



FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT* – MARIA CHIARA MARULLO**

EL CONFLICTO ROHINGYA Y SUS PROYECCIONES JURÍDICAS: ASPECTOS DESTACADOS

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El conflicto Rohingya. – A) Las claves del conflicto: los acaparamientos de tierra y de recursos y las cuestiones geopolíticas. – B) Las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas contra los Rohingya. – 3. El conflicto en clave judicial: actuación de los tribunales internacionales. – A) El Tribunal Penal Internacional. – B) El Tribunal Internacional de Justicia. – 4. *Ídem*: actuación de los tribunales estatales. – A) El principio de jurisdicción universal. – B) La jurisdicción extraterritorial en materia civil: la demanda frente a los tribunales de los Estados Unidos. – 5. Otros reflejos internacionales: las sanciones. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

“Everyone, without exception, has the right to life-saving interventions and this responsibility lies with the government [...] Everybody has the right to health”¹, de esta forma se ha expresado el grupo de expertos independientes de derechos humanos, en relación con la crisis mundial provocada por la pandemia, conocida como COVID-19. Es justamente por eso que tenemos el imperativo moral de denunciar la situación dramática que están viviendo algunas minorías, y entre otras, la comunidad Rohingya, ya que el conflicto que ha estallado con más fuerza y violencia en los últimos años, ha convertido *de facto* a esta minoría en una de las más perseguidas del mundo². En este contexto, la situación de fragilidad de este pueblo merece una respuesta urgente por parte de la comunidad internacional, tanto respecto de los Rohingyas que siguen viviendo en Myanmar, un país extremadamente pobre y sin una infraestructura sanitaria adecuada para hacer frente a la pandemia, como por los que

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat Jaume I de Castellón.

** Profesora Ayudante Dr. de Derecho internacional privado, acreditada a Prof^a Contratada Dr., Universitat Jaume I de Castellón.

¹ Más información en: <https://news.un.org/en/story/2020/03/1060372>.

² Sobre este tema véase, M. V. CAMARERO SUÁREZ, F. J. ZAMORA CABOT, *Persecución de la minoría étnica Rohingya en Birmania/Myanmar: otra perspectiva*, en *Papeles el Tiempo de los Derechos*, número 6, 2017, en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/01/wp-6-17.pdf>. A. MASEGOSA, *El drama de los innombrables y la leyenda de Aung San Suu Kyi*, Catarata, 2018.

han sido desplazados forzosamente en otros territorios, como Bangladesh³, donde más de 850,000 Rohingya viven en campos de refugiados cuyas condiciones higiénicas y de salud son muy precarias⁴.

El conflicto Rohingya tiene raíces muy antiguas⁵, pero desde el año 2018 las ONGs Fortify Rights⁶, Human Rights Watch⁷ y Amnistía Internacional⁸, han puesto de relieve el incremento de violencia, las masacres y la trata de personas cometidas por el ejército de Myanmar en diferentes localidades, sobre todo en el norte del Estado de Rakhine, además de los problemas de emigración forzada que han surgido. Son más que evidentes, pues, los signos de una verdadera limpieza étnica, para la que existiría un plan sistemático por parte de las instancias de poder para hacer desaparecer a esta etnia del territorio nacional, hasta el punto de que las Naciones Unidas no han dudado en calificar los crímenes perpetrados en este conflicto como actos de genocidio⁹.

³ Sobre este tema véase el informe *Novel Coronavirus: Projecting the impact in Rohingya refugee camps and beyond*, publicado en marzo del año 2020. En este estudio se exploran tres escenarios potenciales utilizando los datos globales disponibles actuales sobre la expansión del COVID-19 combinado con características específicas de los refugiados Rohingya que viven en Bangladesh, para estimar la cantidad de infecciones, hospitalizaciones y muertes que podría esperarse en cada escenario. El documento se puede consultar en la siguiente página web: https://www.sheltercluster.org/sites/default/files/docs/john_hopkins_study_rohingya_refugee_camp_covid_19_20200318.pdf.

⁴ Sobre este tema, véase también el informe de Amnistía Internacional: *Bangladesh: COVID-19 response flaws put older Rohingya refugees in imminent danger*, el texto se puede consultar en la siguiente página web: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/bangladesh-covid-19-response-flaws-put-older-rohingya-refugees-in-imminent-danger/>.

⁵ En relación con los antecedentes del conflicto Birmano, véase, J. E. ESTEVE MOLTÓ, *La inacción del Consejo de Seguridad ante la amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Birmania*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 111-141. Véase, también, M. ZARNI y A. COWLEY, *The slow-burning genocide of Myanmar's Rohingya*, en: <https://www.haikalmansor.com/wp-content/uploads/2017/05/Maung-Zarni-slow-burning-of-Genocide-of-Myanmars-Rohingya.pdf>.

⁶ Véase, entre otros documentos, *Mass atrocities and human trafficking: Rohingya Muslims on the move*, el documento se puede consultar en: <https://www.fortifyrights.org/commentary-20181024.html>.

⁷ Sobre el tema de trata de seres humanos, véase el informe de Human Rights Watch, *Give Us a Baby and We'll Let You Go. Trafficking of Kachin "Brides" from Myanmar to China*, el documento se puede consultar en <https://www.hrw.org/report/2019/03/21/give-us-baby-and-well-let-you-go/trafficking-kachin-brides-myanmar-china>.

⁸ Amnistía Internacional describe cómo desde agosto de 2018 las fuerzas de seguridad del País están llevando a cabo una campaña contra el conjunto de la población Rohingya en el norte del estado de Rakhine. Más información en: <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2017/10/myanmar-new-evidence-of-systematic-campaign-to-terrorize-and-drive-rohingya-out/>.

⁹ Sobre este tema, véase el *Statement by Adama Dieng, United Nations Special Adviser on the Prevention of Genocide, on his visit to Bangladesh to assess the situation of Rohingya refugees from Myanmar*, en el que se afirma que: «Let us be clear: international crimes were committed in Myanmar. Rohingya Muslims have been killed, tortured, raped, burnt alive and humiliated, solely because of who they are. All the information I have received indicates that the intent of the perpetrators was to cleanse northern Rakhine state of their existence, possibly even to destroy the Rohingya as such, which, if proven, would constitute the crime of genocide. However, whether or not we consider that the crimes committed amount to crimes against humanity or genocide, this should not delay our resolve to act and to act immediately», en: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Statement_visit_Rohingya_Bangladesh.pdf. Además de esto, la misión de investigación en Myanmar, *UN Fact-Finding Mission on Myanmar*, ha afirmado que: «The full findings we are releasing today show why, in our report to the Human Rights Council, we insist that the perpetrators of the gross human rights violations and international crimes, committed in Rakhine, Kachin and Shan States must not go unpunished. They also show why the top generals should be investigated and prosecuted for genocide in Rakhine State. I have never been confronted by crimes as horrendous and on such a scale as these». Más información en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail>.

En este estudio, abordamos la cuestión relativa a los motivos reales de esta crisis humanitaria¹⁰, entre otros, la raíz religiosa islámica en un país de mayoría budista, los problemas de acaparamiento de tierras, conocidos como *land grabbing* o *rush for land*¹¹, el expolio de los recursos mineros y otros intereses de grandes empresas transnacionales, las consideraciones geopolíticas, en las que destaca un papel importante del Estado Chino y la falta de identidad del nuevo Estado. Sobre este último aspecto, se puede mencionar la decisión del Tribunal Permanente de los Pueblos en una sesión sobre los crímenes contra la etnia Rohingya, de 18-22 de septiembre de 2017, en la que se hacía referencia directa a los problemas de identidad del Estado de Myanmar¹².

Sucesivamente proponemos un planteamiento general sobre el conflicto y de sus aspectos destacados y, tras situar sus causas, sus actores y los crímenes contra la población Rohingya, nos centramos fundamentalmente en analizar algunas soluciones¹³ frente a la impunidad de la que han gozado y gozan el ejército y los responsables políticos, y las posibles respuestas judiciales. En particular, el núcleo de nuestra investigación es la evaluación de los mecanismos internacionales y estatales para la rendición de cuentas de los crímenes cometidos, ofreciendo también unos apuntes del tema de los mecanismos de sanciones internacionales, como los embargos de armas y sanciones de otro tipo contra el Gobierno de Myanmar, empresas y demás responsables de este conflicto.

2. El conflicto Rohingya

El Gobierno de Myanmar no reconoce actualmente a los Rohingyas como minoría propia del Estado¹⁴, aunque hay pruebas de que los miembros de esta comunidad han residido dentro de las fronteras incluso desde la primera colonización británica, de 1824,

aspx?NewsID=23575&LangID=E. Esta noticia ha tenido gran impacto mediático y muchos periódicos han informado sobre los resultados de la misión de investigación. Entre otros, véase el artículo del Washington Post titulado *UN investigator: Genocide still taking place in Myanmar*. El texto se puede consultar en: https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/un-investigator-genocide-still-taking-place-in-myanmar/2018/10/24/689bd578-d7b4-11e8-8384-bcc5492fef49_story.html?utm_term=.03fc0f4eeba7.

¹⁰De gran interés sobre este tema, véase, *Is Rohingya persecution caused by business interests rather than religion?*, en: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/jan/04/is-rohingya-persecution-caused-by-business-interests-rather-than-religion>.

¹¹E. L. RHOADS y C. T. WITTEKIND, *Rethinking Land and Property in a "Transitioning" Myanmar: Representations of Isolation, Neglect, and Natural Decline*, en *Journal of Burma Studies*, 22 (2), 171-213, 2018. Sobre el tema de acaparamientos de tierras, véanse también: M. FASCIGLIONE, *Land Grabbing en el derecho internacional: problemas y perspectivas: la exigencia de responsabilidad a las empresas por las violaciones de derechos humanos relacionadas con el land grabbing: evolución y perspectivas*, REDI, Vol. 71, 2019, pp. 215-221 y M. NINO, *Land grabbing en el derecho internacional: problemas y perspectivas: el análisis del land grabbing a la luz de la norma internacional de la soberanía territorial*, REDI, Vol. 71, 2019, pp. 207-213.

¹²Más información en: <http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2017/11/PPT-on-Myanmar-Judgment-FINAL.pdf>.

¹³Sobre este tema véanse también, K. AHMED y H. MOHIUDDIN, *The Rohingya Crisis. Analyses, Responses, and Peacebuilding Avenues*, Maryland, 2019.

¹⁴Myanmar, antigua Birmania, es un *puzzle* de pueblos de más de 140 etnias con diferentes religiones, más información en <http://legacy.joshuaproject.net/international/es/countries.php?rog3=BM>. Entre la diferentes etnias encontramos los Rohingyas, término étnico-religioso que significa *musulmanes cuyo hogar ancestral es Arakan* o Estado de Rakhine. Sobre el tema del reconocimiento de las minorías en Myanmar, véanse, M. ŞÜKRÜ GÜZEL, M., *Solving statelessness in Myanmar*. Instabul, 2019.

habiendo alcanzado el año 1948, después de la independencia de Myanmar del Reino Unido¹⁵, que se les reconociese como ciudadanos¹⁶.

