

Caso Vasiliauskas contra Lituania

El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos

Kai Ambos

Georg-August Universität Göttingen

Abstract*

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emitió en el caso *Vasiliauskas contra Lituania*¹ una sentencia fundamental, con relación a la cuestión general sobre cómo regímenes nuevos deben hacer frente a violaciones graves de derechos humanos que han ocurrido bajo un régimen anterior. Esta cuestión se vio agravada por el hecho de que el régimen anterior era el de la Fuerza de Ocupación soviética en el territorio de los Estados Bálticos, y el régimen nuevo (Lituania) surgió con la disolución de la ex Unión Soviética, como una de las varias consecuencias de la caída del muro de Berlín. En 1953, época en la cual trabajaba para el Servicio Secreto Soviético, el peticionario participó en el homicidio de dos miembros del movimiento partisano de Lituania. Por esta razón, fue condenado en los tribunales nacionales por el crimen de genocidio. La Gran Sala del TEDH sostuvo, en una decisión muy dividida de nueve votos a favor y ocho en contra, que esta condena violaba el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Después de resumir los argumentos principales tanto de la mayoría de la Sala como de la opinión disidente, en este trabajo se considerarán cinco problemas: la estructura peculiar del delito de genocidio; el concepto de “previsibilidad” (foreseeability) del TEDH; el concepto de “grupo nacional” en el contexto de movimientos de resistencia armada; la relación entre interpretación judicial y legalidad; y, finalmente pero no menos importante, el rol general de las cortes internacionales en el tratamiento de eventos sensibles del pasado, como el que se trató en esta decisión.

Im Fall Vasiliauskas v. Lithuania hatte die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die rechtlich schwierige und politisch heikle Frage zu entscheiden, wie vergangene schwere Menschenrechtsverletzungen nach einem Regimewechsel durch das neue politische Regime im Lichte der EMRK behandelt werden sollten. Erschwerend kam im vorliegenden Fall hinzu, dass das ehemalige Regime die sowjetische Besatzungsmacht im Baltikum war und das neue Regime (Litauen) als Ergebnis des Zerfalls der Sowjetunion entstand und damit nicht nur ein Regime- sondern sogar ein Systemwechsel stattgefunden hatte. Der Beschwerdeführer arbeitete 1953 für den sowjetischen Geheimdienst im besetzten Litauen und nahm in dieser Funktion an der Tötung von zwei litauischen Partisanen teil. Deshalb wurde er wegen Genozid von den litauischen Gerichten verurteilt. Die Große Kammer entschied mit denkbar knapper Mehrheit von neun zu acht Stimmen, dass die Verurteilung Art. 7 EMRK verletzte. Der Beitrag diskutiert - nach einer Zusammenfassung der Hauptargumente der Mehrheits- und Mindermeinung - folgende fünf Probleme: die besondere Struktur des Genozidbestands, das Kriterium der Vorhersehbarkeit mit Blick auf Genozid, den Begriff der nationalen Gruppe im Zusammenhang mit bewaffnetem Widerstand, die Rolle

* Ponencia presentada en la conferencia “European Convention on Human Rights and the Crimes of the Past” realizada en Estrasburgo, Francia, el 26 de febrero de 2016, la cual será publicada en inglés en la Revista *Human Rights Law Review* (Oxford University Press). Agradezco a Bill Browning (Londres) y a Marko Milanovic (Nottingham), así como a los editores de la Revista *Human Rights Law Review* por sus valiosos comentarios. También quiero agradecer a mi asistente de investigación Jerre Sander por su ayuda en la preparación de la versión final. Traducción al español de Gustavo Emilio Cote Barco (LLM y estudiante de doctorado de la Universidad de Göttingen). Nota del traductor: las citas textuales en inglés han sido traducidas al español, pero la versión original se encuentra entre corchetes.

Sobre el autor: Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Georg-August Universität Göttingen y Juez del Tribunal de Distrito (*Landgericht*) de Göttingen, Alemania [kambos@gwdg.de].

¹ *Vasiliauskas c. Lituania*, 20.10.2015. Al respecto también ver VEST, «Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen? Besprechung von EGMR (GC), Urt. v. 20.10.2015 – 35343/05 (Vasiliauskas v. Lithuania)», *ZIS*, (7), 2016, pp. 487 ss. Para VEST la decisión del TEDH es correcta desde el punto de vista de protección de derechos, pero desde la perspectiva del Derecho penal internacional su fundamentación presenta debilidades.

richterlicher Auslegung in solchen Fällen sowie, last but not least, die Rolle internationaler Tribunale im Rahmen nationaler (strafrechtlicher) Vergangenheitsaufarbeitung.

In Vasiliauskas v Lithuania the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECHR) delivered a fundamental judgment concerning the general question how new regimes should deal with grave human rights violations which occurred under the former regime. The question was further aggravated by the fact that the former regime was the then Soviet occupation force in the territory of the Baltic States and the new regime (Lithuania) came into existence with the dissolution of the former Soviet Union as one of the many consequence of the fall of the Berlin Wall. The applicant worked for the Soviet secret service at the time and killed, in 1953, two members of the Lithuanian partisan movement. He was convicted of genocide by the Lithuanian domestic courts. The Grand Chamber held, with a slim majority of nine to eight votes, that this conviction violated Article 7 of the European Convention on Human Rights (ECtHR). After a summary of the main arguments of the majority and minority opinions in the first part, the paper will in the second part consider five problems: the peculiar structure of the genocide offence, the concept of foreseeability and genocide, the concept of national groups and armed resistance movement, the role of judicial interpretation and, last but not least, the general role of international courts in the treatment of such sensitive events of the past.

