entre las categorías descritas.¹⁰² Siguiendo un criterio más adecuado, la Corte optó por no coincidir con esta línea de

100. *Id.* § 695.

101. *Ver generalmente* R. Maison, *Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda*, 103 REV. GENERALE DE DROIT INT'L PUBLIC 129 (1999).

102. *Ver* B. Van Schaak, *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, 106 YALE L.J. 2259 (1997); C. D. González, *El genocidio: su necesaria ampliación conceptual*, en LECCIONES Y ENSAYOS 223 (1997) (En cambio, la persecución por motivos políticos estaba prevista en el Tribunal de Nuremberg, aunque no se preveía bajo el crimen de genocidio); *ver también* J. Barboza, *International Criminal Law*, en 278 RECUEIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INT'L 58 (La Haye 2000) (en este Tribunal, sin embargo, y aunque no estaba previsto como delito, se utilizó el término *avant la lettre* cuando en el escrito de acusación del 8 de octubre de 1945 se habló de “genocidio deliberado y sistemático” entendido como “exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos territorios ocupados con el fin de destruir determinadas razas o clases de la población y grupos nacionales, raciales o religiosos”); A. BLANC ALTE MIR, LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO CRIMEN INTERNACIONAL 173 (Editorial Bosch 1990); J. B. DELGADO CÁNOVAS, EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA LUZ DEL ESTATUTO Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA 140-41 (Editorial Comares 2000) (es notorio que tampoco se haga referencia al genocidio de grupos políticos).

pensamiento, que hubiese suscitado polémica por incorporar modificaciones al concepto de genocidio, situación que ninguno de los documentos internacionales en la materia acepta. En cambio, prefirió analizar el término en base a los trabajos preparatorios de los negociadores del texto de la Convención. Con ello, los jueces concluyeron que a pesar de que ni social ni antropológicamente estamos en presencia de dos *etnias*, sin embargo parece evidente que los hutu tenían plena *conciencia* de que los Tutsi constituían un grupo étnico diferenciado y, en este sentido, su masacre había sido planificada.¹⁰³

La importancia que tiene el reconocer a un grupo humano como etnia constituye un avance en el plano jurídico respecto de una noción propia de la antropología social. Sin duda, el pensamiento que motiva la decisión final en el caso *Akayesu* responde plenamente a la necesidad de presentar un concepto dinámico de “identidad étnica” que permite hacer concordar las conductas analizadas con la situación planteada en el contexto legal. Las definiciones estáticas complican la identificación de un grupo étnico, y es necesario tomar en consideración aspectos prácticos que nos lleven a confirmar o discutir esa noción. Así, queda claro que a partir de los razonamientos del TPIR que un grupo étnico constituye un tipo de organización basada en el reconocimiento que los mismos miembros del grupo hacen de ellos así como la identificación que hacen terceros. Ninguna clasificación debe darse *in abstracto*, así como ninguna sociedad puede ser examinada exclusivamente desde la rigidez de las normas jurídicas. Las reglas deben ser interpretadas, y el criterio que debe prevalecer en los casos en el cual el sentido literal deja de ser suficiente, es el que consagra la voluntad del legislador o el espíritu de la ley. Apartarse así de “definiciones

103. *Ver TPIR Akayesu, supra* nota 80, § 702 (concluyendo:

...la Sala es de la opinión que, en Ruanda en 1994, los Tutsi constituían un grupo mencionado como “étnico” en las registros oficiales. . .La Sala notó además que todos los testigos ruandeses que comparecieron ante ella invariablemente contestaron en forma espontánea y sin dudas las preguntas del fiscal acerca de su identidad étnica. Por consiguiente, la Sala considera que, en cualquier caso, en el momento de los acontecimientos alegados, los Tutsi constituían efectivamente un grupo permanente y estable y eran identificados como tales por todos);

Ver generalmente F. KEANE, *SEASON OF BLOOD: A RWANDAN JOURNEY* (Viking 1995).

universales” implica positivamente dejar paso al reconocimiento de criterios extra-jurídicos que reflejan mejor la realidad cotidiana de cada civilización.