Sin embargo, la situación cambió cuando, después de años de guerra civil, los militares derrocaron en 1962 al Gobierno en el poder. La Junta Militar empezó a controlar cada aspecto del Estado, como la política, la economía o los medios de comunicación y puso en marcha una lenta marginalización de las minorías étnicas¹⁷; así, desde 1978, por ejemplo, los Rohingya han venido siendo sometidos a persecuciones y ataques contra sus derechos fundamentales. Particularmente, cuando a través de la Ley de Ciudadanía de 1982¹⁸, el Gobierno reconoció solamente a determinados grupos, dado que tenía la potestad de decidir si un grupo étnico era o no nacional. Esta ley, promulgada por el último régimen dictatorial de Ne Win del Partido del Programa Socialista de Birmania, ahora Myanmar, fue el medio a través del cual se les negó a los miembros de esta etnia el estatus de ciudadanos¹⁹, siendo clasificados como inmigrantes irregulares²⁰. A partir de ese momento, el Gobierno y el ejército profundizaron en una lenta pero eficaz campaña de odio²¹ sirviéndose además de normativas discriminatorias encaminadas a la destrucción de la identidad del citado pueblo²².

Tampoco supuso mejora alguna el fin del régimen militar y el cambio de Presidencia con Thein Sein, que declaró disuelto el Consejo de Estado para el Desarrollo y la Paz, nombre oficial de la Junta Militar. De hecho, es a partir del año 2012 cuando se registran algunas de las actividades más violentas en el marco del plan estatal de limpieza étnica, con la destrucción de viviendas y graves violaciones de los Derechos Humanos, como actos de tortura, detenciones arbitrarias y restricciones de movimientos, matrimonios y religión. Así las cosas, desde el año 2017 y en respuesta a los ataques contra las fuerzas de seguridad de un pequeño grupo militante Rohingya, *Arakan Rohingya Salvation Army* (ARSA), declarado por el Gobierno de Myanmar como terrorista, el ejército birmano aceleró las operaciones que llevaron a la crisis humanitaria actual²³.

De hecho, la Consejera de Estado Aung San Suu Kyi, premio Nobel para la Paz, y la Liga Nacional por la Democracia, que asumió el poder en marzo de 2016, en ningún momento han buscado soluciones para esta crisis, centrando sus políticas en mejorar

¹⁵ Sobre el papel del Reino Unido en el conflicto, véase, B. MACINTYRE, *Britain's role in the Rohingya tragedy*, en <https://www.thetimes.co.uk/article/britain-s-role-in-the-rohingya-tragedy-pdmmkwzc7>, y A. COSMELLO GUISANDE, *Rohingyas: el porqué de un conflicto, Origen étnico disputado, agravios de la era colonial británica y miedo a una minoría 'quintacolumnista'*, en: <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/rohingyas-el-porque-de-un-conflicto>.

¹⁶ Véase, A. WARE y L. COSTAS, *Myanmar's 'Rohingya' Conflict*, Londres, 2018.

¹⁷ A. PARASHAR y J. ALAM, *The National Laws of Myanmar: Making of Statelessness for the Rohingya*, *International Migration*, 57 (1), 94-108, 2019. M. ZARNI y A. COWLEY, *The Slow-Burning Genocide of Myanmar's Rohingya*, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 23(3), 2014, pp. 683-754.

¹⁸ *Burma Citizenship Law (Pyithu Hluttaw Law No. 4 of 1982). The Pyithu Hluttaw enacts the following Law.* <http://www.ibiblio.org/obl/docs/Citizenship%20Law.htm>.

¹⁹ Más información en <https://www.equaltimes.org/ciudadania-para-unos-pocos?lang=en#.XEWpe1xKiUk>

²⁰ Más información en <https://www.thehindu.com/news/international/rohingyas-are-not-citizens-myanmar-minister/article3703383.ece>.

²¹ S. MUSHTAQA, S. MASOODA y T. KAZMIA, *Structural violence ensues in Myanmar: the on-going ferocity against Rohingya muslims*, *Malaysian Journal of International Relations*, 7, 2019, 70-87.

²² C. K. ASHWATI y C. S. RAJEESH, *Institutional Strategies of Identity Constructions and Exclusions: Exploring the State of Rohingya Muslims in Myanmar*, *Journal Ilmu Pemerintahan*, 8 (2), DOI: <https://doi.org/10.26618/ojip.v8i2.1231>, 2018.

²³ K. AHMED y H. MOHIUDDIN, *The Rohingya Crisis. Analyses, Responses, and Peacebuilding Avenues*, Maryland, 2019.

únicamente el clima de inversión de país²⁴, tras el levantamiento de las sanciones de Estados Unidos. Muestra de ello fue cuando, en febrero 2019, Suu Kyi destacó el compromiso de su Gobierno con el Plan de Desarrollo Sostenible de Myanmar, señalando los proyectos en curso en Myanmar, como el Myotha Industrial Park City en Mandalay y la Zona Económica Especial de Thilawa²⁵.

Sobre tales bases, el conflicto no ha experimentado mejoras sustanciales tras la llegada al poder del nuevo Presidente Htin Kyaw, mano derecha de Suu Kyi. Así, datos de Amnistía Internacional confirman que en enero y febrero de 2019 las fuerzas de seguridad de Myanmar bombardearon numerosos pueblos, impidiendo que los habitantes accediesen a la asistencia humanitaria y alimentaria en el estado de Rakhine. Las fuerzas de seguridad también han venido utilizando mecanismos arbitrarios para detener y procesar a civiles por su supuesto apoyo al ARSA²⁶. Todo ello contribuye al desplazamiento forzoso de la población hacia campos de refugiados, principalmente en Tailandia y Bangladesh²⁷ con enormes impactos en estos países²⁸. Estos campos están siendo objeto de numerosas críticas debido a las condiciones en las que viven los refugiados²⁹.

El reciente acuerdo de repatriación entre Bangladesh y Myanmar³⁰ ha sido también criticado, ya que deja sin resolver las medidas y condiciones que el Estado receptor debería garantizar para que los refugiados no tuviesen problemas de seguridad. De la misma forma, la comunidad internacional ha reaccionado frente a las decisiones del Gobierno de la India, que ha empezado a deportar forzosamente a los Rohingyas; se trata de un procedimiento ilegal que viola el Derecho internacional por ser contrario a la obligación de proteger y garantizar los derechos de los refugiados³¹. Tampoco la propuesta del Gobierno de Bangladesh relativa a un plan para recolocar a los refugiados en una isla remota, ha

²⁴ Sobre este tema véase, *Myanmar leader Aung San Suu Kyi calls for more foreign investment*, en: <https://www.straitstimes.com/singapore/myanmar-leader-aung-san-suu-kyi-calls-for-more-foreign-investment>.

²⁵ Véase más información en <https://www.channelnewsasia.com/news/commentary/did-rohingya-crisis-snuff-out-foreign-direct-investment-myanmar-11194086>.

²⁶ A. ANWARY, *Interethnic Conflict and Genocide in Myanmar. Homicide Studies*, 24(1), 2020, pp. 85–102. Más información sobre las actuaciones de los militares contra el grupo armado, véase, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/02/myanmar-fresh-evidence-violations-military-operation-rakhine-state/>.

²⁷ C. JUBB, M. HABIB y S. RAZIA, *Rohingya mass exodus: Who should pay compensation and how much?* en: https://www.researchgate.net/publication/329362946_Rohingya_mass_exodus_Who_should_pay_compensation_and_how_much. Sobre los costes de estos desplazamientos, véase también, *Cómo encajar miles de refugiados en un país pobre*, en: <https://elpais.com/elpais/2019/03/27/planetafuturo/1553689823565564.html?fbclid=IwAR0nbGGeY-dFuG2wI0pPbmmghRrnUS4QgW3IKUePKTx57VWVzDzmemsra4>.

²⁸ G. MUSTAFA, A. TOOBA y M. CHAUDHARY, *Critical Analysis of Rohingya Crisis in Myanmar and its Impact on Neighbouring Countries*, *Pakistan Social Sciences Review*, 3 (2), 2019, pp. 256–267.

²⁹ N. CANEFE, *Rohingya Refugee Crisis and Ethno Religious Conflict in South East Asia: From Burma to Bangladesh and Back*, en *Refugee Watch, A South Asian Journal on Forced Migration*, 2018, 19–29. E. HAQUE, *Socio-political impacts of Rohingya refugees on Bangladesh*, [https://aybu.edu.tr/gpm/contents/files/GPMRaporEhteshamulHaque\(1\).pdf](https://aybu.edu.tr/gpm/contents/files/GPMRaporEhteshamulHaque(1).pdf). Véase también, *Upsurge in violence in Rakhine State displaces thousands*, el documento se puede consultar en la siguiente página web: <https://www.nrc.no/news/2019/january/upsurge-in-violence-in-rakhine-state-displaces-thousands/>.

³⁰ Más información: *Bangladesh, Myanmar agree to start Rohingya repatriation by mid-November*, en: <http://news.trust.org/item/20181030094218-5dkge/> y *Bangladesh, Myanmar agree to start Rohingya return in two months*, en: <https://www.straitstimes.com/asia/se-asia/myanmar-bangladesh-sign-rohingya-return-deal>.

³¹ Véase más información en: *La deportación forzosa de los Rohingyas como extranjeros ilegales* <https://www.europapress.es/internacional/noticia-india-envia-siete-rohingyas-frontera-deportarlos-birmania-20181003161337.html>.

encontrado el consenso internacional debido a las condiciones climáticas extremas de la ubicación³². Entendemos que todo lo dicho confirma que los Rohingya se han convertido en la mayor población apátrida del mundo, dado que simplemente no existen, no tienen derechos en Myanmar y se encuentran desprotegidos en los Estados donde se ubican los campos de refugiados, aunque existe un interés creciente de la comunidad internacional sobre la situación creada y las vías de superarla, hasta ahora del todo insuficientes.

A) Las claves del conflicto: los acaparamientos de tierra y de recursos y las cuestiones geopolíticas

En precedentes publicaciones hemos tenido la oportunidad de evidenciar como el detonador del conflicto en el Estado de Rakhine ha sido la promulgación de leyes sobre Tierras de Cultivo y Gestión de Tierras Vacantes, en Barbecho o Vírgenes³³, que requiere que cualquier persona que ocupe tierras clasificadas como vacantes, en barbecho o vírgenes tiene que solicitar permisos al Gobierno o, en caso contrario, puede enfrentarse a penas de hasta dos años de prisión. Esta norma, en la práctica, favoreció la especulación y los grandes intereses empresariales y los acaparamientos de tierras y recursos³⁴. Un problema principal radica en que, si registran las tierras, las personas que las ocupan perderán sus derechos sobre ellas, a cambio de recibir un permiso de utilización de 30 años³⁵. Según los informes del Gobierno de Myanmar, se ha estimado que 45 millones de acres han sido clasificados de esta forma, y que la gran mayoría de estas tierras están ocupadas por minorías étnicas³⁶.