Sumario

- 1. Resumen de los argumentos de la mayoría y de la opinión disidente: aspectos legales relevantes**
- 2. Análisis crítico**
 - 2.1. La estructura peculiar del genocidio y el art. 7**
 - 2.2. Previsibilidad y genocidio**
 - 2.3. Resistencia armada y el concepto de "grupo nacional"**
 - 2.4. Interpretación judicial y legalidad**
 - 2.5. ¿Cuál es el rol del Tribunal en casos como este o cuál es el rol que razonablemente debería cumplir?**
- 3. Tabla de jurisprudencia citada**
- 4. Bibliografía**

1. Resumen de los argumentos de la mayoría y de la opinión disidente: aspectos legales relevantes

Vasiliauskas (V), quien durante los años subsiguientes a la segunda guerra mundial en la Lituania ocupada se desempeñó como agente operacional del Servicio Secreto Soviético MGB (posteriormente KGB), fue condenado por las cortes domésticas debido a que en enero de 1953 participó en el homicidio de dos miembros de los partisanos de Lituania, quienes luchaban contra los ocupantes soviéticos. Tanto la Corte de primera instancia (Corte Regional de Kaunas) como la

Corte de apelación aplicaron el art. 99 del Código Penal lituano del 1 de mayo de 2003,² el cual se encontraba vigente en el momento en que V fue condenado, pero no en la época en que ocurrieron los hechos; esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema lituana.³ Se debe resaltar que el art. 99 contempla una definición de genocidio más amplia que la prevista en el Artículo II de la Convención contra el Genocidio e incluye también grupos sociales y políticos. Además, esta definición había sido acogida en Lituania en 1998 por medio del art. 77 del anterior Código Penal.⁴

La Corte Constitucional lituana, en decisión del 18 de marzo de 2014, consideró que ampliar la definición de genocidio era una cuestión que recaía dentro de la discrecionalidad de cada Estado y que la definición acogida en Lituania se justificaba dado “el contexto legal e histórico concreto” [*“a concrete legal and historical context”*].⁵ Sin embargo, el TEDH sostuvo que la aplicación retroactiva de esta definición amplia violaba el principio de legalidad (prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal), ya que ésta incluía grupos (políticos y sociales) que no estaban cubiertos por la definición que para el momento de la comisión de los hechos era válida de acuerdo al Derecho internacional.⁶ Precisamente, este punto constituye la cuestión clave que dividió a los miembros de la Gran Sala en lo que al art. 7 CEDH se refiere.

El art. 7 CEDH requiere en su parágrafo 1 que la conducta (acción u omisión) con base en la cual se declara la responsabilidad penal de una persona constituya “una infracción según el derecho nacional o internacional” en el momento en que fue cometida. Solo si este no es el caso, en particular si la conducta respectiva no era criminal conforme al Derecho internacional, entra en consideración la muy cuestionada cláusula de Núremberg (art. 7.2 CEDH). Esta cláusula busca asegurar “el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Más adelante se volverá sobre la relación que existe entre estos dos párrafos.

Tanto la mayoría de la Sala como los jueces disidentes estaban de acuerdo, y de hecho esto no se encontraba en disputa, con “que en 1953 el genocidio había sido reconocido claramente como un crimen por el Derecho internacional” [*“that the crime of genocide was clearly recognised as a crime under international law in 1953”*].⁷ Por consiguiente, el genocidio, tal como había sido definido en la

² De acuerdo con esta norma: “Quien, con la intención de destruir algunos o todos los miembros de un grupo nacional, étnico, racial, religioso, social o político organice, esté a cargo o participe en el asesinato, tortura o lesión de los miembros del grupo, en la obstaculización de su desarrollo intelectual, en su deportación, o de cualquier otra manera en la imposición de situaciones que causen la muerte de algunos o todos los miembros del grupo, o en la restricción de nacimientos entre los miembros del grupo, o en el traslado forzado de niños a otros grupos, será sancionado con pena de prisión por un término de cinco a veinte años o de por vida” (subrayado por fuera del texto original) [*“A person who, seeking to physically destroy some or all of the members of any national, ethnic, racial, religious, social or political group, organises, is in charge of or participates in killing, torturing or causing bodily harm to them, hindering their mental development, deporting them or otherwise inflicting on them situations which bring about the death of some or all of them, restricting births to members of those groups or forcibly transferring their children to other groups, shall be punished by imprisonment for a term of from five to twenty years or by life imprisonment”*], *Vasiliauskas c. Lituania*, § 53.

³ Sobre el Derecho nacional relevante, *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 48 ss.

⁴ Reproducido en *Vasiliauskas c. Lituania*, § 52.

⁵ Decisión de la Corte Constitucional de Lituania, § 6.5, citada en *Vasiliauskas c. Lituania*, § 59.

⁶ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 60.

⁷ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 169; también § 172; Opinión disidente de los jueces Villiger, Power-Forde, Pinto de

Resolución 96 de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas,⁸ así como en la Convención contra el Genocidio⁹ de 1948 (Artículo II) y por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva¹⁰ de 1951, era considerado una “infracción” según el Derecho Internacional en el momento en que fueron cometidos los hechos, en el sentido del art. 7.1 CEDH. Adicionalmente, según el Tribunal los instrumentos relevantes eran “suficientemente accesibles” [*sufficiently accessible*] para el peticionario.¹¹

No obstante, la mayoría y los jueces disidentes se dividieron frente a la calificación de la conducta de V, específicamente con relación a los grupos protegidos por el delito de genocidio. La mayoría, con nueve votos contra ocho, encontró en este punto una violación del art. 7.¹² Al discutir sobre la previsibilidad, los jueces que defendieron la opinión mayoritaria adoptaron una visión estricta y limitaron el genocidio – como era aplicable en el momento de la conducta e incluso hasta hoy – a los cuatro tipos de grupos mencionados en la Convención de 1948 y en el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), es decir, a grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, excluyendo específicamente a los grupos políticos.¹³ Respecto al requisito de la destrucción “en parte”, la mayoría consideró que al tratarse de hechos ocurridos en 1953, dicho elemento se debía entender como una parte sustancial del grupo respectivo.¹⁴ Para la mayoría de la Sala, la ampliación subsiguiente de esta interpretación hacia un enfoque más cualitativo (como una parte “distinguible” [*distinct*] o “prominente” [*prominent*] del grupo)¹⁵ no era previsible para ese entonces.¹⁶ De forma similar, la Sala sostuvo que si bien los Estados son autónomos para definir en el Derecho interno de una manera más amplia el genocidio, “dicha autonomía no permite a los tribunales domésticos condenar de forma retroactiva a las personas acusadas conforme a esa definición amplia”.¹⁷ En consecuencia, la mayoría consideró que la condena de V, fundamentada en una definición amplia que incluye a los grupos políticos, violaba la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales. Como tal, dicha condena no era previsible para V, ni siquiera contando con la asistencia de un abogado.¹⁸ Adicionalmente, para la mayoría, considerar al grupo partisano al que las víctimas de V pertenecían como un grupo nacional en el sentido del delito de genocidio constituía una analogía en detrimento de V (y por tanto prohibida por el art. 7.1 CEDH), lo cual también hacía que la condena impuesta a V no se hubiera podido prever.¹⁹ Finalmente, pero no

Alberqueque y Kūris a *Vasiliauskas c. Lituania*, en § 6.

⁸ Adoptada el 11 de diciembre de 1946.