En síntesis, la internacionalización de una instancia jurisdiccional supone un problema concreto referido a la compatibilidad entre los principios legislativos locales y una pretensión de universalidad. En este sentido, el caso del TPIR es único en el continente africano:¹⁰⁴ se trata de una corte de carácter internacional que se ocupa de juzgar y sancionar a los responsables de haber violado normas aplicables a un conflicto interno desarrollado dentro de las fronteras del Estado de Ruanda. Conciliar la tradición jurídica nacional con los imperativos de una justicia supra-estatal origina severas dificultades para la puesta en práctica de la Corte.

Por su parte, hemos visto cómo los alcances de la noción de *genocidio* contribuyen a profundizar estas complicaciones. Así, frente a una definición prevista en el Estatuto del TPIR, que constituye una réplica de lo estipulado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la realidad propia del conflicto ruandés obliga a replantear algunas cuestiones fundamentales.¹⁰⁵

El TPIR se pregunta en sus primeras sentencias cómo o según qué criterios se puede definir al grupo de los Tutsi,¹⁰⁶ todo ellos a fin de

104. Ver C. M. Peter, *El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sancionar a los asesinos*, 144 REV. INT'L DE LA CRUZ ROJA 750 (1997); G. Erasmus & N. Fouire, *El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: ¿Se han Examinado Todas las Cuestiones? ¿Puede Compararse con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica?*, 144 REV. INT'L DE LA CRUZ ROJA 751, 752 (1997) (una clara distinción puede plantearse entre este tribunal y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación establecida en Sudáfrica para superar los conflictos sobrevenidos a partir de las prácticas del apartheid). Por lo demás, es interesante dar cuenta que en Sierra Leona, donde también hubo un conflicto de grandes proporciones, se decidió apartarse del camino de los mecanismos jurisdiccionales *ad-hoc* para crear un tribunal nacional bajo supervisión de la ONU. La situación de una posible corte para Camboya, por su parte, sigue en discusión. *Id.*

105. Ver Frederik Harhoff, *The Rwanda Tribunal: A presentation of some legal aspects*, 321 REV. INT'L DE LA CRUZ ROJA 665 (1997), disponible en http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JNZ4?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print (última visita el 2 de octubre de 2004).

106. Ver la sentencia en la causa No. ICTR-96-4-T de la Corte Penal Internacional para Ruanda, el Fiscal v. Jean Paul Akeyesu, párrafos 78-87 (el 2 de

analizar lo previsto en el artículo 2 del Estatuto.¹⁰⁷ Los hutu y los Tutsi hablan el mismo idioma y comparten la misma religión. Los matrimonios interétnicos han imposibilitado prácticamente, por generaciones enteras, cualquier distinción biológica y cultural. En las tarjetas de identidad expedidas a todos los ruandeses se indica efectivamente la etnia del titular de la tarjeta, pero los criterios según los cuales los ciudadanos ruandeses son identificados originalmente como pertenecientes a uno o a otro grupo (las bases que sirvieron para expedir dichas tarjetas) no pueden considerarse como verdaderamente *objetivos* para una clasificación nacional, étnica, racial o religiosa.¹⁰⁸ Por lo tanto, el enfoque más plausible para identificar al grupo Tutsi – según concluye la Sala interviniente del Tribunal – es aplicar un *criterio subjetivo*, según el cual se determina que el grupo Tutsi está integrado por aquellas personas que se consideran a sí mismas como Tutsi o que se sabía que lo eran.¹⁰⁹ En

Septiembre de 1998) (estableciendo el contexto histórico con presencia extranjera influyente en el proceso de separación y oposición social política de la mayoría Hutu y la minoría Tutsi); *id.* párrafo 513 (estableciendo que un grupo étnico es generalmente definido como un grupo cuyos miembros comparten una lengua o cultura común); *id.* párrafo 702 (estableciendo que los Tutsi constituían un grupo referido como étnico en la clasificación oficial de Ruanda y que ellos constituían un grupo estable y permanente y así eran identificados por todos); la sentencia en la causa No. ICTR-95-1-T, de la Corte Penal Internacional para Ruanda, el Fiscal v. Clement Kayishema y Obed Ruzindana, párrafos 522-526 (el 21 de Mayo de 1999 (señalando a los Tutsi como un grupo étnico y que las víctimas fueron objeto de crímenes en tanto miembros del grupo étnico).