En la misma dirección, cabe mencionar también las recientes leyes creadas para mejorar el clima de inversión en el país; una relativa a las inversiones extranjeras³⁷, que consolida las regulaciones de inversión y facilita el proceso de aprobación de inversiones, y la segunda sobre empresas, que fija las normas sobre la propiedad extranjera de las empresas en el territorio nacional. Gracias a esas normas, el Gobierno decidió incluir en el año 2016,

³² Véase más información sobre este plan en: <https://www.scmp.com/news/asia/south-asia/article/2183731/un-expert-urges-caution-bangladeshs-rohingya-island-relocation>; y, entre otros artículos: *U.N. draws up plans to 'facilitate' Rohingya relocation to island*, en <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-bangladesh-exclusive-idUSKCN1R40FG>.

³³ *Pyidaungsu Hluttaw Law No. 10/2012 - Vacant, Fallow and Virgin Land Management Act (Burmese and English)* <http://www.myanmar-law-library.org/law-library/laws-and-regulations/laws/myanmar-laws-1988-until-now/union-solidarity-and-development-party-laws-2012-2016/myanmar-laws-2012/pyidaungsu-hluttaw-law-no-10-2012-vacant-fallow-and-virgin-land-management-act.html>; véanse también, https://www.forest-trends.org/wp-content/uploads/imported/fswg_lcg_legal-review-of-farmland-law-and-vacant-fallow-and-virgin-land-management-law-nov-2012-eng-2-pdf.pdf

³⁴ B. MCCARTAN, *Myanmar: Land Grabbing As Big Business*. Recuperado en: <http://www.cetri.be/Myanmar-Land-grabbing-as-big?lang=f>.

³⁵ «The legalisation of a land market without strong public safeguards has opened the door to a new generation of problems “Under this new law, farmers who have been growing on hereditary land for their livelihoods can only possess land by means of official registration. As the registration process is not easily accessible for rural people, the land policies put them at risk. In most cases, they are helpless». Más información en: <https://www.tni.org/en/publication/the-meaning-of-land-in-myanmar>.

³⁶ J. FRANCO at all, *The Meaning of Land in Myanmar*, 2016, en: <https://www.tni.org/en/publication/the-meaning-of-land-in-myanmar> y J. GELBORT, *Implementation of Burma's Vacant, Fallow and Virgin Land Management Law: At Odds with the Nationwide Ceasefire Agreement and Peace Negotiations*, 2018, en: <https://www.tni.org/en/article/implementation-of-burmas-vacant-fallow-and-virgin-land-management-law#2>.

³⁷ Sobre el tema de las inversiones extranjeras en el sector agrario en Myanmar, véase, *Notes, foreign agricultural investments in Myanmar: toward successful and sustainable contract farming relationships*, *Columbia Journal of Transnational Law*, en: <http://jtl.columbia.edu/foreign-agricultural-investments-in-myanmar-toward-successful-and-sustainable-contract-farming-relationships/>.

3 millones de acres de tierras rurales de Rakhine en la lista nacional de asignaciones de tierras para el desarrollo económico; esa lista comprende las tierras donde los militares tienen de facto control y que pueden ser cedidas a grandes empresas transnacionales para su uso³⁸. Países como China³⁹ o India son los principales beneficiados por esta nueva regulación, así como las grandes empresas transnacionales, que tienen importantes intereses económicos y se han dedicado en las pasadas décadas a negociar con quien pueda financiar la adquisición del dominio de las tierras para actividades en el sector agroalimentario o el de obras públicas, entre otros⁴⁰.

En relación con las obras públicas, los procesos de acaparamiento a costa de los Rohingya, se podrían incluso clasificar como “pertenecientes a masivos proyectos que inciden en la geopolítica, como el auspiciado por China y bajo el delicado título de *Sarta de Perlas*⁴¹, según el cual ese País pretende llevar a cabo enormes inversiones en instalaciones portuarias”⁴². En nuestra investigación evidenciamos como una de las instalaciones, el llamado Puerto Kyauk Piu, que se ubica justo en el territorio Rohingya, es la entrada para un gasoducto y un oleoducto para el crudo que es traído del Oriente Medio y luego enviado a China a través de la conducción⁴³. Finalmente, en septiembre de 2018, China y Myanmar firmaron un acuerdo sobre el Corredor Económico, un proyecto de desarrollo bajo la iniciativa *One Belt One Road* de China que une la provincia de Yunnan con el Océano Índico⁴⁴.

Sus fuertes intereses económicos y geopolíticos hacen que China continúe protegiendo y apoyando las actuaciones del Gobierno de Myanmar y del ejército y que evite posibles sanciones o responsabilidades por los crímenes perpetrados en el Estado de Rakhine, obstruyendo la acción internacional y debilitando las medidas de las Naciones Unidas. Como confirmación de esto, si bien muchos Gobiernos extranjeros han decidido recortar los fondos a Myanmar en 2017 y 2018, China, por el contrario, ha ampliado su inversión en el país. Cabe apuntar asimismo que, al tratar de competir con China, Japón ha pedido también a la comunidad internacional que evite responsabilizar al gobierno de Myanmar.

Y el citado sería solo un ejemplo, aunque de gran relieve, de los enormes intereses, y no sólo económicos, en juego sobre las tierras ocupadas por esta minoría perseguida. Así, la muy controlada reacción de los EE.UU. sobre la persecución de los Rohingya ha podido verse en clave de una voluntad de no alienarse a un buen aliado en esa zona estratégica, el

³⁸Sobre este tema véanse, entre otros, S. SASSEN, *The Assault On The Rohingya Is Not Only About Religion. It's Also About Land*, *Huffpost*, el texto se puede consultar en: <https://www.huffingtonpost.com/entry/rohingya-land-grab-militaryus59b96400e4b02da0e13e79f4?section=ustheworldpost&gucounter=1>.

³⁹S. SASSEN, *Expulsions Brutality and Complexity in the Global Economy*, Londres, Belknap Press, 2014.

⁴⁰M. RAHMAN y S. AKON, *Geopolitical Economy of Myanmar and the Role of Great Powers in Rohingya Crisis*, *International Journal of Research and Innovation in Social Science*, 3 (10), 2019, 385-389.

⁴¹Véase, *Examining the roles of Bangladesh, Myanmar and Maldives in the rivalry for Indian Ocean supremacy*, en: <http://blogs.lse.ac.uk/southasia/2018/08/27/examining-the-roles-of-bangladesh-myanmar-and-maldives-in-the-rivalry-for-indian-ocean-supremacy/>, *China 'String of Pearls' Project*, en: <https://southfront.org/chinasstring-of-pearls-project/>.

⁴²M. V. CAMARERO SUÁREZ y F. J. ZAMORA CABOT, *op. cit.*, p. 8.

⁴³*Emerging costs of China's belt and road strategy for transboundary water in south and southeast Asia*, *International Journal of Energy and Water Resources*, 2019; *Five Things You Should Know About China- Backed Port in Myanmar*, en: <http://www.scmp.com/news/china/diplomacy-defence/article/2093581/fivethings-you-should-know-about-china-backed-port> y *The Assault On The Rohingya Is Not Only About Religion — It's Also About Land*, en: <https://cgt.columbia.edu/news/sassen-assault-rohingya-not-religion-also-land/>.

⁴⁴*China's Belt & Road Initiative: A Cautionary Tale for the Kachins*, en: <https://www.tni.org/en/article/chinas-belt-road-initiative-a-cautionary-tale-for-the-kachins>.

Gobierno de Myanmar, dentro de una política de contención del coloso chino⁴⁵. Cabría por lo tanto evaluar la responsabilidad de los países inversores en Myanmar en la comisión de los ilícitos internacionales. Según se explica el profesor Nino⁴⁶, en los actos sobre *rush for land*, hay una doble responsabilidad internacional, la del Estado que invierte y la del Estado que hospeda las inversiones, responsabilidad por complicidad conforme al Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por Ilícitos Internacionales.

B) *Las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas contra los Rohingya.*

Los informes internacionales surgidos en el seno de las Naciones Unidas, como el *Fact-Finding Report of Detailed Findings*, o los miles de documentos de ONGs que trabajan en este territorio, como el preparado por el Fortify Rights⁴⁷, denuncian: genocidio, crímenes de lesa humanidad, en los que se demuestran los desplazamientos forzosos de civiles, los acaparamientos de recursos y tierras, trabajo forzado, detenciones arbitrarias, restricciones religiosas, medidas restrictivas relativas a la prohibición de contraer matrimonio y actos de tortura.

Hace pocos años, un extenso artículo⁴⁸ describió detalladamente los actos de limpieza étnica a los que el Ejército y el Gobierno de Myanmar estaban sometiendo a la población Rohingya, actualmente calificados ya como de genocidio y crímenes de lesa humanidad; tal calificación resulta un paso muy importante ya que, aunque los hechos delictivos resulten similares, el alcance de las normas y las respuestas de la comunidad internacional no son los mismos, sobre todo en términos de obligaciones *erga omnes* para los Estados y en términos de responsabilidad para los actores involucrados. En el caso de los Rohingyas, no cabe la menor duda de que estaríamos frente a un verdadero genocidio, perpetrado con fría y calculada crueldad por las milicias y con la complicidad del Gobierno de Myanmar, y frente a crímenes contra la humanidad, pudiéndose probar el propósito sistemático de atacar la población civil que ocupa los territorios que el Estado y las milicias quieren expoliar por intereses económicos y geopolíticos.

El artículo 1 de la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio establece que: “las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que (ellas) se comprometen a prevenir y a sancionar”⁴⁹. La Convención preceptúa que serán castigados los actos de genocidio así como la asociación para cometerlo o la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad en el crimen. En ella se define como genocidio cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Su artículo 2 menciona entre dichos actos: las matanzas de miembros

⁴⁵ T. MARSHALL, *Prisoners of Geography*, London, 2016.

⁴⁶ M. NINO, *Land Grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*. Napoli, 2017.

⁴⁷ Fortify Rights 2015, *Is genocide occurring in myanmar's rakhine state? a legal analysis*. en: https://www.fortifyrights.org/downloads/yale_persecution_of_the_rohingya_octobe_2015.pdf?utm_content=bufferd15da&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer y Fortify Rights 2017, *They tried to kill us all: Atrocity Crimes against Rohingya Muslims in Rakhine State, Myanmar*, en: https://www.fortifyrights.org/downloads/they_tried_to_kill_us_all_atrocity_crimes_against_rohingya_muslims_nov_2017.pdf.

⁴⁸ *Is This Genocide?*, en: <https://www.nytimes.com/2017/12/15/opinion/sunday/genocide-myanmar-rohingya-bangladesh.html>.

⁴⁹ Más información en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>.

del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo o el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En relación con los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional en su artículo 7⁵⁰ los define como cualquier acto, como asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, traslado o deportación forzosa, entre otros, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. A esto le podemos agregar que también los desplazamientos de civiles, de etnias completas como es nuestro caso, por intereses económicos estatales y de grandes empresas transnacionales que conllevan el acaparamiento de tierras y de recursos, deberían ser considerados ataques generalizados y sistemáticos contra dichas poblaciones⁵¹.