⁹ Adoptada el 9 de diciembre de 1948 por unanimidad de los 56 participantes en la reunión plenaria número 179 de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 260 (III), la cual fue ratificada por la Unión Soviética el 3 de mayo de 1954 y entró en vigor para Lituania el 9 de abril de 1992), *Vasiliauskas c. Lituania*, § 79.

¹⁰ *I.C.J. Reports 1951*, p. 23. Para mayor información sobre las decisiones de la CIJ ver *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 105 ss.

¹¹ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 168.

¹² *Vasiliauskas c. Lituania*, p. 66 (núm. 2)

¹³ *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 170 ss. (170, 175), 178.

¹⁴ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 176.

¹⁵ Sobre este desarrollo ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. II, 2014, pp. 41-4.

¹⁶ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 177.

¹⁷ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 181 [*“such discretion does not permit domestic tribunals to convict persons accused under that broader definition retrospectively”*]; también § 184 con referencias.

¹⁸ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 181; ver también §§ 185 y 186.

¹⁹ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 183, con referencias (“(...) el Tribunal considera que la conclusión de las cortes domésticas, según la cual las víctimas cabían dentro de la definición de genocidio como parte de un grupo protegido,

menos importante, se debe decir que de acuerdo con la posición mayoritaria de la Sala, la condena tampoco se hubiera podido justificar por medio del párrafo 2 del art. 7,²⁰ dado que dicha disposición no permitiría una excepción general de la prohibición de retroactividad y solo sería una aclaración contextual de esta norma, incluida en la CEDH para ratificar que no había duda sobre la validez de los juicios realizados después de la Segunda Guerra Mundial respecto a crímenes cometidos durante la guerra.²¹

Los jueces disidentes Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris²² aceptaron, tal y como era reconocido a nivel internacional, que los grupos sociales y políticos no estaban cubiertos por el delito de genocidio, y por consiguiente que un ataque contra “un grupo puramente político por sí mismo” [*“a purely political group per se”*] no podía dar lugar a una condena por este delito.²³ Sin embargo, ellos también afirmaron que considerar a los partisanos “exclusivamente a través del prisma de un ‘grupo político’” [*“exclusively through the prism of a ‘political group’”*] era “excesivamente formalista” [*“excessively formalistic”*], y en vez de esto argumentaron que la destrucción de dicho grupo hubiera podido afectar a “la supervivencia del grupo nacional o étnico [lituano] como un todo”.²⁴ Haciendo referencia a la Corte de apelación lituana, los jueces disidentes mencionados arriba sostuvieron también “que la razón de ser de los partisanos era la protección de la nación lituana de cara a un régimen que intentaba destruir su identidad única y específica”.²⁵ La campaña soviética “había sido llevada a cabo precisamente sobre la base específica de los criterios de la nacionalidad y etnicidad de los habitantes”, de manera que la naturaleza política del grupo estaba “intrínsecamente ligada” [*“intrinsically linked”*] a la nacional y étnica.²⁶ La Corte Suprema, al confirmar la decisión de la Corte de apelación, consideró en este mismo sentido que en el periodo relevante (1944-1953) “los partisanos encarnaban la resistencia ‘nacional’ armada (...)”.²⁷ Es más, los jueces disidentes estuvieron de acuerdo en que el movimiento partisano no hubiera podido sobrevivir “sin el apoyo de la nación lituana, esto es, el grupo nacional”.²⁸ En

constituye una interpretación por analogía en detrimento del peticionario, lo cual hace su condena imprevisible (...)” [*“(…) the Court considers that the domestic courts’ conclusion that victims came within the definition of genocide as part of a protected group was an interpretation by analogy, to the applicant’s detriment, which rendered his conviction unforeseeable (...)”*]; también §§ 185 y 186.

²⁰ *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 188-190.

²¹ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 189 (citando a *Maktouf y Damjanović*); también § 188, con más referencias (entre otras afirmando que el párrafo 2 solamente se ha aplicado una vez en el contexto de las deportaciones soviéticas después de la Segunda Guerra Mundial).

²² Los jueces disidentes Sajó, Vučinić and Turković no se pronunciaron sobre el fondo del asunto, ya que consideraron que la aplicación era inadmisibles, dado que según ellos la Corte Constitucional de Lituania ya había dado una solución satisfactoria al caso.

²³ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 9.

²⁴ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 11 [*“the survival of the national or ethnic group [of the Lithuanians] as a whole”*]; esto se reafirma en la Opinión disidente adicional del juez Power-Forde a *Vasiliauskas c. Lituania*, § 94 (*“(…) rather blinkered approach”*).

²⁵ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 15 [*“that the very raison d’être of the partisans was the protection of the Lithuanian nation in the face of a regime which intended to destroy its unique and specific identity”*].

²⁶ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 15 [*“had been carried out precisely on the precise basis of the criteria of the inhabitants’ nationality-ethnicity”*].

²⁷ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 15 [*“the partisans embodied the ‘nation’s’ armed resistance (...)”*].

²⁸ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 15 [*“without support from the Lithuanian nation, that is, the national group”*].

consecuencia, en opinión de los jueces Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, “el argumento según el cual J.A. y A.A. [las víctimas partisanas], en cuanto lituanos desde el punto de vista étnico, fueron atacados específicamente debido a su pertenencia al movimiento partisano, cuyos miembros eran simultáneamente una parte significativa y emblemática del grupo nacional, es lo suficientemente fuerte” como para convertir la conducta de V “en un genocidio con base étnica y nacional”.²⁹ Este punto es reafirmado por el juez Kūris en su opinión disidente adicional, en donde sostiene que “el movimiento partisano representaba el cuerpo y el espíritu de la nación lituana”.³⁰ Asimismo, el juez disidente Ziemele también señaló que los partisanos “formaban la columna vertebral de la nación lituana”.³¹ De acuerdo con este razonamiento, la mayoría debió haber diferenciado con mayor claridad entre el ataque a “una parte prominente de un grupo nacional” debido a razones políticas (o a cualquier otro tipo de motivo discriminatorio) y el ataque “a un grupo político clara y simplemente”.³² Incluso, para los jueces disidentes, al limitar su análisis a los grupos políticos, la mayoría malinterpretó “el contexto de los eventos de la posguerra en Lituania” y optó por un “contexto ideológico estrecho”.³³