107. *Ver* el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Ruanda, *supra* nota 28, Artículo 2 Genocidio (estableciendo el poder para procesar personas envueltas en la comisión de actos definidos como genocidio).

108. *Ver* el Reporte de la Comisión de Expertos establecido por la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, párrafos 59-61 (señalando que la identidad étnica es determinada sólo considerando la etnicidad del padre y no de la madre, que matrimonios mixtos interétnicos abundan y sugiriendo que la diferencia étnica fue basada en tarjetas de identificación); *ver también* VIRGINIA MORRIS Y MICHAEL P. SCHARF, EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA 48-49 (Transnational Publishers 1998) (señalando la predominante similitud de Humus y Tutsis en idioma, religión, rasgos físicos y matrimonios mixtos; y que las diferencias se desarrollaron a partir de actividades y estatus económicos así como de la división social y política auspiciada por intereses coloniales extranjeros).

109. *Ver* la Sentencia contra Kayishema y Ruzindana, párrafo 98 (señalando que un grupo étnico es aquel cuyos miembros se distinguen ellos mismos como grupo o aquél identificado como grupo por otras personas incluyendo los autores de los

sentencias posteriores del TPIR, queda reconocido en forma explícita este criterio: un grupo étnico, pues, es también aquello que los otros, y principalmente los autores de los crímenes,¹¹⁰ reconocen como tal.¹¹¹

Es cierto que aplicar este parámetro subjetivo para identificar al grupo de los Tutsi no es en esencia contradictorio con las previsiones de la Convención sobre genocidio ni con lo fijado en el Artículo 2 del Estatuto del TPIR, pero tampoco parece desprenderse en forma natural de los principios contenidos en dichos documentos. La justificación del razonamiento se desprende en realidad de dos elementos: en primer lugar, de una lectura diacrónica del fenómeno (desde el período de colonización belga hasta la actualidad)¹¹² y, en segundo lugar, de la intención de los redactores de la Convención que—según los jueces del TPIR—radicaba fundamentalmente en la protección de todo grupo *estable y permanente*.¹¹³

Esto es importante si advertimos que, en el seno de la incipiente justicia penal internacional, el genocidio es concebido como un delito de una gravedad particular. En las propias decisiones jurisprudenciales termina apareciendo esta calificación del genocidio como un crimen agravado. Precisamente, en la sentencia condenatoria contra Kambanda, se confirmó que este crimen, por sus particularidades, debía analizarse como un acto ilícito grave. El TPIR sostiene que:

No parece dudoso... que las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II, a pesar de su gravedad, son consideradas como crímenes menores que el genocidio y el crimen contra la humanidad. Por el contrario,... parece más difícil

crímenes).

110. Ver la Sentencia en la causa No. IT-95-10-T, el Fiscal v. Goran Jelisic, de la Corte Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, párrafo 70 (citando la causa contra Kayishema y Ruzindana ante el tribunal internacional para Ruanda).

111. Ver Fiscal contra Kayishema y Ruzindana (ICTR-95-1-T), fallo de la Sala II, § 98 (sentencia del 21 de mayo de 1999); ver también Fiscal contra Rutaganda (ICTR-96-3-T), § 56 (sentencia del 6 de diciembre de 1999); Fiscal contra Bagilishema (ICTR-95-1A-T), § 55 (sentencia del 7 de junio de 2001).

112. Ver TPIR, Caso Fiscal contra Rutaganda, fallo del 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T, §§ 377, 399.

113. TPIR, Caso Fiscal contra Akayesu, Sala I, fallo del 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T.

establecer una jerarquía entre el genocidio y el crimen contra la Humanidad respecto de su gravedad respectiva.¹¹⁴

A pesar de que en ningún momento se efectúa una clasificación jerárquica entre los crímenes internacionales, queda claro que existe una suerte de primacía compartida por el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, frente a la tercera categoría de las violaciones al derecho de la guerra.