En los informes internacionales antes mencionados se evidencia que existen motivos razonables para creer que todos los elementos contextuales, requeridos para los crímenes de lesa humanidad, conforme al Estatuto de Roma, se ven cumplidos con respecto a los ataques contra los Rohingya en el norte de Rakhine; además de que estaría confirmada la responsabilidad del Ejército, con la complicidad del Gobierno de Myanmar, y la de otros países cercanos, individuos y empresas nacionales y extranjeras, con la finalidad de aumentar las inversiones en el país. Como hemos mencionado en los apartados previos, Myanmar ha tenido y tiene un enorme potencial para las inversiones extranjeras; de hecho, la construcción de centrales hidroeléctricas, los proyectos de *Sarta de Perlas* y *One Belt One Road*, y otros de inversión en este territorio, están brindando lucrativas oportunidades de negocios, sobre todo para los países vecinos. Al mismo tiempo, están afectando a las comunidades étnicas rurales y favoreciendo la expoliación de tierras y de recursos. Puede indicarse, asimismo, que los recursos expoliados, y gracias a los fuertes lazos comerciales entre los funcionarios que controlan los territorios fronterizos y los empresarios vecinos, se intercambiaron en gran medida con empresarios chinos o tailandeses.

En relación con los actores que están teniendo un rol destacado en las graves violaciones contra la etnia Rohingya, cabe mencionar a otros intervinientes que de una u otra forma han propiciado el conflicto o han proporcionado las herramientas para difundir la campaña de odio contra esta etnia. Nos referimos, por ejemplo, al papel desempeñado por la red social Facebook. Esta plataforma ha servido como herramienta del Gobierno, del Ejército birmano y de los radicales budistas, para la difusión de mensajes de odio y de discriminación. Por estos hechos, está siendo ahora investigada por no haber tomado las medidas necesarias para prevenir la difusión de los mensajes de odio y no haber actuado de forma contundente contra la propaganda de los militares.

Facebook is the most popular social networking site in the world, with more than 1.8 billion active users per month. In Myanmar it has "become a near-ubiquitous communications tool, following the opening up of the economy." Given its far reaching impact, the platform's misuse to spread dangerous speech, has in effect, helped to perpetuate

⁵⁰ Más información en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

⁵¹ Sobre este tema, véase el informe publicado en el año 2010 por el Irish Centre for Human Rights, *Crimes against Humanity in Western Burma: The Situation of the Rohingyas*, en: http://burmaactionireland.org/images/uploads/ICHR_Rohingya_Report_2010.pdf.

the institutionalized discrimination against the Rohingya community, who are often described as “the most persecuted minority in the world”⁵².

En el año 2013, Aela Callan evidenció en sus investigaciones la participación de esta plataforma en la campaña de odio en el conflicto⁵³. Su estudio se basaba en las páginas creadas por los nacionalistas budistas, como la Kalar Beheading Gang, o las páginas de propaganda de Ashin Wirathu, considerado el “Hitler birmano”⁵⁴. Los mensajes que se subieron a la red han tenido un impacto muy importante y ha alimentado el sentimiento anti-Rohingya⁵⁵.

Dado el surgimiento de casos como los descritos, cabe reflexionar también sobre las responsabilidades a nivel global de los medios de comunicación y, particularmente, de las plataformas digitales, cuando puedan ser vehículos de información falsa, discriminatoria o violenta, susceptible de ser utilizada para la comisión de atroces crímenes contra la población civil. En este orden, cabe evaluar positivamente una iniciativa del legislador australiano, de 4 de abril del 2019⁵⁶, que se relaciona con las tres plataformas principales: Facebook, Youtube e Instagram, y que podría servir de modelo para legislaciones internacionales en esta materia. El Parlamento de ese país ha dado paso, así, a una norma que establece sanciones muy importantes, hasta un 10% de la facturación anual de las plataformas a nivel global, si se determina que las mismas no han activado medidas efectivas para cancelar los mensajes y vídeos de torturas o relacionados con el terrorismo, además de la responsabilidad criminal de quienes deberían haber activado dichos mecanismos, con penas de hasta tres años de cárcel.

3. *El conflicto en clave judicial: actuación de los tribunales internacionales*

Hasta el momento, los delitos perpetrados en contra de la minoría Rohingya han quedado totalmente impunes y las víctimas desprotegidas, tanto frente a las autoridades nacionales como a las internacionales. Investigar y perseguir los crímenes internacionales perpetrados, dentro y fuera de Myanmar, resulta por tanto indispensable para otorgar a este colectivo una justa reparación por lo sufrido y responsabilizar al Estado, a los individuos y a las empresas que estuviesen involucradas en los hechos. Lo que también resulta necesario en términos generales de justicia, para restaurar la legalidad del orden internacional violado y reafirmar con ello la solidaridad de la comunidad internacional respecto de la represión y reparación de las graves violaciones a los Derechos Humanos. Frente a la falta de voluntad del Estado de perseguir estos hechos cometidos en su territorio⁵⁷, la pregunta que nos planteamos es: ¿qué instancias jurisdiccionales podrían ser competentes para garantizar el

⁵² *Data and Society, Social Media, Artificial Intelligence, and Hate Speech in Myanmar Case Study*, en: https://datasociety.net/wp-content/uploads/2018/09/Social-Media-Artificial-Intelligence-and-Hate-Speech-in-Myanmar_Case-Study_Final.pdf.

⁵³ Su investigación se puede consultar en: <https://www.jauntvr.com/title/a4e4a636fc>.

⁵⁴ Más información en: <https://www.france24.com/es/20180322-monje-budista-facebook-contra-rohingya>.

⁵⁵ Más información en: <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-rohingya-facebook/u-n-investigators-cite-facebook-role-in-myanmar-crisis-idUSKCN1GO2PN>.

⁵⁶ *Criminal Code Amendment (Sharing of Abhorrent Violent Material) Bill 2019*, el texto del documento en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=s1201

⁵⁷ M. Z. I. KHAN, *Pathways to Justice for 'Atrocity Crimes' in Myanmar: Is There Political Will, Global Responsibility to Protect*, 11 (1), 2019, pp. 3-41.

derecho de acceso a la justicia a los Rohingya? Para contestar a lo inquirido centraremos nuestro análisis en las que podrían ser competentes para conocerlos, conscientes de que “There are no easy options or solutions to the current Rohingya crisis”⁵⁸. Al mismo tiempo, avanzaremos algunas ideas sobre la posibilidad de someter, *rationae personae* a las empresas transnacionales, que siempre resultan actores importantes ya que participan junto al Estado y al ejército en los acaparamientos de tierras y recursos, así como en el desplazamiento forzoso de civiles.

A) El Tribunal Penal Internacional

Es un hecho el que en el caso de los crímenes contra los Rohingya los perpetradores no solo no están siendo perseguidos judicialmente en Myanmar, sino que cuentan con la connivencia del Gobierno y del ejército. Ahora bien, el Tribunal Penal Internacional tiene un mandato específico sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra o agresión, en aquellos Estados que han ratificado o se han adherido al Estatuto de Roma, siempre que estos países no hayan tenido la voluntad o la capacidad para perseguir dichos delitos y enjuiciar a los presuntos autores, principio de complementariedad. A lo que tenemos que agregar las muchas dificultades y obstáculos prácticos que este Tribunal puede tener para llevar a cabo las investigaciones y recoger pruebas, necesitando forzosamente la cooperación de los países en cuyos territorios se verificaron los hechos delictivos. Myanmar no es parte del Estatuto de Roma, por lo que este Tribunal no tendría jurisdicción para perseguir el delito de genocidio o los delitos de lesa humanidad, a salvo de una Resolución del Consejo de Seguridad encaminada a abrir una investigación. Conforme a lo que hemos mencionado previamente, opinamos que los intereses geopolíticos de China hacen presagiar que esto no se verificará. De hecho, China en diferentes ocasiones se ha posicionado en contra de una actuación en tal sentido del Tribunal Penal Internacional, defendiendo su posición privilegiada en Myanmar y siguiendo su política de bloqueo, vetando cualquier resolución del Consejo de Naciones Unidas⁵⁹.

En relación con los delitos de deportación forzosa de civiles y privación de derechos fundamentales⁶⁰, la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional, en abril 2018, solicitó una Resolución de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la posibilidad de ejercer la jurisdicción de conformidad con el artículo 12 (2) (a) de su Estatuto, en relación con los supuestos delitos de deportación de miembros del pueblo Rohingya de Myanmar a Bangladesh⁶¹. Este examen preliminar consiste en averiguar si una situación cumple los criterios jurídicos establecidos en el Estatuto para justificar una investigación. En septiembre de 2018, la Sala confirmó la posición de la Fiscalía⁶², dictaminando que la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre los presuntos crímenes de deportación de los Rohingya de Myanmar a Bangladesh; y ello ya que

⁵⁸ B. GORLICK, *The Rohingya Refugee Crisis: Rethinking Solutions and Accountability*, Working paper series no. 131, Refugee Studies Centre, Oxford, 2016.

⁵⁹ J. E. ESTEVE MOLTÓ, *op. cit.*, 2010.

⁶⁰ S. ANGIOI, *Aspetti sostanziali e procedurali della questione rohingya di fronte alla Corte Penale Internazionale*, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, pp. 264-291.

⁶¹ *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 09/04/2018, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02057.pdf.

⁶² *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 06/09/2018, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04203.PDF.

Bangladesh ha ratificado el Estatuto de Roma y que parte de los delitos se cometieron en este país⁶³.

El 14 de noviembre de 2020 el TPI aprobó una investigación completa sobre los presuntos delitos de Myanmar, respaldando la solicitud de enjuiciamiento para investigar las denuncias de crímenes contra el grupo mayoritario musulmán. Los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares III aceptaron la solicitud del Fiscal de proceder con una investigación en la situación en Bangladesh/Myanmar, afirmando que existe una base razonable para creer que se cometieron crímenes contra la humanidad, deportación, en la frontera de Myanmar Bangladesh, y de persecución por motivos de etnia y/o religión, contra la población Rohingya⁶⁴. ¿Podría ser este el primer paso para responsabilizar al Gobierno y al Ejército? Seguramente resulta muy importante para garantizar el eventual acceso a la justicia de las víctimas.

En relación con los delitos de acaparamiento de tierras y recursos ¿podría este tribunal conocer estos delitos perpetrados por las empresas transnacionales en Myanmar? Somos de la opinión de que ello sería no solamente oportuno sino necesario, pero, para lograr este resultado, se tendría que modificar el Estatuto de Roma, ampliando el listado de delitos perseguidos y *ratione personae*, ampliando la persecución de las actividades ilícitas perpetradas por las personas jurídicas y, en el caso de los crímenes cometidos en Myanmar, sería necesaria una Resolución del Consejo de Seguridad para iniciar las investigaciones.