Para los jueces disidentes, al concebir “un grupo protegido (una nación) que se defiende a sí mismo contra la destrucción de su estructura por medio de un movimiento de resistencia” solamente como un grupo político, la decisión mayoritaria adoptó un enfoque “demasiado formal” [*“overly formalistic”*], inconsistente [*“inconsistent”*] con el propósito de la Convención contra el Genocidio.³⁴ En su opinión, el ataque estuvo dirigido al movimiento partisano, el cual constituía una parte sustancial (“en parte”) del grupo nacional lituano.³⁵ La determinación de la representatividad de dicho grupo con relación a los grupos protegidos por el crimen de genocidio dependería entonces de los jueces nacionales y de la sociedad afectada; de acuerdo con el juez Kūris, su decisión sobre este punto debía ser respetada por el Tribunal de Estrasburgo, pues ellos no estaban obligados a ser excesivamente explícitos si el TEDH ignoraba la realidad política e histórica de su país.³⁶

²⁹ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 16 [*“there is considerable force in the argument that J.A. and A.A. [the partisan-victims], as ethnic Lithuanians, were targeted specifically for their membership of the partisan movement whose members were, simultaneously, a significant and emblematic part of the national group (...) an act of genocide on an ethno-national basis (...)”*].

³⁰ Opinión disidente adicional del juez Kūris a *Vasiliauskas c. Lituania*, § 4 [*“the partisan movement represented the body and the spirit of the Lithuanian nation”*] (criticando en los párrafos 3 y 4 la selectividad de la mayoría al presentar la jurisprudencia nacional).

³¹ Opinión disidente del juez Ziemele a *Vasiliauskas c. Lituania*, § 14 [*“formed the backbone of the Lithuanian nation”*]; también § 23 (citando también la Corte de apelación, la cual atribuye los partisanos al grupo nacional y étnico).

³² Opinión disidente de Ziemele, § 15 [*“a prominent part of a national group (...) a political group plainly and simple”*].

³³ Opinión disidente de Ziemele, § 24 [*“the context of post war events in Lithuania (...) a narrow ideological context”*].

³⁴ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 16 [*“a protected group (a nation) which defends itself against the destruction of its very fabric though the mobilisation of a resistance movement”*].

³⁵ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 17 ss. (27); también Opinión disidente adicional de Kūris, § 4 (“una parte sustancial y emblemática de la nación” [*“substantive and emblematic part of that nation”*]); de forma similar, Opinión disidente de Ziemele, § 23, citando a la Corte Constitucional lituana (“(...) dirigido a la destrucción de grupos que representaban una parte significativa de la nación lituana y cuya destrucción tendría un impacto en la supervivencia de toda la nación de Lituania” [*“(…) aimed at destroying the groups that represented a significant part of the Lithuanian nation and whose destruction had an impact on the survival of the entire Lithuanian nation”*]).

³⁶ Opinión disidente adicional de Kūris, §§ 4 ss.

De esta manera, los jueces disidentes concluyeron que “se podía considerar razonablemente que la conducta de V caía dentro del ámbito del delito de genocidio según el Artículo II de la Convención contra el Genocidio”, y que esto “pudo haber sido previsto de forma razonable por el peticionario en el momento de los hechos”.³⁷ Por consiguiente, en su opinión, no hubo violación del art. 7.

2. Análisis crítico

2.1. La estructura peculiar del genocidio y el art. 7

El genocidio es un crimen de intención especial, es decir un crimen cuyo lado o requisito subjetivo (*mens rea*) va más allá del lado objetivo (*actus reus*).³⁸ El genocidio exige un elemento subjetivo (*mental element*) ampliado, esto es, la intención adicional de destruir total o parcialmente uno de los grupos protegidos. En otras palabras, el perpetrador desea o tiene como propósito la destrucción de uno de los grupos protegidos, para lo cual se vale de actos que, sin embargo, pueden no alcanzar el fin que persigue, es decir, la destrucción total o sustancial del grupo respectivo. De hecho, este estricto requisito subjetivo explica por qué existen tan pocas condenas por genocidio y por qué es tan difícil para los fiscales o investigadores convencer a los jueces penales de que un acusado ha obrado con intención genocida.³⁹

Al parecer, la Corte Suprema de Lituania, tal como se cita en la decisión del Tribunal de Estrasburgo, interpretó de forma equivocada el requisito subjetivo especial del genocidio al afirmar de la siguiente manera que el peticionario efectivamente había actuado con intención directa:

“Al realizar dichas acciones [las cuales llevaron a la muerte de los dos partisanos, él] conocía el objetivo del gobierno soviético – erradicar a todos los partisanos de Lituania –”; además “sabía que los hermanos J.A. y A.A eran partisanos, y comprendía que durante la operación ellos serían asesinados (...) y (...) quería que esto sucediera”⁴⁰.

En esta afirmación se interpreta erróneamente la intención especial del genocidio, ya que ésta no podía darse por probada si el perpetrador actuó solo con la intención de matar a las víctimas. Él tenía que haberlo hecho con el objetivo adicional y más amplio de destruir el grupo al cual estas víctimas pertenecían; es decir, él o ella debe atacar a sus víctimas debido a su afiliación o lealtad para con el grupo. Por consiguiente, la Corte Suprema debió haber constatado si el peticionario realmente atacó a estos dos partisanos debido a su pertenencia (lealtad) al grupo con el objetivo

³⁷ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 36 [“could reasonably be regarded as falling within the ambit of the offence of genocide under Article II of the Genocide Convention” (...) “reasonably have been foreseen by the applicant at the material time”].

³⁸ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. II, 2014, p. 5, 21-2, 38-9.

³⁹ El ejemplo más reciente es la sentencia contra *Karadzic* del 24 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, mediante la cual el acusado fue absuelto de los cargos de genocidio formulados por este mismo delito con relación a los eventos de Srebrenica. Al respecto ver: AMBOS, «Karadzic’s Genocidal Intent as the “Only Reasonable Inference?”», en *EJILTalk*, 1 de abril de 2016.

⁴⁰ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 41 [“when taking those actions [leading to the killing of the two partisanos, he] had known the goal of the Soviet government – to eradicate all Lithuanian partisanos” and he “knew that the brothers J.A. and A.A. were partisanos, and understood that during the operation they would be killed (...) and (...) wished that to happen”].

adicional de destruir dicho grupo. De manera similar, si bien la decisión aquí comentada se refiere a las directrices de la Corte Suprema lituana, las cuales requieren acertadamente con relación al genocidio el objetivo de exterminar personas en cuanto miembros de un grupo en particular, también sugiere que *esta* intención se puede inferir de la pertenencia del perpetrador a una organización represiva de un régimen de ocupación, pues este hecho implica que él comprende el objetivo de dicha organización. Sin embargo, comprender la finalidad represiva de una organización de este tipo con relación a los partisanos lituanos no es lo mismo que pretender la destrucción del grupo nacional (lituano) al cual ellos pertenecían.

