

Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho Penal Internacional*

Kai Ambos**

"Los nuevos crímenes del d.p.i.", Ibaniez Bogota 2004 (publicado hace dos semanas); también saldrá en otro libro publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de Mexico.

Resumen

Este trabajo, que forma parte de un proyecto de investigación más amplio del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional,¹ analiza los crímenes principales, tal como se hallan codificados en los Artículos 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y examina algunos problemas específicos. Este análisis demostrará que dichos crímenes, si bien se codifican por primera vez en forma sistemática, aún generan múltiples y delicadas cuestiones de interpretación, por lo que resulta necesario profundizar la reflexión y el trabajo de desarrollo conceptual de dichos crímenes.

* Traducción de Marta Donís. Revisión de Roberto Andorno (Göttingen) y del autor. Agradecemos también la ayuda de Benjamin von Engelhardt.

** Catedrático de derecho penal, derecho procesal penal, derecho comparado y derecho penal internacional de la Universidad de Göttingen (Alemania); consultor del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

¹ Véase <<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf.html>>. Tanto Johanna Rinceanu como Tobias Wenning son investigadores de este proyecto y han hecho valiosas aportaciones al presente artículo.

A. El crimen de genocidio

I. Historia jurídica

La figura del genocidio se desarrolló de una categoría de crímenes contra la humanidad a un crimen autónomo después de la Segunda Guerra Mundial.² Gracias a la definición del crimen de genocidio en la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948,³ y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes en la ex Yugoslavia y Ruanda,⁴ así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este “crimen de los crímenes”.⁵ No obstante, la aplicación de la definición sigue planteando una multitud de problemas. A pesar de lo sostenido en parte de la jurisprudencia,⁶ el genocidio puede caracterizarse por tres elementos constitutivos:⁷

- el *actus reus* (tipo objetivo) del delito, compuesto por uno o varios de los actos enumerados en el Artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI; *cf. infra*, II.);

² Cassese, en Cassese *et al.* (eds.). *The Rome Statute of the ICC*, 3 vols., vol. 1, 2002, pp. 336–7, 339–40; Mettraux. “Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the ICTY and ICTR”, en *Harv. Int'l. J.*, núm. 43, 2002, pp. 237, 302-6; Ambos y Wirth. “The Current Law of Crimes against Humanity”, en *Crim. L. F.*, núm. 13, 2002, pp. 1, 2-13.

³ 78 UNTS, 277 (1951), entró en vigor el 12 de enero de 1951.

⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en lo sucesivo, Estatuto del TPIY), UN Doc. S/RES/827 (1993), anexo; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en lo sucesivo Estatuto del TPIR), UN Doc. S/RES/955 (1994), anexo.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998 (en lo sucesivo Estatuto de la CPI).

⁶ En *Prosecutor vs. Krstić*, Judgement of 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 542, la Sala de Primera Instancia I del TPIY afirma que sólo existen dos elementos, a saber: el *actus reus* y la intención de destruir. Coinciden *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, Judgement of 21 May 1999 (ICTR-95-1-T), par. 90.

⁷ Conc. Triffterer. “Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such”, en *Leid. Journ. Int'l. L.*, núm. 14, 2001, pp. 399 y ss.; *Prosecutor vs. Bagilishema*, Judgement of 7 June 2001 (ICTR-95-1A-T), pars. 56, 60.

- la correspondiente *mens rea* (tipo subjetivo), como se describe en el Artículo 30 del mismo Estatuto (III. 1.);
- la intención de destruir parcial o totalmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como de un elemento subjetivo especial (III.2.).

II. Actus reus

I. Los grupos protegidos

Aún cuando se ha criticado con frecuencia⁸, actualmente se ha convenido en que los grupos *políticos*, *económicos* y *culturales* se dejaron intencionalmente de lado cuando se redactó la Convención sobre el Genocidio.⁹ Si bien ello se desprende claramente de los *travaux* como expresión de la voluntad de las Partes, también puede deducirse del concepto de “grupo como tal”, que sólo comprende los grupos “estables” y los distingue de los “móviles”, es decir, los de tipo político, económico y cultural.¹⁰ Ésta es esencialmente la posición que puede encontrarse en diversos juicios de los Tribunales *ad hoc*:

En *Akayesu*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refirió a los “grupos estables”, esto es, a aquellos “constituidos de una manera permanente y con una pertenencia constante, determinadas por el nacimiento; los grupos más ‘móviles’ no se contemplan en ellos, ya que las personas se adhieren a los mismos mediante un compromiso individual voluntario, como los

⁸ Ver esp. Van Schaak, *Yale L. J.*, núm. 106, 1997, p. 2259. Véase asimismo Cassese, *supra*, n. 2, p. 336; Heintze, “Zur Durchsetzung der UN-Völkermordkonvention”, en *Humanitäres Völkerrecht (HuV-I)*, núm. 13, 2000, pp. 225, 227; Gómez-Benítez, “El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal Internacional...”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 147 y esp. 148 y ss.; Sunga, “The Crimes within the Jurisdiction of the ICC” (parte II, arts. 5-10), *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 6, 1998, pp. 377, 383, quien señala que tener sistemáticamente en la mira un grupo con base en la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, encierra un potencial mucho mayor para las violaciones masivas, por la simple razón de que las víctimas elegidas pueden apartarse del resto de la población con especial facilidad, en vista de su diferencia relativamente inmutable.