Es precisamente la importancia relativa del genocidio, su amplitud y el factor de discriminación inherente, lo que lleva al compromiso imperioso de un examen puntual y detallado de cada una de sus características. Está claro que no debe aplicarse una noción técnica a un caso concreto, como en un método matemático-deductivo, sino que cada circunstancia necesita ser apreciada a la luz de una concepción flexible que tenga en cuenta los matices de la realidad que se examina. Sólo así los requisitos que plantea la definición de genocidio cobran vida.¹¹⁵

Las repercusiones de un razonamiento como el analizado no permanecen limitadas al propio campo del tribunal, y tal vez en esto radique su verdadera importancia. Si la definición precisa de genocidio puede resultar compleja en el caso del TPIR, mucho más lo será en el caso de la Corte Penal Internacional (CPI) creada en 1998 y actualmente en funcionamiento, donde ya no se someten los acusados de un único conflicto sino de cualquier parte del mundo en la que se hayan cometido violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos.

En las discusiones que llevaron a la última ronda de negociaciones en Roma, los representantes de los Estados decidieron por mayoría excluir de la noción de genocidio la mención de otros grupos protegidos, tales como los políticos, económicos y sociales.¹¹⁶ No

114. *Ver* Caso Fiscal contra Kambanda, § 14.

115. *Ver* TPIR, Caso Fiscal contra Rutaganda, fallo del 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T, § 56 (“Los conceptos de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos han sido ampliamente investigados... en la actualidad, no existen definiciones precisas generalmente aceptadas en el ámbito internacional. Cada uno de estos conceptos debe ser examinado a la luz de un contexto político, social y cultural determinado.”).

116. *Ver* UN Doc. A/C.6/SR. 128 (notando que en Roma, por ejemplo, se

obstante, si bien quedó claro en la reiteración del concepto tradicional la falta de consenso internacional para ampliar sus alcances, debemos tener en cuenta que los precedentes de Ruanda permiten dar cuenta de un crimen particular que debe ser examinado en cada caso concreto—como vimos—a la luz de ciertos criterios como la permanencia o la estabilidad. Los motivos para esto resultan más que evidentes: si la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* constituye un avance claro del derecho penal internacional,¹¹⁷ en una jurisdicción creada por los Estados como es la CPI, donde el genocidio sigue constituyendo el crimen por excelencia,¹¹⁸ la capitalización de estas experiencias y de estos avances locales no puede ser despreciada.

2. El TPIY y la transferencia forzada de personas

Estos avances del TPIR en materia de genocidio fueron capitalizados, además, en el seno del TPIY. Luego de que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU identificara por primera vez en forma expresa que los actos cometidos en Bosnia-Herzegovina y Croacia constituían “genocidio,” tal como está establecido en la definición convencional, fueron numerosas las instancias en las que se mencionó el crimen para referirse a la situación en la ex-Yugoslavia. Esto nos resulta sumamente significativo, si tenemos en cuenta que la noción de “limpieza étnica” proviene, precisamente, del contexto de este conflicto.

enfrentaron los argumentos a favor de la inclusión de nuevos grupos, sostenidos por países como Cuba, y quienes persistieron en rechazarlos, tales como Irlanda).

117. Ver generalmente José Alejandro Consigli y Gabriel Pablo Valladares, *Los Tribunales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda, precursores necesarios de la Corte Penal Internacional*, I-II REV. JURÍDICA DE BUENOS AIRES 55, 79 (1998); Hortensia D. T. Gutiérrez Posse, *La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario – los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual*, 1 de febrero de 2001 disponible en <http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList74/4E133B11C35B67C7C1256DE100641758> (última visita el 2 de octubre de 2004).

118. Ver M. Cherif. Bassiouni, *Nota Explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 71 REV. INT'L DE DROIT PENAL 1 (2001).