Además, al hacer referencia a este delito,⁴¹ el TEDH solo menciona la estructura peculiar del crimen de genocidio sin analizarla con detenimiento y, en particular, sin conectarla con el estándar del art. 7. De acuerdo con este estándar, la infracción penal relevante no solamente debe existir en el momento de la comisión de los hechos, sino que además debe ser suficientemente accesible y la consiguiente criminalización debe ser previsible.⁴² El enfoque del Tribunal sobre la dimensión sustantiva del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) es, sin embargo, más liberal que la de países pertenecientes al *civil law*, como Alemania o Francia, en al menos dos aspectos. Primero, el término “Derecho” es entendido de manera más amplia para incluir Derecho consuetudinario no escrito⁴³ y, segundo, este enfoque admite la interpretación judicial con el fin de adaptar el Derecho a nuevas circunstancias sociales.⁴⁴ Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH debió haber examinado si la condena de V era “consistente con la esencia” [*consistent with the essence*] de la infracción correspondiente y si la misma “podía haber sido prevista forma razonable” [*could reasonably have been foreseen*] en el momento de la conducta relevante.⁴⁵

2.2. Previsibilidad y genocidio

La previsibilidad, en cuanto requisito clave del art. 7, depende de la conducta/infracción que se encuentre en consideración y de la persona cuya responsabilidad por dicha infracción se esté discutiendo.⁴⁶ El TEDH acogió un enfoque más o menos flexible en el que se debe tener en cuenta cada caso concreto (*case by case*), dejando abierta la pregunta de si dicho estándar se debe entender de forma objetiva o subjetiva. Mientras su referencia a la “razonabilidad” [*reasonableness*]⁴⁷ sugiere que su punto de partida es una valoración objetiva,⁴⁸ similar al estándar de hombre razonable o persona promedio como se conoce en el contexto de la responsabilidad penal por negligencia, el Tribunal también sostiene que se deben tener en cuenta tanto las circunstancias

⁴¹ Ver por ejemplo *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 176 y 185.

⁴² Ver por ejemplo las siguientes decisiones del TEDH: *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26.04.1979, § 49; *Kafkaris c. Chipre*, de 12.02.2008, §§ 139-40; *Kononov c. Letonia*, de 17.05.2010, § 185.

⁴³ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 154.

⁴⁴ Sobre esta base, para el TEDH no hubo violación del art. 7 cuando en Inglaterra se eliminó por vía judicial la excusa del matrimonio en casos de violación. Ver *S.W. c. Reino Unido*, de 22.11.1995, § 36; ver también *Vasiliauskas c. Lituania*, § 155, con más referencias.

⁴⁵ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 162.

⁴⁶ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 157, con más referencias.

⁴⁷ SSTEDH *Cantoni c. Francia*, de 11.11.1996, § 35; *Camilleri c. Malta*, de 22.01.2013, § 37; también *Vasiliauskas c. Lituania*, § 156.

⁴⁸ Ver también SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 2015, p. 341.

personales como las habilidades del acusado.⁴⁹ En el caso que aquí se discute, el TEDH exigió un “cuidado especial” [*special care*] por parte de “personas que desarrollan una actividad profesional y que están acostumbradas a tener que proceder con un alto grado de precaución en el ejercicio de su ocupación”.⁵⁰ Por lo general, se espera que en especial (aunque no solo) estas personas busquen asesoría legal si no son capaces de entender completamente por sí mismas su situación legal.⁵¹ Por consiguiente, la previsibilidad se puede aceptar incluso si la criminalidad o la punibilidad de la conducta del perpetrador solo podía haber sido reconocida mediante la ayuda de un experto en Derecho.⁵² Como resultado, el punto de partida del Tribunal, aparentemente objetivo, resulta considerablemente “subjetivizado” o “personalizado” en detrimento del peticionario. En otras palabras, la razonabilidad sería solo un estándar mínimo que se debe cumplir con relación a cualquier persona, pero éste se podría actualizar o ajustar cuando se trate de personas con conocimientos o habilidades especiales y que, adicionalmente, pueden/deben contar con asesoría profesional. Al respecto se debe advertir que todo esto puede convertir la previsibilidad, desde la perspectiva del peticionario (acusado), en un estándar más bien bajo, el cual resulta fácil de cumplir y por consiguiente de poca ayuda con miras a la preservación de la legalidad.

Lo anterior es confirmado por las siguientes afirmaciones de los jueces disidentes, los cuales aceptan la previsibilidad con relación a la calificación de la conducta del peticionario como genocidio dirigido contra un grupo nacional:

“nosotros no estamos convencidos de que el peticionario no haya podido conocer el riesgo de ser acusado y condenado por el delito de genocidio”⁵³.

“es probable que él hubiera sido asesorado en el sentido de que su conducta evidenciaba las características esenciales del crimen de genocidio tal como era previsto por el Derecho Internacional en ese momento”⁵⁴.

“nosotros encontramos probable que el peticionario pudo haber previsto que él se encontraba en riesgo de ser acusado y condenado por genocidio (...)”⁵⁵.

⁴⁹ STEDH *Soros c. Francia*, de 6.10.2011, § 53 (“*Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d’une grande prudence dans l’exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d’eux qu’ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu’il comporte*”). Ver también SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 2015, p. 341.

⁵⁰ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 157 [“*persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation*”].

⁵¹ STEDH *Soros c. Francia*, § 53 (“*La prévisibilité de la loi ne s’oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d’un acte déterminé*”); *Gropper Radio-AG et al. c. Suiza*, de 28.03.1990, § 68.

⁵² *Vasiliauskas c. Lituania*, § 157 (“*consejo legal para valorar (...) las consecuencias que puede acarrear una determinada acción*” [“*legal advice to assess (...) the consequences which a given action may entail*”]).

⁵³ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 30 [“*we are not persuaded that the applicant could not have known that he risked being charged with and found guilty of the offence of genocide*”].

⁵⁴ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 30 [“*it is likely that he would have been advised that what he was doing bore the essential characteristics of the crime of genocide as it stood under international law at the time*”].

⁵⁵ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 30 [“*we find it likely that the applicant could have foreseen that he risked being charged with and convicted of genocide (...)*”].