Cabe mencionar que en los últimos años estamos asistiendo a un cambio de enfoque de los fiscales del Tribunal Penal Internacional, dispuestos dar prioridad a los delitos que originan la destrucción del medio ambiente, explotación de los recursos naturales y, finalmente, despojo ilegal de la tierra⁶⁵. En su informe de 2016⁶⁶, Global Witness, ONG que mantiene campañas pioneras contra los conflictos y la corrupción relacionados con los recursos naturales, así como contra las violaciones de los derechos ambientales y los derechos humanos asociados, analiza su situación y el papel jugado por Estados como China, y por las empresas transnacionales, en la estabilidad del país y en la explotación de los recursos. Esta ONG evidencia los efectos devastadores de la expropiación de recursos por parte de grandes corporaciones del sector minero que, por ejemplo, han sido objeto de un cortometraje, «Jade and the Generals». La preocupación de las grandes corporaciones que operan o que tienen

⁶³ D. GUILFOYLE, *The ICC Pre-trial Chamber Decision on Jurisdiction over the Situation in Myanmar*, *Australian Journal of International Affairs*, 73(1), 2019, pp. 2-8.

N. CARRILLO SANTARELLI, *La decisión “humanizadora” de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 36, diciembre 2018.

⁶⁴ Más información en: <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>.

⁶⁵ *Office of the prosecutor policy paper on case selection and prioritisation*, 15 de septiembre de 2016, en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Cabe mencionar que este posicionamiento se está reafirmando también en otros ámbitos. Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas persiste en vincular las graves violaciones a los crímenes internacionales con los acaparamientos de tierras y recursos y las actividades empresariales. Así, en un informe publicado el 20 de febrero de 2019 sobre las graves violaciones de derechos humanos en Sudán, se observa un vínculo entre el conflicto y la economía de Sudán del Sur donde, incluso antes de la independencia, existían preocupaciones sobre la apropiación indebida de los recursos naturales, especialmente del petróleo. En diferentes informes de ONGs se evidencia como las tierras explotadas, principalmente por empresas petroleras, se han militarizado y estarían directamente vinculadas con las actividades delictivas en violación de los derechos humanos en el país. Sobre este tema véanse, N. CUMMING-BRUCE, *Oil Companies May Be Complicit in Atrocities in South Sudan*, en: <https://www.nytimes.com/2019/02/20/world/africa/south-sudan-oil-war-crimes.html>.

⁶⁶ *En terreno peligroso*, en: <https://www.globalwitness.org/en/reports/terreno-peligroso/2016>.

algún tipo de contrato con empresas locales en Myanmar, de verse sometidas a litigios transnacionales es evidente. Prueba de ello es la posición expresada por inversores de grandes compañías como Chevron, que actualmente tiene relaciones contractuales con la empresa estatal Myanmar Oil and Gas Enterprise, en la que se pide al Gobierno local que adopte medidas efectivas para solucionar la crisis con la etnia Rohingya. Es evidente que una actuación del Tribunal Penal Internacional, actualmente en sus inicios, podría por lo menos frenar futuras actividades ilícitas de las personas jurídicas y de los Estados en Myanmar.

B) El Tribunal Internacional de Justicia

El 11 de noviembre de 2019, Gambia presentó su una solicitud de procedimientos institucionales y solicitud de medidas provisionales ante el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)⁶⁷, respaldada por la *Organization of Islamic Cooperation*, alegando que el Gobierno y el ejército de Myanmar estarían actuando en violación de sus obligaciones establecidas en la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio. Los días 10 y 12 de diciembre se llevaron a cabo audiencias públicas ante la TIJ. En sus argumentos, Gambia alegó que los actos genocidas, asesinatos, violaciones y destrucción, cometidos durante las conocidas operaciones de limpieza, tenían la intención de destruir a la etnia Rohingya y su forma de vida en sus aldeas.

Tras la solicitud de Gambia de medidas cautelares⁶⁸, el 23 de enero de 2020 este Tribunal, frente a los argumentos del Gobierno de Myanmar en rechazo de las acusaciones sobre el delito de genocidio contra los Rohingya, adoptó por unanimidad medidas provisionales que requieren que Myanmar evite el genocidio y dé los pasos precisos para preservar las pruebas de los crímenes perpetrados y, asimismo, que informe sobre la implementación de las medidas. En su decisión, el Alto Tribunal obliga al Gobierno de Myanmar a adoptar todas las medidas posibles para evitar que sus militares u otros lleven a cabo actos genocidas contra los Rohingya quienes, según dijo, se enfrentaban a un riesgo real e inminente. De la misma forma, ordena a Myanmar presentar informes periódicos explicando qué pasos está siguiendo para prevenir las graves violaciones de los Derechos Humanos:

The Court, Indicates the following provisional measures:

The Republic of the Union of Myanmar shall, [...] take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention [...] ensure that its military, as well as any irregular armed units which may be directed or supported by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts described in point (1) above, or of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, of attempt to commit genocide, or of complicity in genocide; [...] shall take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; [...] shall submit a report to the Court on all measures taken to give effect to

⁶⁷The Republic of The Gambia institutes proceedings against the Republic of the Union of Myanmar and asks the Court to indicate provisional measures, *International Court of Justice*, No. 2019/47 11 November 2019, en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20191111-PRE-01-00-EN.pdf>.

⁶⁸Request for the indication of provisional measures. 15 January 2020. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200115-PRE-01-00-EN.pdf>.

this Order within four months, as from the date of this Order, and thereafter every six months, until a final decision on the case is rendered by the Court⁶⁹.

Según el artículo 41 (2) del Estatuto del TIJ, las medidas provisionales del Tribunal se envían automáticamente al Consejo de Seguridad de la ONU. Este hecho, seguramente, aumentará la presión sobre el citado órgano para que adopte medidas concretas ahora respecto de Myanmar, incluso a través de una resolución vinculante. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad podría aprobar una resolución que ordenase a Myanmar levantar las restricciones a la libertad de movimiento y derogar las leyes discriminatorias que prohíben el acceso de esta etnia a servicios básicos como la educación o la sanidad, existentes en su contra, y a eliminar las restricciones al acceso humanitario al Estado de Rakhine. Esta decisión, que en ámbito internacional representa una victoria significativa lograda por los Rohingya, llega en un momento crucial para la justicia, ya que el Tribunal ha enviado un mensaje firme en el sentido de que el mundo no tolerará ya más las atrocidades del Gobierno y del Ejército de Myanmar. Un paso muy importante y necesario para asegurar la protección de los Derechos Humanos en ese país. De la misma forma, recordamos que el Tribunal Permanente de los Pueblos fue el primer órgano internacional que en 2017 se pronunció públicamente sobre los crímenes cometidos en Myanmar, afirmando que podían ser calificados como crímenes de genocidio.

4. Ídem: *actuación de los tribunales estatales*

A) *El principio de jurisdicción universal en materia penal*

Partiendo de estas constataciones y asumidos los límites actuales que, como apuntamos páginas atrás, tiene el citado Tribunal Penal Internacional para poder entrar a determinar las responsabilidades en el conflicto Rohingya, y siendo conscientes de que los tratados internacionales que prohíben determinadas conductas dejan a los Estados libertad en la determinación de los recursos internos, siempre que se observen las obligaciones *erga omnes* de persecución, sanción y reparación, queda por determinar cuál es, o debería ser el alcance de dicha libertad y su permisibilidad con arreglo al Derecho Internacional, respecto de aquellos Estados que no tengan ningún nexo de conexión con los hechos o sus responsables. Hablamos del principio de jurisdicción universal, la potestad de los Estados de establecer normas imperativas y de velar por su observancia mediante la competencia de sus tribunales⁷⁰. Gracias a este principio, sobre todo en su versión absoluta, diferentes países han podido luchar contra la impunidad y perseguir a determinados individuos sin importar dónde se cometieron los hechos o la nacionalidad del autor o de la víctima. De la misma forma, quienes han sufrido graves violaciones de los Derechos Humanos, gracias a esta competencia

⁶⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-PRE-01-00-EN.pdf>. Pp.24-25.

⁷⁰ M. OLLÉ SESÉ, *Hacia un concepto común del principio de jurisdicción universal y del (nuevo) principio de jurisdicción penal interestatal*, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N.º. 127, 2017. A. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible en la lucha contra la impunidad, también desde España*, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 21, 2017, pp. 70-101. J. R. PRADA SOLAESA, *La justicia universal, pasado, presente y futuro*, *Tiempo de Paz*, 112, 2014, pp.19-31. C. MÁRQUEZ CARRASCO, *Jurisdicción Universal: la Práctica Española en los Casos Pinochet y Cavallo*, *Temas Actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo.*, Perú, 2004, pp. 655-673. J. E. ESTEVE MOLTÓ, *El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional, (caso Guatemala)*, *Anuario español de derecho internacional*, 21, 2005, pp. 493-518.

han podido encontrar un foro, en muchos casos como último remedio y de necesidad, donde hacer valer sus derechos.

No obstante, debido a las numerosas dificultades para llevar a cabo los juicios, Estados como España o Bélgica, pioneros en el ejercicio de este tipo de jurisdicción, han decidido introducir modificaciones importantes tendentes a restringir su ejercicio⁷¹, y evitar también posibles consecuencias negativas y mantener pacíficas las relaciones internacionales⁷². Así, es indudable que la formulación y aplicación del principio de justicia universal «depende en buena medida de opciones y prioridades jurídicas y políticas, que a su vez están muy relacionadas con la política exterior y la situación internacional, así como con la autonomía real de cada Estado»⁷³.

Hemos mencionado a España y, hace más de una década, la asociación Birmania por la Paz presentó en la Audiencia Nacional de ese país una querrela criminal contra la Junta Militar birmana por los crímenes contra la humanidad y de guerra, las torturas y los actos de terrorismo producidos entre 1998 y 2008. La presidenta de la asociación querellante destacó la necesidad de «aplicar los principios de justicia y poner al descubierto que la Junta Militar Birmana no es más que el lacayo de multinacionales e intereses internacionales que oprimen al pueblo birmano»⁷⁴.

Sin embargo, las reformas que se llevaron a cabo en España para restringir u obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción universal de sus tribunales supusieron un importante obstáculo para este caso. Y, en particular, la LO 1/2009, que limitó la persecución de dichos crímenes a falta de conexión nacional, condujo a que la citada querrela no prosperara. También, cabe mencionar en este orden que en 2014 se aprobó, mediante LO 1/2014, otra reforma aún más restrictiva, que dificulta grandemente la persecución de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, y que ha supuesto un retroceso en la lucha frente a la impunidad⁷⁵. El legislador optó en ella por introducir puntos de conexión específicos y, en particular, para los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflictos armado, se establece que el procedimiento debe dirigirse contra un ciudadano español, o un extranjero residente en España o contra un extranjero presente en territorio español cuya extradición se deniegue. Asimismo, con su norma transitoria, supuso de facto el archivo de casi todos los procedimientos existentes en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo, que no cumplían con los requisitos establecidos. Junto a ello, el 20 de diciembre de 2018, el Tribunal Constitucional español confirmó la constitucionalidad de dicha norma⁷⁶, avalando que la jurisdicción universal pueda ser alterada, y por tanto limitada, por el legislador español, ya que según entiende aquel, no puede deducirse a nivel internacional la existencia de un modelo único, general y obligatorio

⁷¹M. C. MARULLO, *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal, la experiencia española*, Pamplona, 2017.