Antes del caso *Fiscal contra Jelesic*¹¹⁹ no encontramos en la jurisprudencia del TPIY más que comentarios laterales con relación al genocidio. A partir de este precedente, en gran medida el TPIY repitió las principales observaciones efectuadas previamente por el TPIR. En virtud del carácter de las acciones llevadas adelante en todo el territorio bosnio, la corte debió enfrentarse—entre otros múltiples temas—con la necesidad de evaluar si la transferencia forzada de población podía ser interpretada como crimen de genocidio. Así, ya en 1995 uno de los jueces del tribunal sostuvo que la política de trasladar por la fuerza a un grupo humano determinado desde el territorio de Srebrenica podía ser concebido como genocidio: “la política de ‘limpieza étnica’ referida anteriormente presenta, en su manifestación última, características genocidas.”¹²⁰

La aproximación de ambas nociones también fue desarrollada en otros casos del tribunal,¹²¹ e incluso puesta de manifiesto en numerosos fallos de cortes alemanas. Así, por ejemplo, en el asunto *Karadzic*, el OLG Dusseldorf decidió que la expulsión de la población musulmana por parte de los serbios constituía una voluntad de hacerlos “desaparecer” (*verschwinden*) y, por ende, era asimilable el caso a la *destrucción* que particulariza al genocidio.¹²² Al participar en las deportaciones y traslados forzosos, otro tribunal alemán opinó que se provocaron con ellos “condiciones destructivas de vida,” y, por lo tanto, ratificó la configuración de genocidio.¹²³ No obstante, la falta de unanimidad doctrinaria se manifiesta en la existencia de opiniones divergentes. Así, en una sentencia de 2001, la Corte Suprema de Kosovo sostuvo:

119. Ver TPIY, Caso Fiscal contra Jelesic, sentencia del 14 de diciembre de 1999, IT-95-10-T.

120. Ver TPIY, Caso Fiscal contra Karadzic y Mladic, 16 de noviembre de 1995, IT-95-18-I (opinión del juez Riad).

121. Ver TPIY, Caso Fiscal contra Nikolic, decisión sobre la regla 61 del 20 de octubre de 1995, IT-94-2-R61, § 34; Caso Fiscal contra Karadzic y Mladic, decisión sobre la regla 61 del 11 de julio de 1996, IT-95-5-R61 & IT-95-18-R61, § 4.

122. Ver OLG Dusseldorf, fallo del 26 de septiembre de 1997, 2 StR 8/96, §§ 24-25, 162.

123. Ver BayOLG, Kuslic, 15 de diciembre de 1999 (estableciendo que la ‘limpieza étnica’ buscaba la destrucción de la población musulmana que habitaba esa región) (traducción por los editores).

Ciertamente, la característica esencial del acto criminal de genocidio es la destrucción intencional de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Sin embargo, la sentencia apelada sólo consideraba que el acusado, expulsando por la fuerza a la población de sus hogares en condiciones de vida intolerables, estaba preparado para aceptar la consecuencia de que parte o la totalidad del grupo de población albanesa de estos pueblos fueran exterminados. Esta motivación no caracteriza el intento de destruir un grupo étnico en todo o en parte. Más generalmente, de acuerdo con la Corte Suprema, las expulsiones cometidas por el régimen de Milosevic en 1999 no pueden ser calificadas como actos criminales de genocidio, puesto que su propósito no era la destrucción del grupo étnico albanés en todo o en parte, sino su partida forzada de Kosovo como resultado de una campaña sistemática de terror que incluyó asesinatos, violaciones, incendios y graves maltratos.¹²⁴

Como se advierte en este pasaje, queda claramente diferenciado el genocidio de la “limpieza étnica.” De hecho, aparece una distinción clara entre lo que implica la destrucción de un grupo, como finalidad, y la búsqueda de lograr la “depuración” de una determinada zona del Estado. Ambas finalidades, además, están necesariamente acompañadas de medios diferentes. Mientras que la destrucción total o parcial es alcanzada o perseguida a través de la realización de medidas en general violentas, debemos tener en cuenta que la “limpieza étnica” puede fundarse en medios exclusivamente administrativos.

En el caso *Jorgic*, la Corte Constitucional Alemana concluyó que la expulsión sistemática puede constituir un método de destrucción y, por ende, representar una indicación de la intencionalidad destructiva.¹²⁵ Este punto puede resolver las aparentes contradicciones en la jurisprudencia y en la doctrina, mostrando que la deportación o transferencia de población civil constituiría una simple indicación de la que sólo se puede *inferir*, cuando se complementa con otros indicios, la presencia de una voluntad genocida.