Esto da lugar a preguntas adicionales: ¿es suficiente que los jueces consideren “probable” que el peticionario (acusado) haya podido prever la criminalización de su conducta? ¿Los jueces no deberían estar “convencidos”, es decir seguros, como lo exigía la mayoría?⁵⁶

Finalmente, al parecer el Tribunal no ajusta su estándar de previsibilidad a la infracción penal específica en cuestión. En otras palabras, en el momento de hacer la valoración sobre la previsibilidad, aparentemente el TEDH no tuvo en cuenta el carácter particular del genocidio, en cuanto infracción que exige una intención especial. Esto no es convincente, ya que si el peticionario (acusado) necesita capturar la esencia de la infracción tal y como existía en el momento de la comisión, es decir, el fundamento de su ilicitud (*wrongfulness*), el hecho de que la infracción respectiva sea especial, en el sentido de que su ilicitud proviene sobre todo de un elemento mental específico, supone una diferencia importante; así ocurre precisamente, por ejemplo, con la intención de destruir uno de los grupos protegidos por el delito de genocidio. El TEDH debió, por lo menos, haber tratado este problema al aclarar su concepto de previsibilidad.

2.3. Resistencia armada y el concepto de “grupo nacional”

En el centro del argumento de los jueces disidentes, según el cual el peticionario cometió un delito de genocidio en los términos en los que dicho crimen era definido en 1953, se encuentra la proposición de que el ataque contra los partisanos de Lituania constituyó un ataque contra el grupo nacional lituano. La idea de grupo nacional ha sido definida como toda agrupación de personas unidas entre sí por la misma nacionalidad.⁵⁷ Sin embargo, esta definición resulta problemática, especialmente en grandes sociedades de emigrantes, ya que es ambigua y no es lo suficientemente específica. Adicionalmente, el razonamiento de los disidentes permite recordar el argumento del juez Baltasar Garzón y de algunos activistas de derechos humanos, quienes afirmaron que los asesinatos y las persecuciones políticas que tuvieron lugar en los años setenta en el cono sur de América Latina (especialmente en Argentina, Chile y Uruguay) alcanzaron a tener la categoría de genocidios, ya que, según ellos, los miembros de las guerrillas de izquierda y de otros grupos disidentes fueron atacados no tanto por sus convicciones políticas sino por su nacionalidad. Los defensores de este argumento intentaron evitar las limitaciones que se desprendían de la definición estrecha de genocidio (aceptada tanto por la mayoría como por la minoría de la Sala en el caso en discusión)⁵⁸, la cual excluye a los grupos políticos. Empero, esto conduce a la afirmación más o menos absurda de que los perpetradores militares de derecha, por ejemplo argentinos, asesinaron a sus víctimas argentinas de izquierda, debido a su nacionalidad; en otras palabras, que argentinos, chilenos o uruguayos mataron a argentinos, chilenos o uruguayos, debido a su vínculo común de nacionalidad. Esto no solamente no tiene sentido sino que además ignora el hecho de que la naturaleza de dichos crímenes era política; en estos casos el adversario era asesinado debido a que

⁵⁶ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 181; ver también §§ 185 y 186.

⁵⁷ Ver *Fiscalía c. Akayesu*, de 2.09.1998, § 512 (“un grupo nacional es definido como un conjunto de personas frente al cual existe la percepción de que comparten un vínculo legal común basado en la ciudadanía, articulado a partir de derechos y deberes recíprocos” [“a national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties”]).

⁵⁸ Ver *Vasiliauskas c. Lituania*, § 175; Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 9; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. II, 2014, p. 6-9.

los perpetradores querían eliminar la ideología política que las víctimas representaban.

Las cosas no son muy diferentes cuando se está bajo un régimen de ocupación. En estos casos el ocupante está interesado en que la población que habita el lugar ocupado coopere, por ejemplo, trabajando, pagando impuestos, etc., pero rechaza cualquier forma de resistencia, especialmente cuando es armada. Así las cosas, normalmente un poder ocupante no reprime este tipo de resistencia debido a su lealtad con la nación ocupada sino debido al hecho de la resistencia misma ante el régimen u orden jurídico impuesto. En este caso la represión no tiene una motivación nacional, étnica o racial, sino política, ya que el ocupante no tolera ninguna fuerza política que le dispute su posición de poder. Dicho de otra manera: el ocupante no extermina a los miembros de los grupos partisanos, guerrilleros o milicianos por su nacionalidad (de hecho, esto no es relevante para un ocupante racional), sino por su resistencia armada frente a la fuerza de ocupación. Como lo señaló correctamente la mayoría de la Sala del TEDH en el caso objeto de discusión: “(...) sus acciones [las del peticionario] y las del MGB estaban dirigidas al exterminio de los partisanos en cuanto un grupo separado y claramente identificable, caracterizado por su resistencia armada frente al poder soviético”.⁵⁹

El grupo atacado fue entonces el de los partisanos, el cual era parte al mismo tiempo de la nación lituana. Pero, si los ocupantes realmente hubieran atacado al grupo nacional como tal y su intención de destruir hubiera estado dirigida contra ese grupo, los perpetradores no deberían haber sido juzgados por haber atacado a las víctimas en cuanto miembros de los partisanos, sino directamente por atacarlos en cuanto miembros del respectivo grupo nacional. De otra manera, cualquier grupo de resistencia armada que represente una parte sustancial de un grupo nacional se convierte en un grupo nacional en el sentido del crimen de genocidio.⁶⁰ De hecho, así lo afirmaron los jueces disidentes. Sin embargo, esta visión ignora que en estos casos la fuerza que impulsa las acciones delictivas no es la nacionalidad sino las convicciones políticas, es decir, que los partisanos son atacados por ser un grupo político, no uno nacional. Además, en ese caso se tendría que afirmar y probar que los perpetradores (o sea los ocupantes soviéticos) efectivamente querían destruir al grupo nacional en cuanto tal, es decir, la identidad e independencia lituanas.* Una afirmación semejante sería insostenible si, como normalmente ocurrió en las ocupaciones que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, los miembros del respectivo grupo nacional al mismo tiempo eran promovidos y nombrados en posiciones de poder en los territorios ocupados.

2.4. Interpretación judicial y legalidad

Si el art. 7 CEDH exige que la conducta se encuentre criminalizada en el momento en que tuvo lugar, una ampliación *subsiguiente* de la definición del crimen respectivo, por ejemplo, en el caso en cuestión mediante la inclusión de los grupos políticos o por medio de un entendimiento más amplio del elemento “en parte”, no puede desplazar una definición anterior más restringida,

⁵⁹ *Vasiliauskas c. Lituania*, § 182 [“(...) his [the applicant’s] actions, and those of the MGB, were aimed at the extermination of the partisans as a separate and clearly identifiable group, characterised by its armed resistance to Soviet power”].