⁷²M. LANGER, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, *AJIL*, 1, 2011, pp. 1-49.

⁷³F. LEDESMA BARTRET, *La justicia universal*. *Tiempo de Paz*, No. 112, 2014, 32-38.

⁷⁴Más información en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-presentan-audiencia-nacional-querrela-contra-junta-militar-birmana-masacres-1998-2008-20090918122847.html>.

⁷⁵J. E. ESTEVE MOLTÓ, *Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo*, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 21, 2017, pp. 48-69. A. I. PÉREZ CEPEDA, *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España*, *ANIDIP*, Bogotá, Vol3, 2015, pp. 10-40. E. CARNERO ROJO, *Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal*, *ANIDIP*, Bogotá, Vol. 3, 2015, pp. 41-77.

⁷⁶Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 140/2018.

de competencia de los tribunales estatales para la represión penal extraterritorial de crímenes internacionales⁷⁷.

Contando con todo lo anterior sostenemos que la vía española resulta hoy en día totalmente estéril para poder perseguir los delitos internacionales contra esta etnia. Y anotamos que las dos reformas citadas se fundamentaron, por un lado, en la existencia de una jurisdicción internacional a cargo del Tribunal Penal Internacional sobre los crímenes internacionales, a pesar de sus muchas limitaciones y, por otro, sobre el hecho de que una jurisdicción universal absoluta resulta, se afirmaba, inviable y muy controvertida por razones políticas y diplomáticas, dados sus eventuales efectos negativos en las relaciones con otros países. Sin embargo, a pesar de las recientes *praxis* restrictivas de algunos países, cabe poner de manifiesto por el contrario que el uso de la jurisdicción universal no ha disminuido, sino que se ha venido desarrollando en la última década, tanto en términos de número como de frecuencia. Este dato resulta muy importante y puede significar que, a pesar de las modificaciones introducidas por algunos países, que han limitado de forma significativa la aplicación de este principio, decidiendo apostar por un sistema de competencia universal más restringido y que establezca una fuerte conexión con los hechos para activar la competencia de los tribunales nacionales, no se ha generado un efecto de cascada⁷⁸:

In the 2016-2018 updating of our database, we have found 910 complaints (or cases considered by authorities by their own motion) previously not included in the database, 614 of which were initiated between July 2010 and December 2017. This finding alone is sufficient to show that the use of universal jurisdiction is expanding, at least in terms of running totals. More importantly, we find no evidence that the rate at which new universal jurisdiction cases are being initiated is decreasing⁷⁹.

En este orden, cabe anotar la opinión de B. Garzón, cuando afirma que el ímpetu para la rendición de cuentas para los crímenes cometidos en Myanmar debe provenir de la comunidad internacional, y que el principio de jurisdicción universal podría ser una valiosa herramienta para los Rohingya⁸⁰. Por lo tanto, frente a la imposibilidad de llevar a cabo juicios en España, las víctimas podrían acudir a los tribunales de otros países que contemplen un sistema de competencia universal con menos restricciones. De hecho, en marzo de 2018, por ejemplo, algunos abogados australianos presentaron una querrela contra Aung San Suu Kyi, quien en ese momento se encontraba en territorio australiano, por los crímenes de lesa humanidad contra la etnia Rohingya, actuación que no prosperó al serle reconocida su inmunidad de la jurisdicción.

De la misma forma, el 13 de noviembre de 2019 los *Rohingya and Latin American Human Rights Groups* presentaron una querrela ante los tribunales nacionales argentinos sobre la base del principio de jurisdicción universal contra los miembros del Gobierno de Myanmar, previsiblemente la líder Aung Sang Suu Kyi y los ex presidentes Thein Sein y Htin Kyaw, el actual presidente Win Myint, y asimismo los principales militares comandantes, incluido el Mayor General Min Aung Hlaing, comandante en jefe de las fuerzas armadas de Myanmar.

⁷⁷ M. C. MARULLO, *La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre*, REDI, 71, 2019, pp. 311-317.

⁷⁸ Sobre este tema, de gran interés el informe presentado en el año 2019 por Trial International, *Evidentiary challenges in universal jurisdiction cases*, en: <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2019/03/Universal-Jurisdiction-Annual-Review-2019.pdf>.

⁷⁹ M. LANGER, M. EASON, *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, *European Journal of International Law*, 2019, pp. 779-817.

⁸⁰ B. GARZÓN, *Los Rohingya y la jurisdicción universal*, el texto se puede consultar en la siguiente página web: https://elpais.com/elpais/2018/09/09/opinion/1536510235_188977.html.

Cabe mencionar que esta iniciativa tiene por objeto el genocidio y los crímenes de lesa humanidad perpetrados en el territorio de Myanmar, por lo que no interferiría con la investigación del Tribunal Penal Internacional que tiene, como hemos mencionado, una jurisdicción limitada en la especie sobre los delitos de desplazamiento y otros perpetrados en la frontera entre Bangladesh y Myanmar⁸¹. El escaso tiempo transcurrido desde que se interpuso, en fin, impide aventurar propósitos sobre el recorrido y efectos reales que pueda suscitar esta actuación ante los citados tribunales.

B) La jurisdicción extraterritorial en materia civil: la demanda frente a los tribunales de los Estados Unidos

La legislación estadounidense en materia de reparación de daños derivados de graves violaciones a los Derechos Humanos, y a través de normas como el *Alien Tort Claims Act* (ATCA), ha establecido un mecanismo de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales en un país que no tiene por qué estar necesariamente ligado de forma directa a los hechos⁸². Como punto de partida resulta importante, con todo, indicar que el ejercicio de esa jurisdicción en materia civil se encuentra en desarrollo en el ámbito internacional, siendo patentes las dificultades para llevarlo a cabo, aunque menudeen ya los casos en que diversos tribunales estatales asumen, tras ser llamados a ello, las correspondientes tareas.

Señalamos que el ATCA, codificada en el Volumen 28, Sección 1350 del *United States Code*, otorga una competencia a los tribunales federales limitada a conocer lo relacionado con la responsabilidad civil y la indemnización de las víctimas, y fue codificada del modo siguiente: “The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”⁸³. Por lo tanto, para su activación resultan necesarios tres elementos: “(1) *an alien* (2) *sues for a tort* (3) *committed in violation of the law of nations*”.

En relación con los delitos de tortura, el Congreso de los Estados Unidos, en 1991, reforzó la tutela y dio competencia a los tribunales federales a través del *Torture Victims Protection Act* (TVPA). Este Acta autoriza a cualquier individuo, nacional o extranjero, a reclamar civilmente por la comisión de actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, siempre y cuando no se haya alcanzado un acuerdo de compensación en el lugar de comisión de tales acciones. Ambos textos, ATCA y TVPA, han permitido a los tribunales federales conocer demandas por diferentes violaciones de normas internacionales relativas a delitos de tortura, genocidio, tratos inhumanos y degradantes, daños graves al ambiente violencia sexual, crímenes de guerra, esclavitud y trabajos forzados, *apartheid*, ejecuciones extrajudiciales, y desapariciones forzadas. El aspecto más destacado de la aplicación de estas ha sido, junto a la compensación de las víctimas, el surgimiento de un gran impulso hacia la creación de una “responsabilidad civil internacional” de las empresas por la comisión o participación en un ilícito internacional, por sí solas o con el apoyo o connivencia de un gobierno o de los aparatos militares.

⁸¹ M. BO, *Crimes against the Rohingya: ICC Jurisdiction, Universal Jurisdiction in Argentina, and the Principle of Complementarity*, *Opinio Juris*. en: <http://opiniojuris.org/2019/12/23/crimes-against-the-rohingya-icc-jurisdiction-universal-jurisdiction-in-argentina-and-the-principle-of-complementarity/>.

⁸² J. FERRER LLORET, *La jurisdicción civil universal ante el derecho internacional –y su relación con la jurisdicción penal universal– A propósito de *Nait-Liman v. Switzerland**, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 47, 2019 y A. PIGRAU SOLE, *La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos Humanos*, *Revista española de desarrollo y cooperación*, n. 25, 2010, pp.113-130.

⁸³ 28 U.S.C. 1350.

Tratándose de ilícitos internacionales en Birmania, ahora Myanmar, tema que hemos tenido la oportunidad de profundizar en previos estudios⁸⁴, vemos como los tribunales federales de los Estados Unidos se ocuparon ya en tiempos de la responsabilidad de las empresas en un caso bien conocido, *John Doe v. Unocal*⁸⁵, originado por delitos internacionales, como torturas, trabajo forzoso y otras graves violaciones de derechos humanos asociadas al proyecto de construcción y protección de un gasoducto. En el año 1996, víctimas birmanas presentaron una acción en masa ante un Juzgado de Distrito de California, frente a la sociedad *Unocal Corporation*, con domicilio en ese Estado de la Unión, que había propuesto al Gobierno militar que llevase a cabo el proyecto de construcción del gasoducto. También se demandó a otras sociedades, como la nacional *Myanmar Oil & Gas Enterprise* y a la transnacional francesa *Total S.A.* En su decisión de primera instancia, el Juzgado de Distrito dictaminó que para estar sometida al ATCA era necesario que la violación fuera realizada por parte de un Estado, y que este requisito podía ser considerado cumplido cuando se probara la existencia de una *joint action* que pudiera involucrar a partes privadas. En este sentido, el Juzgado afirma que: “[u]nder the *joint action approach*, private actors can be state actors if they are ‘willful participant[s] in joint action with the state or its agents’”. A partir de ahí, no dedujo, sin embargo, que se hubiera probado en el caso la existencia de tal participación de las sociedades en las acciones perpetradas por parte del Gobierno militar.

Mediante sentencia publicada el 18 de septiembre del 2002, el prestigioso Tribunal de Apelación del Noveno Circuito rechazó el modelo de *joint action* adoptado por el Juzgado Federal. El Tribunal de Apelación tomó en cambio en consideración la llamada *active participation*, afirmando que en los crímenes de trabajo forzado, homicidio o violaciones, no era preciso que la conducta típica fuera llevada a cabo por un órgano de un Estado. Para llegar a este resultado, el Tribunal utilizó la praxis establecida por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia⁸⁶ y del Tribunal para Ruanda⁸⁷. En base a esta jurisprudencia, el Tribunal afirmó que la sociedad *Unocal*, que había concebido la actuación del proyecto sobre la construcción del acueducto por parte del Gobierno militar, sabía que éste actuaría adoptando un programa de trabajo forzado y utilizando cada medio útil para la represión de la población disidente y, debido a ello, había participado directamente en los hechos criminales perpetrados por el Gobierno militar. En esta sede, el tribunal afirmó también que: “forced labor is a modern variant of slavery that, like traditional variants of slave trading, does not require state action to give rise to liability under ATCA.” Tras posteriores avatares judiciales y, en 2005 la empresa consiguió la firma de un acuerdo secreto de indemnización y, sobre la base de él, el procedimiento se declaró extinto.