124. Ver Caso Vuckovic, Corte Suprema de Kosovo, República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), sentencia del 31 de agosto de 2001, A.PÁG. 156/2001.

125. Ver *Jorgic*, 12 de diciembre de 2000, § 24. En igual sentido, consultar TPIY, Caso Fiscal contra Krstic, sentencia del 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, §§ 589-598.

El Estatuto de Roma de la CPI, al prever las diferentes modalidades en que puede manifestarse el genocidio, reproduce las consideraciones de la Convención de 1949 (Artículo 2.c) señalando que una de sus materializaciones en la práctica es la “transferencia forzada de niños.” A pesar de las numerosas polémicas que originó este texto en el seno de la Comisión Preparatoria, debemos señalar que en ningún punto se discutió la posibilidad de extender el alcance para cubrir la deportación de personas civiles en su conjunto.¹²⁶ Sin embargo, en algunas ocasiones desarrollos interpretativos posteriores dejaron claro que la expulsión forzada de población de un territorio determinado—supuesto que hemos visto como típico en la “limpieza étnica”—podía ser considerada genocidio si con ello se fomentaba o pretendía como fin último la destrucción de todo o parte del grupo. Empero, y para no convertir esta afirmación en una verdad absoluta, será preciso atender a las circunstancias de cada caso, de modo que no se presuma innecesariamente en toda expulsión (directa o indirecta) de población una voluntad destructiva.¹²⁷

CONCLUSIONES

Hoy en día el término “limpieza étnica” empieza a ser generalizado para identificar—desde posturas políticas determinadas—situaciones que se vienen produciendo en todo el planeta: ha sido invocado para describir numerosas acciones y campañas militares o ideológicas.¹²⁸ Su generalidad en diversos medios periodísticos y en algunas instancias judiciales por parte de magistrados o

126. Ver Charles Garraway, *Article 6(e)*, en *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ELEMENTS OF CRIME AND RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE* 54-55 (Transnational Publishers 2001).

127. Ver Kai Ambos & Steffen Wirth, *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts*, en *INTERNATIONAL AND NATIONAL PROSECUTION OF CRIMES UNDER INTERNATIONAL LAW: CURRENT DEVELOPMENTS* 769 (Arno Spitz 2001) (“Thus, it remains unclear whether...expulsions are (always or regularly) ‘conditions of life’ calculated to bring about physical destruction or if the latter is a separate requirement.”).

128. Ver NORMAN M. NAIMARK, *FIRES OF HATRED: ETHNIC CLEANSING IN TWENTIETH-CENTURY EUROPE* (Harvard University Press 2002) (examinando, por ejemplo, la masacre armenia, el holocausto nazi, las expulsiones soviéticas de los chechenios, y los tártaros de Crimen).

representantes estatales conduce a que sea imprescindible acotar su sentido y su interpretación.

En función de lo examinado, y frente a concepciones teóricas como las de Bell-Fialkoff o Petrovic, que criticamos, nos parece mejor la definición de "limpieza étnica" del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Tadeusz Mazowiecki, quien en el Sexto Informe de su segunda serie¹²⁹ sostuvo que ésta puede identificarse con la purga sistemática de la población civil fundada en criterios étnicos, con vistas a obligarla a abandonar los territorios en los que vive. Desde nuestra perspectiva, conviene concluir que la limpieza étnica se concibe como el conjunto sistemático de prácticas tendientes a eliminar, reducir, expulsar o marginalizar, por medios diversos, un determinado grupo étnico que ocupa determinado territorio, por parte de otro grupo de individuos que detenta el poder y que ve al primero como un factor poblacional indeseable que se busca "purgar."

De acuerdo con lo desarrollado, se percibe que sólo en una de sus modalidades el genocidio se vincula con grupos étnicos; sin embargo, a pesar de ello, la relación entre ambos conceptos ha sido extensamente explotada, y en algún punto debemos reconocer que existe un nexo evidente que aproxima al "crimen de los crímenes" con la noción de "limpieza étnica." ¿Puede, entonces, sostenerse directamente que la limpieza étnica es, como tal, un caso de genocidio?