⁶⁰ Crítico al respecto también VEST, ZIS, (7), 2016, pp. 491 ss., al discutir sobre todo la forma como el TEDH abordó el problema de la intención especial.

* [N. del T.] En la versión original “the Lithuanian nationhood”.

aplicable en el momento de la comisión de los hechos. En otras palabras, si bien la ampliación de la definición de un crimen por medios legislativos o judiciales es perfectamente posible y puede ser incluso necesaria de acuerdo al desarrollo del Derecho internacional, el entendimiento correcto de la prohibición de retroactividad supone que la definición de un crimen solo puede ser aplicada tal y como era interpretada por la jurisprudencia existente en dicho momento. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe decir que la siguiente afirmación de la opinión disidente resulta desconcertante:

“El hecho de que el desarrollo de la interpretación judicial de la Convención contra el Genocidio de 1948 haya tomado tiempo no puede significar por sí mismo que un genocidio no pudiera ocurrir con anterioridad a dicha interpretación”⁶¹.

Por supuesto, un genocidio pudo haber “ocurrido” antes de que esta conducta fuera definida con mayor precisión a través de la jurisprudencia, es decir, un genocidio pudo haber ocurrido en los términos de la definición contenida en la Convención, tal y como dicha definición existía en el momento en que la Convención fue suscrita. Sin embargo, para cumplir con el art. 7 y con el principio de legalidad allí previsto, la conducta que desde 1948 es llamada “genocidio” tendría que haber sido definida legalmente como tal *en el momento en que fue cometida*. Por consiguiente, un “genocidio” en sentido jurídico puede haber sido cometido desde 1948 y para esto pueden ser pertinentes diferentes definiciones (amplias o restringidas), pero la definición relevante debe ser siempre la que era aplicable, o sea la existente, en el momento de la comisión. En otras palabras, una definición (jurisprudencial) subsiguiente solo se debería aplicar de forma retroactiva si se mantiene dentro de los límites de la interpretación estricta y no deriva de manera ilegítima en analogía (*lex stricta*). Como resultado, la afirmación citada líneas arriba se tendría que reformular de la siguiente manera:

“El hecho de que el desarrollo de la interpretación judicial de la Convención contra el Genocidio de 1948 haya tomado tiempo ~~no puede significar por sí mismo~~ [significa] que un genocidio no podría ocurrir con anterioridad a dicha interpretación, [ya que el principio de legalidad (*lex praevia*) permite solo la aplicación de la interpretación *existente en el momento de la comisión* o de una *interpretación permisible de acuerdo con los términos en que está redactada la norma*]”.

2.5. ¿Cuál es el rol del Tribunal en casos como este o cuál es el rol que razonablemente debería cumplir?

A parte de la cuestión más bien técnica sobre cómo interpretar el elemento “grupo nacional” en el contexto del genocidio, entre la mayoría y la minoría de la Sala parece haber también una diferencia fundamental respecto al rol general del Tribunal frente a casos en los que miembros de regímenes antiguos han sido enjuiciados penalmente por regímenes nuevos. Desafortunadamente, ésta es una mala práctica en Europa oriental (como puede verse actualmente en Ucrania y Georgia) así como en América Latina. Mientras la mayoría reconoce claramente la legitimidad de la aplicación del Derecho penal para afrontar el pasado siempre que se respeten las garantías del Estado de

⁶¹ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 18 [“The fact that judicial interpretation of the 1948 Genocide Convention took time to develop cannot in itself mean that genocide did not occur prior to such interpretation”].

Derecho,⁶² la minoría adopta un enfoque que puede ser calificado como de “anti-impunidad” o “efecto útil” (*effet utile*).⁶³ Los jueces disidentes Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris apelaron al rol del TEDH como “conciencia de Europa” [*“conscience of Europe”*], según el cual el Tribunal no debería seguir un razonamiento demasiado “formalista” [*“formalistic reasoning”*] en su lucha contra la impunidad,⁶⁴ ya que ésta no debería “sobrevivir” [*“outlive”*] a los autores de crímenes de sistema.⁶⁵ Para el juez Ziemele, en el complejo proceso socio-político de tratar con el pasado el TEDH debería haber seguido, al aplicar el art. 7, “principios más amplios con relación al derecho a la verdad y a la prohibición de impunidad”.⁶⁶ De manera similar, el juez Power-Forde atribuye al TEDH incluso la función de establecer directamente el registro histórico de hechos del pasado:

“El Tribunal tuvo la oportunidad de referirse a lo que sucedió en la era soviética – de la cual el peticionario fue un partícipe voluntario – con el nombre apropiado. A través de esta jurisprudencia el TEDH se ha negado a hacerlo y en vez de esto ha preferido concluir que el peticionario fue tratado injustamente al ser condenado por genocidio en las cortes de Lituania”⁶⁷.

En mi modesta opinión, esto es pedirle al Tribunal, a cualquier tribunal, demasiado. Un tribunal, penal o de cualquier otra naturaleza, no es una comisión de la verdad. Por esta misma razón, comisiones de este tipo son establecidas en procesos de transición con el fin de complementar la labor de los jueces (penales), no con el objetivo de reemplazarlos. Precisamente, con relación al Derecho penal internacional es ampliamente reconocido que un llamado general a establecer por vía judicial registros históricos⁶⁸ va más allá del mandato y de la capacidad de un tribunal de carácter penal,⁶⁹ y que por lo tanto esta tarea se debe dejar a comisiones de la verdad

⁶² *Vasiliauskas c. Lituania*, §159 (“(...) en el evento de un cambio de la soberanía estatal sobre un territorio o de un cambio de régimen político sobre un territorio nacional, es completamente legítimo que un Estado de Derecho adelante procesos penales en contra de quienes han cometido crímenes bajo un régimen anterior” [*“(…) in the event of a change of State sovereignty over a territory or a change of political regime on a national territory, it is entirely legitimate for a State governed by the rule of law to bring criminal proceedings against those who have committed crimes under a former regime”*]).

⁶³ El principio de *effet utile* ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para asegurar la efectividad de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea (por esta razón también ha sido denominado “principio de efectividad” [*“principle of effectiveness”*]). Al respecto ver *Kapferer v. Schlank & Schick GmbH*, de 16.03.2006, § 22; en sentido similar insistiendo en la efectividad de derechos *Bellet c. Francia*, de 4.12.1995, § 36 (“Para que el derecho de acceso sea efectivo, un individuo debe tener una oportunidad clara y práctica para cuestionar un acto que constituye una interferencia en sus derechos” [*“For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights”*]).