Cabe añadir que en los últimos años, grandes empresas del sector extractivo, de infraestructuras o petroleras, tanto nacionales como internacionales, se han visto involucradas en ilícitos internacionales por daños a minorías étnicas en Myanmar, desplazadas

⁸⁴ Para profundizar este tema remitimos a nuestros estudios: F. J. ZAMORA CABOT, *Una luz en el corazón de las tinieblas: el Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA) de los EEUU, en Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Tomo II., Sevilla, 2005, pp. 1381-1394; ÍDEM., *Casos recientes de aplicación del Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789, de los EEUU, respecto de las corporaciones multinacionales*, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, 2005, pp. 505-519. En relación al caso Unocal, entre otros, M. C. MARULLO, “El *Alien Tort Claims Act* de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas”, ICIP WP, 2014, n.3.

⁸⁵ 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

⁸⁶ *International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia (ICTY)*, 10 de diciembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija* IT-95-17/1

⁸⁷ *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, *Prosecutor v. Musema*, 27 de enero 2000, ICTR-96-13-T

forzosamente de sus tierras y expoliadas de sus recursos⁸⁸. De hecho, en 2017, en un informe de la delegación de la *National Human Rights Commissioner of Thailand*, se muestra la posible participación de dos empresas en graves ilícitos internacionales: *Myanmar Pongbipat Company* y la *Italian-Thai Development Company*. De la misma forma, las empresas que están trabajando en el proyecto de *Myotha Industrial Park* están incurriendo, junto a las autoridades locales, en graves violaciones de derechos humanos perpetradas sobre las poblaciones locales, como desplazamiento forzoso de civiles, detenciones arbitrarias y persecución criminal⁸⁹.

Sin embargo, el sistema de protección con base en el ATCA, descrito anteriormente y que podría suponer un foro de necesidad en materia civil para las víctimas Rohingya, se ha visto menoscabado por decisiones judiciales que casi han vaciado de contenido ese texto legal, al que quedan pocas posibilidades de ser aplicado respecto de conductas que se verifican fuera o que no tengan una marcada conexión con el territorio de los Estados Unidos. Así, en el año 2013, el Supremo de los EE.UU afirmó que, en el caso *Kiobel II*⁹⁰, la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes consagrada respecto del ATCA solo puede enervarse en relación con demandas que toquen y conciernan el territorio de los Estados Unidos, si lo hacen con suficiente fuerza para desplazar tal presunción⁹¹ y en el caso *Daimler*⁹², en el ámbito de la llamada Jurisdicción Personal General y, siempre respecto de las empresas, el requisito de que las extranjeras solo puedan ser demandadas donde se sientan “*essentially at home*” lo que, en realidad, abona limitar la competencia sobre ellas a los tribunales de países en los que están registradas o tengan su administración principal⁹³.

Estas dos sentencias pusieron de manifiesto esta postura rígida del Supremo y *de facto* sentaron un precedente muy grave, que desde ese momento ha obstaculizado los derechos de las víctimas de gruesos ilícitos internacionales a obtener una justa compensación por lo sufrido. Posteriormente, en la Decisión *Jesner*⁹⁴, el Tribunal Supremo da un paso más, en este proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los Derechos Humanos, afirmando que es el Poder Legislativo el que debe considerar si el interés público podría servirse en caso de imponer nuevas responsabilidades sustantivas sobre “entidades artificiales”, como son las empresas, poniendo el acento en particular sobre las extranjeras⁹⁵.

Por otra parte, en relación con las responsabilidades civiles de los individuos involucrados en graves ilícitos internacionales y a falta de un posicionamiento claro del Tribunal Supremo sobre la aplicación del ATCA, todavía cabría la posibilidad de que los tribunales inferiores pudieran conocer casos que implicasen a gobernantes y jefes militares. Así, respecto del conflicto objeto de estas páginas, se presentó en junio de 2015 una demanda ante un Juzgado de Distrito del Segundo

⁸⁸ *Displacement and Dispossession: Forced Migration and Land Rights, Burma*. http://www.ashleysouth.co.uk/files/COHRE_November_2007.pdf.

⁸⁹ *Land of sorrow Human rights violations at Myanmar's Myotha Industrial Park*, en: <https://landportal.org/es/library/resources/n%C2%B0-702a/land-sorrow-human-rights-violations-myanmar%E2%80%99s-myotha-industrial-park>.

⁹⁰ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, Supreme Court of the United States 569 U.S. No. 10-1491.

⁹¹ M. C. MARULLO y F. J. ZAMORA CABOT, *Transnational Human Rights Litigations: Kiobel's Touch and Concern: A Test Under Construction*, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 1, 2016.

⁹² *Daimler AG v. Bauman et al.*, Supreme Court of the United States No. 11-965.

⁹³ F. J. ZAMORA CABOT, *Decision of the Supreme Court of the United States in the Daimler Ag. V. Bauman et al Case: Closing the Golden Door*, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2, 2014.

⁹⁴ *Jesner et. Al. V. Arab Bank, PLC.*, Supreme Court of the United States, No. 16-499.

⁹⁵ F. J. ZAMORA CABOT y M. C. MARULLO, *Never send to know ..., comentario crítico a la sentencia Jesner v. Arab Bank, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, *Papeles el tiempo de los derechos*, n. 32, 2018, en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/176940/JesnerPapeles2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Circuito Federal contra Thein Sein, Primer Ministro, el general de las fuerzas armadas de Myanmar Wunna Maung Lwin, el Ministro de Asuntos Exteriores, y otras autoridades por los delitos de genocidio, tortura, tratos inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, crímenes de lesa humanidad y violación de la libertad religiosa en el Estado de Myanmar contra la etnia Rohingya⁹⁶. De haber prosperado esta acción, decaída por la inactividad de los demandantes⁹⁷, podría haber supuesto un paso decisivo en la lucha frente a la impunidad por los delitos perpetrados en Myanmar.

Se trataba de una acción civil por daños compensatorios y punitivos por ilícitos cometidos en violación de las leyes internacionales y leyes nacionales de los Estados Unidos, basada en el ATCA y en el TVPA, y fue presentada por miembros de la comunidad Rohingya. Cabe mencionar que, en 2016, el Gobierno de los Estados Unidos presentó una “Suggestion of Immunity” de los miembros del Gobierno de Myanmar, abogando por la inmunidad de los citados Thein Sein y Wunna Maung Lwin⁹⁸, y que el 30 de marzo de 2016 el Tribunal reconoció la inmunidad de Thein Sein y Wunna Maung Lwin⁹⁹.

No obstante, aceptó su competencia sobre los otros demandados, por lo que la causa hubiera podido continuar aunque, como dijimos, lo frustró la inacción de los demandantes quienes, tal vez, habían pretendido llevar a cabo una actuación con fines principalmente mediáticos. Al margen de ello, queda todavía en pie como hemos indicado la posibilidad de atraer la competencia de las sedes federales estadounidenses sobre conductas como las descritas, con modulaciones si es en base al ATCA, mucho más claramente tratándose del TVPA, cuya actuación extraterritorial quedó fijada en su *iter* legislativo de forma palmaria, y también respecto de otros componentes del acervo normativo estadounidense que aúnan poderosos rasgos sustantivos y jurisdiccionales – los dos textos citados son únicamente jurisdiccionales. Sería el caso, por ejemplo, del *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act*, TVPRA¹⁰⁰. Las citadas sedes federales, pues, siguen siendo foros relevantes en los litigios transnacionales sobre Derechos Humanos, lo que es preciso tener en cuenta ante conflictos como el aquí estudiado o los que puedan suscitarse en el futuro.

5. Otros reflejos internacionales: las sanciones

En nuestra opinión, merece una referencia especial el tema de las sanciones internacionales, que podría suponer algunos avances en el tema de la rendición de cuentas de individuos y empresas en casos de corrupción y de graves violaciones de los derechos humanos. En ese orden, la comunidad internacional ha venido manteniendo un estrecho

⁹⁶ *United States District Court for the Southern District of New York, Civil Action No. 15-7772*, <https://www.burmataskforce.org/sites/default/files/ComplaintFiledCopy.pdf>.

⁹⁷ ORDER: *It is hereby ORDERED that this case is dismissed for failure to prosecute. See Lyell Theatre Corp. v. Loems Corp.*, 682 F.2d 37, 42 (2d Cir. 1982) (holding that a district court's authority to dismiss an action for plaintiff's failure to prosecute "cannot seriously be doubted"). *The Clerk of Court is directed to close the case. (Signed by Judge Lorna G. Schofield on 7/21/2016) (lgo)* (Entered: 07/21/2016), en: <https://www.plainsite.org/dockets/2nspodf1g/new-york-southern-district-court/burma-task-force-et-al-v-sein-et-al/>

⁹⁸ *United States District Court Southern District of New York Burma Task Force, Htay Lwin Oo, and John Does, plaintiffs, v. Thein Sein, Wunna Maung Lwin, Thein Htay, Khin Yi, Maung Ohn, Ko Ko, defendants. Suggestion of immunity submitted by the United States of America*, el texto de este documento se puede consultar en: <https://www.state.gov/documents/organization/272088.pdf>.

⁹⁹ *Burma Task Force et al v. Sein et al, No. 15-07772 - Document 29 (S.D.N.Y. 2016)*, en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv07772/448170/29/>

¹⁰⁰ Más información en: <https://www.traffickingmatters.com/trafficking-victims-protection-reauthorization-act-becomes-law/>.

escrutinio sobre el Estado Birmano, objeto largo tiempo de numerosas y muy importantes sanciones. Mencionamos el hecho de que hasta el año 2013, las sanciones de la Unión Europea incluían a 936 entidades y 564 individuos en Birmania. No obstante, el cambio de régimen en 2010 hacia lo que se suponía iba a ser un sistema más democrático conllevó un levantamiento de las mismas para favorecer un mejor clima de inversiones y una consolidación del camino iniciado, más acorde en apariencia con la práctica de los derechos humanos. Pero los últimos acontecimientos en perjuicio de diversos grupos étnicos y, en particular, contra los Rohingya, han reactivado la maquinaria internacional de sanciones. Así, por ejemplo, en septiembre de 2017 la organización Human Rights Watch solicitó a la Unión Europea y a otros países imponer de forma urgente e inmediata sanciones y embargo de armas contra el Ejército de Myanmar.

En el ámbito comunitario, la Unión Europea, como parte de su iniciativa *Everything but Arms*, perteneciente al *Sistema Generalizado de Preferencias –GSP-* garantiza un acceso sin aranceles ni cuotas al mercado europeo para todos los bienes, excepto las armas, de los Estados económicamente subdesarrollados (Least Developed Countries). Así, y en relación con Birmania, en respuesta a la crisis Rohingya amenazó con retirar las preferencias comerciales que aseguran que el país tenga acceso libre al mercado común de la UE., habiendo instaurado –aún por razones puramente económicas- aranceles frente al arroz proveniente de ese país y de Camboya el 16 de enero de 2019.