Responder afirmativamente a la pregunta supondría incurrir en una peligrosa confusión. No hay dudas acerca de la existencia de un evidente subjetivismo en el seno de ambas conductas (que alude al hecho de tener que posicionarse en el lugar de un sujeto que reconoce un grupo específico y que tiene la intención de combatir a un determinado grupo de individuos). También podemos determinar que en ambos casos suele haber una planificación estatal que sustenta la campaña de exterminio o deportación. Sin embargo, no podemos asumir que ambos términos son sinónimos.

Muchos autores, al sancionar las actitudes de ciertos gobernantes en regímenes despóticos, prefieren considerar una noción amplia de "limpieza étnica" para enfatizar abiertamente sus posibles

129. *Sixth Report II*, UN Doc. E/CN.4/1994/110, pág. 44.

consecuencias y ampliar su responsabilidad frente a la opinión pública; para ello, se ven obligados a justificar la inclusión, dentro de la esfera de aplicabilidad de la expresión, del desplazamiento forzado de grupos que, no siendo étnicos, son en cambio religiosos, raciales o nacionales. Esta similitud con el contenido del tipo genocida no encuentra, en nuestra opinión, razón de ser. Consideramos preferible reconocer una definición acotada de “limpieza étnica,” tomando en cuenta la jurisprudencia internacional. Según el propio TPIR, no puede restringirse la idea de “grupo étnico” a criterios limitativos, sino que debe atenderse a una perspectiva subjetiva que incluya todos aquellos grupos que sean percibidos (por sí o por otros) como tales, con cierta permanencia. Así, para extender la noción de “limpieza étnica” y abarcar mayor cantidad de supuestos, basta con tener en cuenta que el adjetivo “étnico” apunta a la identificación de grupos *estables* y debe ser definido con los alcances subjetivos acordados por la jurisprudencia internacional; no es necesario, entonces, “copiar” las clases de grupos que sustentan la tipificación del genocidio.

Por lo demás, desde la propia redacción del Convenio de 1949, el genocidio implica una voluntad precisa de *destrucción*. De hecho, todas las modalidades que se subsumen en el concepto pueden orientarse hacia la voluntad de *exterminar* un grupo en forma total o parcial, sea a través de lo que la doctrina llama genocidio físico (por muerte de los miembros del grupo, lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial) o biológico (imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, traslados forzados de niños del grupo a otro grupo, adopción de medidas destinadas a impedir embarazos, agresiones sexuales).¹³⁰ Así, dentro de la noción de genocidio sólo cobran sentido acciones que tienen que ver con el uso de la violencia física o psicológica; las acciones no violentas parecieran, al menos en principio, no tener lugar dentro del concepto. En cambio, y tal como hemos visto, la “limpieza étnica” incluye en la práctica una variedad de mecanismos

130. Ver PIETER NICOLAAS DROST, THE CRIME OF STATE. PENAL PROTECTION FOR FUNDAMENTAL FREEDOMS OF PERSONS AND PEOPLES 10 (A.W. Sythoff, vol. II, 1959).

de acción, de los cuales el exterminio de la población que resulta blanco de la campaña es tan sólo uno: "Population cleansing. . . covers a wide range of phenomena from genocide at one end to subtle pressure to emigrate at the other."¹³¹

131. *Ver* ANDREW BELL-FIALKOFF, *ETHNIC CLEANSING* (St. Martin's Press 1996).

Podemos sintetizar nuestras conclusiones en un esquema que permita dar cuenta de las similitudes y diferencias entre ambas nociones:

GENOCIDIO	LIMPIEZA ÉTNICA
<p>Medios de acción: violentos (muerte, lesiones, sometimiento a determinadas condiciones de existencia, impedimento de nacimientos, transferencia forzada de niños) y, excepcionalmente, algunos no violentos (si se demuestra que apuntan, aunque sea indirectamente, al exterminio del grupo)</p> <p>Intención: destruir</p> <p>Víctimas: grupo nacional, étnico, racial o religioso</p>	<p>Medios de acción: violentos (muerte, lesiones, sometimiento a determinadas condiciones de existencia, impedimento de nacimientos, transferencias forzadas de población) y, más habitualmente, no violentos (amenazas, campañas mediáticas, legislación, despidos, políticas de desplazamiento interno, etc.)</p> <p>Intención: “limpiar” el territorio (para ese fin, destruir, reducir, minimizar, deportar, expulsar, transferir, apartar, entre otros medios)</p> <p>Víctimas: grupo étnico</p>