⁶⁴ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 18.

⁶⁵ Opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, § 39.

⁶⁶ Opinión disidente de Ziemele, § 27 [*“broader principles regarding the right to truth and prohibition of impunity”*].

⁶⁷ Opinión disidente adicional de Power-Forde, § 94 [*“The Court was presented with an opportunity to refer to what happened in the Soviet era – and in which the applicant was a wilful participant – by its proper name. Through this case law, it has shied away from so doing, preferring instead to conclude that the applicant was wronged for having been convicted of genocide by the Lithuanian courts”*].

⁶⁸ En favor de este objetivo demasiado ambicioso RAUXLOH, «Negotiated history: The historical record in international criminal law and plea bargaining», *ICLR*, (10), 2010, pp. 739-44; BURENS, «Plea Bargaining in International Criminal Tribunals. The end of truth-seeking in International Courts?», *ZIS*, (7/8), 2013, pp. 322, 324-26 (con procesos penales que complementan a las comisiones de verdad y reconciliación).

⁶⁹ En este mismo sentido DAMAŠKA, «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent L. R.*, (83), 2008, pp. 332, 335-6, 340-2, 364, quien argumenta que los tribunales penales internacionales carecen de competencia institucional para escribir la historia y deberían por consiguiente asumir un rol más modesto; ver también TURNER/WEIGEND, «Negotiated Justice», en SLUITER *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*,

interdisciplinarias.⁷⁰ Lo mismo ocurre con una corte de derechos humanos. Éstas deben dejar a los historiadores o a otros científicos sociales capaces de hacerlo la tarea de escribir la historia. De hecho, la visión expansiva defendida por la minoría en el caso objeto de discusión no solamente sobrecarga al Derecho penal y a sus tribunales sino que también pone en riesgo⁷¹ sus credenciales liberales (legalidad, culpabilidad y justicia)⁷².

3. Tabla de jurisprudencia citada

A) Jurisprudencia del TEDH

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
<i>TEDH, 29.04.1979</i>	<i>App. No. 6538/74, Merits</i>	<i>Sunday Times c. Reino Unido</i>
<i>TEDH, 28.03.1990</i>	<i>App. No. 10890/84, Merits</i>	<i>Groppera Radio-AG et al. c. Suiza</i>
<i>TEDH, 22.11.1995</i>	<i>Series A no. 335-B</i>	<i>S.W. c. Reino Unido</i>
<i>TEDH, 4.12.1995</i>	<i>App. No. 23805/94, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Bellet c. France</i>
<i>TEDH, 11.11.1996</i>	<i>App. No. 17862/91, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Cantoni c. Francia</i>
<i>TEDH, 12.02.2008</i>	<i>App. No. 21906/04, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Kafkaris c. Chipre</i>
<i>TEDH, 17.05.2010</i>	<i>App. No. 36376/04, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Kononov c. Letonia</i>
<i>TEDH, 6.10.2011</i>	<i>App. No. 50425/06 Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Soros c. Francia</i>

2013, p. 1406.

⁷⁰ Ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. III, 2016, Capítulo I, C. (3); sobre comisiones de verdad y reconciliación (efectivas) ver EL MISMO, *op. cit.*, Capítulo III, B. (2)(d)(ii).

⁷¹ Ver Darryl ROBINSON, «The identity crisis of international criminal law», *LJIL*, (21), 2008, pp. 925 ss., quien argumenta que el “liberalismo jurídico penal” [“*criminal law liberalism*”] es sutilmente menoscabado por el “liberalismo de derechos humanos” [“*human rights liberalism*”] debido a enfoques interpretativos, confusiones sustantivas y estructurales, así como a supuestos ideológicos; también crítico con relación a la jurisprudencia y movimiento de derechos humanos en América Latina, Daniel R. PASTOR, «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva Doctrina Penal*, (10), 2005, pp. 73 ss.

⁷² Ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, p. 87 ss.

TEDH, 22.01.2013	<i>App. No. 42931/10, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Camilleri c. Malta</i>
TEDH, 18.07.2013	<i>App. Nos. 2312/08 y 34179/08, Judgment</i>	<i>Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina</i>
TEDH, 20.10.2015	<i>App. No. 35343/05, Merits and Just Satisfaction</i>	<i>Vasiliauskas c. Lituania</i>

B) Jurisprudencia de otros tribunales

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
TPIR, 02.09.1998	<i>ICTR-96-4-T, Judgment</i>	<i>Fiscalía c. Akayesu</i>
TJUE, 16.03.2006	<i>Asunto C-234/04</i>	<i>Kapferer c. Schlank & Schick GmbH</i>
TPIY, 24.03.2016	<i>IT-95-5/18-T, Judgment</i>	<i>Fiscalía c. Karadzic</i>

4. Bibliografía

AMBOS (2016), «Karadzic's Genocidal Intent as the "Only Reasonable Inference?"», en *EJILTALK*, 1 de abril de 2016., disponible online en www.ejiltalk.org/karadzics-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/ (última fecha de consulta 16 de junio de 2016).

————— (2016), *Treatise on International Criminal Law*, t. III (*International Criminal Procedure*), OUP, Oxford.

————— (2014), *Treatise on International Criminal Law*, t. II (*The Crimes and Sentencing*), OUP, Oxford.

————— (2013), *Treatise on International Criminal Law*, t. I (*Foundations and General Part*), OUP, Oxford.

BURENS (2013), «Plea Bargaining in International Criminal Tribunals. The end of truth-seeking in International Courts?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7/8), pp. 322 ss.

DAMAŠKA (2008), «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review*, (83), pp. 329 ss.

Daniel R. PASTOR (2005), «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva Doctrina Penal*, (10), pp. 73 ss.

RAUXLOH (2010), «Negotiated history: The historical record in international criminal law and plea bargaining», *International Criminal Law Review*, (10), pp. 739 ss.

Darryl ROBINSON (2008), «The identity crisis of international criminal law», *Leiden Journal of International Law*, (21), pp. 925 ss.

SCHABAS (2015), *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, OUP, Oxford.

TURNER/WEIGEND (2013), «Negotiated Justice», en SLUITER/FRIMAN/LINTON/VASILIEV/ZAPPALÀ (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, OUP, Oxford.

VEST (2016), «Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen? Besprechung von EGMR (GC), Urt. v. 20.10.2015 - 35343/05 (Vasiliauskas v. Lithuania)», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 487 ss.