El 19 de septiembre de 2019, el Parlamento Europeo ha adoptado una resolución relativa a la situación en Myanmar (2019/2822(RSP)) en la que:

Welcomes the adoption of sanctions by the EU's Foreign Affairs Council on 24 June 2018 and 21 December 2018 against military and officials from the Myanmar Armed Forces (Tatmadaw), border guard and police responsible for serious human rights violations against the Rohingya population and expects those individuals to be the subject of constant review under the sanctions regime; reiterates its call on the UN Security Council to impose a comprehensive arms embargo on Myanmar and to adopt targeted sanctions against those natural and legal persons who appear to be responsible for serious human rights violations¹⁰¹.

Sin embargo, no parece probable por el momento que la UE y sus Estados miembros consideren sanciones específicas, así como las congelaciones de cuentas dirigidas a los miembros de las fuerzas armadas¹⁰².

Un mayor interés trasluce a este respecto el sistema de sanciones internacionales y regulaciones de comercio exterior de los Estados Unidos. Éstos han impuesto numerosas sanciones contra Birmania, a lo largo de su reciente historia. Ya en 1997, por ejemplo, en respuesta a la fuerte represión de la población civil, el entonces Presidente, Bill Clinton, prohibió inversiones en el país asiático. Y ese sistema, asimismo, se ha visto recientemente engrosado con un texto que consideramos de interés general, la *Global Magnitski Human Rights Accountability Act* (GMA)¹⁰³, que traemos ahora a colación, en los términos avanzados, en síntesis, en un aspecto de nuestra contribución relativa a este tema en la revista ODU y en la medida en que, como veremos, se ha proyectado ya sobre Myanmar¹⁰⁴. La GMA viene

¹⁰¹ Más información en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0018_EN.html.

¹⁰² F. HEIDUK, (2018). *Myanmar, the Rohingya Crisis and further EU Sanctions*, en: <https://www.swp-berlin.org/en/publication/myanmar-the-rohingya-crisis-and-further-eu-sanctions/>.2018.

¹⁰³ *Global Magnitski Human Rights Accountability Act*, *Public Law* 114-328., 130 Stat, 2533.

¹⁰⁴ Sobre este tema, véanse también, A. AUNG, *The International Politics of the Rohingya Crisis in Myanmar: China, Japan, and the United States*, *Kyoto Working Papers on Area Studies*, 2020, 134: 1-50, en: https://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/250135/1/kwpas_134.pdf.

recogida en un Subtítulo F-“*Human Rights Sanctions*”- de un texto preexistente conocido como la *Magnitski Act*¹⁰⁵. La GMA añade a las violaciones de derechos humanos la lucha contra la corrupción, que el preexistente texto no abarcaba, y ostenta un ámbito universal de aplicación. En su Sección 1263 encontramos el núcleo de la GMA, bajo el título de “*Autorización de la imposición de sanciones*”, al que nos referimos en estos términos en nuestra citada contribución:

“Así, en la subsección (a), se habilita al Presidente de los Estados Unidos para imponer las sanciones detalladas más adelante en la subs. (b) con respecto a 'cualquier persona extranjera que determine, basadas en evidencias creíbles, que sea responsable de ejecuciones extrajudiciales, tortura u otras gruesas violaciones de derechos humanos reconocidos cometidas contra individuos en cualquier país extranjero que pretendan [...] denunciar actividades ilícitas a cargo de autoridades públicas extranjeras u obtener, ejercitar, defender o promover derechos o libertades reconocidas internacionalmente, citándose entre éstas las de religión, asociación y asamblea, y el derecho a un juicio justo y a elecciones democráticas'. Asimismo, en la subs. (a)(2) se permite al Presidente imponer también las citadas sanciones frente a quienes, respecto de las conductas descritas, hayan mediado como agentes o según encargo de personas extranjeras, en tanto que en (a)(3) se faculta a aquél a sancionar a las autoridades públicas extranjeras que sean responsables o cómplices de ordenar, controlar o de otro modo, dirigir, 'actos de corrupción grave, incluyendo la expropiación de bienes públicos o privados para ganancia personal, corrupción vinculada a contratos del gobierno o la extracción de recursos naturales, soborno o entrega o transferencia de los productos de la corrupción a países extranjeros'. Por su parte, en (a)(4), se extiende la facultad citada frente a quienes hayan 'asistido materialmente, patrocinado, o provisto de apoyo financiero, material o tecnológico para (efectuar una actividad), o bienes o servicios en apoyo de una actividad descrita en el párrafo (3)'.

Es en la subs. (b) donde se listan las sanciones que pueden activarse en los casos ya descritos. De este modo, se previene en (b)(1) el rechazo respecto de cualquier persona extranjera a acceder a los Estados Unidos, detallándose lo relativo al régimen de visados. Mientras que en (b)(2) se establece el bloqueo de bienes, que parte de lo preceptuado en la *International Emergency Economic Powers Act*, (50 U.S.C. 1701 *et. seq.*), IEEPA, y que cubre los bienes e intereses sobre bienes de las personas extranjeras, 'si tales bienes o intereses se encuentran en los Estados Unidos, o se hallan o van a encontrarse en posesión o control de una persona estadounidense' (b)(2)(A). El sistema se completa respecto de este punto, el bloqueo de bienes, en (b)(2) (B) y (C), que tratan, respectivamente, de la inaplicabilidad de los requisitos relativos a la declaración de emergencia nacional, Sec. 202 de la IEEPA, y la restricción de los poderes presidenciales respecto de la imposición de sanciones en lo relativo a la importación de bienes. En otro orden, un nuevo aspecto de interés de la GMA se encuentra recogido en la subs. (c), cuando establece que, a la hora de imponer sanciones, el Presidente tomará en consideración las informaciones que provengan de los responsables de los pertinentes Comités del Congreso y 'la información creíble obtenida de otros países y de organizaciones no gubernamentales que hagan seguimiento de las violaciones de los derechos humanos'”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Public Law* 114-328.

¹⁰⁶ F. J. ZAMORA CABOT Y M. C. MARULLO, *La Global Magnitski Act de los Estados Unidos: sanciones internacionales contra corrupción y violaciones graves de los Derechos Humanos, Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 36-549, en: http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/4_Marullo%26Zamora%20Cabot.pdf.

Esta norma, como dijimos, ha implicado ya a Myanmar, dado que ha sido recientemente empleada para sancionar a miembros destacados de las fuerzas armadas y distintas unidades militares de ese país, y seguirá aplicándose muy probablemente, apoyada por recientes iniciativas dentro del Senado y la Cámara de Representantes frente al problema general y lo que, en particular, se viene conociendo ya de modo amplio como el genocidio Rohingya¹⁰⁷. Hablamos, por ejemplo, de la *Elie Wiesel Genocide and Atrocity Prevention Act*¹⁰⁸, que establece un grupo de trabajo relativo a crímenes masivos, para coordinar y priorizar las acciones del gobierno de los Estados Unidos dirigidas a prevenir y responder a genocidios y atrocidades masivas y, entre otras medidas, supone la activación de sanciones internacionales como las establecidas en la GMA contra empresas e individuos involucrados en dichos actos. Esta vía de las sanciones en materia de violaciones de los Derechos Humanos, en la que están incidiendo especialmente como vemos los Estados Unidos y tiene ya reflejos de entidad en el ámbito comparado, entendemos que bien pudiera generalizarse, pero muy bien perfilada y de acuerdo siempre con su carácter excepcional y complementario de las que hemos descrito en las presentes páginas. Sobre esas bases, su aplicación al conflicto Rohingya debiera considerarse favorablemente.

6. Conclusiones

Los comienzos del Siglo XXI nos han deparado un conflicto de grandes proporciones que ha sacudido la conciencia de la comunidad internacional, el que aflige a la minoría étnica Rohingya en Birmania/Myanmar, que para muchos alcanza la magnitud de un verdadero genocidio. Han transcurrido ya 70 años desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y nuestro género no parece poder o saberse librar de eventos tan atroces, estando fresco todavía en la memoria el que afectó a más de un millón de personas de otra minoría, los tutsis, en Rwanda. Hemos intentado en este trabajo presentar y analizar desde variadas perspectivas el que actualmente se viene desarrollando y que atiene a los Rohingyas. Y, tras caracterizarlo y ahondar en sus raíces, nos hemos centrado en el estudio de los que entendemos son sus principales reflejos jurídicos.

¹⁰⁷ Entre otras sanciones, mencionamos la relativa a Maung Maung Soe: «the Trump Administration launched a new sanctions regime targeting human rights abusers and corrupt actors around the world. [...] In an Annex to the Order, the President imposed sanctions on 13 serious human rights abusers and corrupt actors. [...]Maung Maung Soe, in his former role as chief of the Burmese Army's Western command, Maung Maung Soe oversaw the military operation in Burma's Rakhine State responsible for widespread human rights abuse against Rohingya civilians in response to attacks by the Arakan Rohingya Salvation Army. The Secretary of State determined on November 22 that the situation in northern Rakhine state in Burma constituted ethnic cleansing. The United States Government examined credible evidence of Maung Maung Soe's activities, including allegations against Burmese security forces of extrajudicial killings, sexual violence, and arbitrary arrest as well as the widespread burning of villages». Más información en: *United States Sanctions Human Rights Abusers and Corrupt Actors Across the Globe*, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm0243>. También, las relativas a otros jefes militares, Min Aung Hlaing y Soe Win, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm852>.

¹⁰⁸ S.1158 - *Elie Wiesel Genocide and Atrocities Prevention Act of 2018*, en: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1158>. Sobre este tema, véanse, D. WES RIST, *Implementing the Genocide Convention at the Domestic Level: The Elie Wiesel Genocide and Atrocity Prevention Act 2018*, ASIL, 23/8, 2019, en: <https://www.asil.org/insights/volume/23/issue/8/implementing-genocide-convention-domestic-level-elie-wiesel-genocide-and>.

Unos reflejos que involucran, por ejemplo, al Tribunal Internacional de Justicia, y al Tribunal Penal Internacional, al principio de competencia universal y su eventual juego a través de los tribunales estatales, a los federales de los Estados Unidos mediante el *Alien Tort Claims Act* y al régimen de sanciones internacionales que se está proyectando sobre individuos y empresas relacionados con el citado conflicto en el país asiático.

Después de ello, cabe constatar que las diversas vías accesibles actualmente para afrontar un problema de entidad mayor y muy graves impactos sobre un grupo humano tan numeroso como el Rohingya resultan, a nuestro parecer y aunque medien avances indudables, todavía insuficientes. Con toda probabilidad, a causa de un nutrido elenco de consideraciones ajenas a lo jurídico como, por ejemplo, los grandes intereses económicos y geopolíticos en juego en una de las zonas en las que se está redefiniendo el equilibrio de poderes en el mundo. Un equilibrio que parece estar construyéndose en claro perjuicio de la citada etnia birmana. Existen múltiples retos que superar, entonces, que habrán de ser asumidos por el conjunto de la comunidad internacional y la creciente implicación de la sociedad civil. A ello hemos intentado coadyuvar en estas páginas que, en definitiva, concebimos como un pequeño aporte hacia la consecución de una vida digna y un futuro de justicia para esta minoría Rohingya, sometida a gravísimas violaciones de sus derechos y que corre actualmente un enorme riesgo a causa de la pandemia, y para quienes en adelante puedan verse involucrados en situaciones similares.