Generalmente los medios de acción en el caso de genocidio son violentos porque, lógicamente, la intención fundamental está determinada por la *destrucción* del grupo. En cambio, otros medios menos agresivos pueden constituir “limpieza étnica,” cuando lo que se busca no es tanto aniquilar a un grupo sino “limpiar” el área; bastaría para esta finalidad con desplazar al grupo fuera del territorio nacional (por ejemplo, la sanción de leyes, que difícilmente una corte se atrevería a calificar de acto genocida, puede constituir un

instrumento eficaz para promover la emigración o el éxodo poblacional).

De esta manera, los actos que caracterizan todo proceso de “limpieza étnica” pueden, constituir en algún punto una violación a los derechos humanos¹³² o al derecho internacional humanitario¹³³ y por lo tanto ser calificados de crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. También es evidente que, en algunos casos puntuales, puede aproximarse a la noción ya tradicionalmente acordada de genocidio.

Al igual que lo que sucede con el terrorismo, la “limpieza étnica” supone un concepto que se utiliza en un sentido claramente político; en este sentido, es posible identificar que abarca una amplia gama de acciones estatales con una determinada finalidad consistente en la purificación territorial. Si queremos encontrar su alcance jurídico, en virtud de que tanto tribunales internacionales como órganos de la ONU se han referido a ella, debemos tener en cuenta que se trata en verdad de un crimen *sui generis* que, como tal, no puede subsumirse ni confundirse con otros crímenes previstos en los diferentes instrumentos convencionales.

No obstante, debemos señalar que no por ello los actos que pueden ser identificados como manifestaciones de una campaña de “limpieza étnica” quedarán impunes en el ámbito internacional. Aunque específicamente no esté establecido en el Estatuto de la CPI, las aproximaciones examinadas permiten dar cuenta que, en aquellas situaciones más graves, el crimen puede perfectamente ser atribuido penalmente a un individuo¹³⁴ y quedar subsumido en algunas de sus

132. Ver por ejemplo “Ethnic cleansing” and racial hatred,

A/RES/47/80, 16 de diciembre de 1992, § 3 (reafirmando que la limpieza étnica es totalmente incompatible con los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos).

133. Ver por ejemplo *The Situation in Bosnia and Herzegovina*, A/RES/46/242, 25 de agosto de 1992.

134. Ver Kai Ambos, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis*, en SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW. THE EXPERIENCE OF INTERNATIONAL AND NATIONAL COURTS 30-31 (Gabrielle Kirk McDonald et al. eds., Kluwer 2000) (notando que la ‘limpieza étnica’ presenta las características esenciales que son capaces de originar la responsabilidad penal individual: la participación objetiva en la comisión y el aspecto subjetivo del conocimiento y la intención.). Estos elementos, junto con las diversas formas de expansión de la imputación, por

características bajo alguna de las tres figuras delictuales ya previstas en la competencia *ratione materiae* de los tribunales. Sería un error decir que la “limpieza étnica” no se encuentra sancionada en las disposiciones convencionales y consuetudinarias del *ius gentium*.

A lo largo de este trabajo, hemos propuesto un examen detallado de la figura, examinando sus alcances y prestando atención a las modalidades de su invocación, para advertir las condiciones en que puede originar la necesidad de castigo en el ámbito internacional. Esperamos haber plantado la necesidad de crear conciencia respecto de la utilización jurídica de un término político (voluntariamente mencionado, muchas veces, para evitar la recurrencia a términos connotados por su sentido técnico-jurídico). Desde los recientes avances en la materia, se vislumbran en la jurisprudencia de los tribunales penales que la “limpieza étnica” ha hecho su ingreso definitivo en las discusiones que pueblan el nuevo derecho internacional.

* * *