⁹ Cf. Schabas, en Triffterer (ed.). “Commentary on the Rome Statute of the ICC”, 1999, Art. 6, mn. 6.

¹⁰ Cassese, *supra*, n. 2, p. 345; crít. Ntanda Nsereko, en McDonald y Swaak-Goldman. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 113, 130, quien advierte que es inconsistente incluir los grupos religiosos y excluir los políticos, puesto que en ambos casos pertenecer a los mismos “es cuestión de voluntad o elección” [“...is a matter of will or choice”].

grupos políticos y económicos.¹¹ Un criterio común de los grupos protegidos por la Convención es que “los miembros de los grupos no cuestionan normalmente su pertenencia a los mismos, pues son parte de ellos automáticamente por nacimiento de forma continua y a menudo irremediable.”¹² De modo parecido, en *Rutaganda* se estableció que los grupos políticos y económicos se excluyeron de los grupos protegidos, porque se consideran “grupos móviles”.¹³ En *Jelisić*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se refirió a los grupos “estables”, “que se definen objetivamente y a los que pertenecen los individuos a pesar de sus propios deseos”, por lo que se dejó de lado a los grupos políticos.¹⁴

Asimismo, la resolución *Jelisić* invocó explícitamente por primera vez un *criterio* supuestamente *subjetivo* – y no uno *objetivo* – para definir si un grupo es nacional, étnico, etcétera.¹⁵ Dado que sería un “ejercicio arriesgado” delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es “más apropiado” evaluar su estatus desde la perspectiva de las personas “que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad”¹⁶, esto es, para los supuestos autores del crimen. Este criterio se remite a la resolución *Kayishema* del TPIR, en la que una de las Salas de Primera Instancia distinguió entre la “autoidentificación” de un grupo y su “identificación por parte de otros”.¹⁷ No obstante, en el juicio paralelo *Rutaganda*, este criterio se entendió de un modo más restringido; así, aun cuando se reconoció que la pertenencia es esencialmente un concepto subjetivo, también se afirmó que no basta con una “definición subjetiva única”.¹⁸ Finalmente, en el muy reciente juicio *Krstić*, la primera condena del TPIY relativa a genocidio, el criterio subjetivo prevaleció de nuevo al identificar el grupo en cuestión mediante su estigmatización por los autores.¹⁹ Aunque es dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a una mayor certidumbre jurídica, desde un punto de vista puramente técnico puede afirmarse que es consecuencia de la estructura del delito de genocidio como crimen de intención especial (véase *infra*, II. 2.); ya que si el elemento dominante del delito es la intención especial del autor de destruir determinado grupo, esto es, su

¹¹ Todas las citas de la jurisprudencia del TPIR y del TPIY son una traducción del original inglés: [“...constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more ‘mobile’ groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, Judgement of 2 September 1998 (ICTR-96-4-T), par. 511.

¹² [“...membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner”]. *Ibid.*, par. 70.

¹³ *Prosecutor vs. Rutaganda*, Judgement of 6 December 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56.

¹⁴ [“...objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires ...”]. *Prosecutor vs. Jelisić*, Judgement of 14 December 1999 (IT-95-10-T), par. 69.

¹⁵ *Ibid.*, par. 70.

¹⁶ “... who wish to single that group out from the rest of the community”

¹⁷ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 98.

¹⁸ *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, pars. 55-6.

¹⁹ *Prosecutor vs. Krstić*, *supra*, n. 6, par. 557. En el par. 556 los “criterios científicamente objetivos” fueron considerados “...inconsistentes con la finalidad de la Convención”. (“inconsistent with the object and purpose of the Convention”).

estado de ánimo respecto del mismo, el grupo puede también definirse según dicho estado de ánimo, es decir, desde la perspectiva subjetiva del autor.²⁰

En resumen: los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales. La laguna puede llenarse, sin embargo, con el crimen de persecución como crimen contra la humanidad según el Art. 7 (2) (g) que, de cualquier manera, ya se había utilizado en algunos casos para castigar el exterminio de judíos y de otros grupos étnicos o religiosos en la Alemania nazi.²¹ Volveremos sobre este crimen más adelante (B. II. 2. h).

II. Las formas específicas del genocidio

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha catalogado en el Artículo 6 las siguientes formas específicas de genocidio: a) matar a miembros del grupo; b) lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) someter intencionalmente el grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) imponer medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) trasladar por la fuerza niños de un grupo a otro. Esta lista es exhaustiva y, por consiguiente, impide que los Estados la extiendan a otras formas de genocidio.²² Esto también es aplicable a la denominada “limpieza étnica” (véase *infra*, f)).

Las víctimas de los actos específicos deben ser miembros del grupo nacional, racial, étnico o religioso, que constituye el *objetivo* del genocidio en cuestión.²³ Aun cuando es evidente que, desde un punto de vista subjetivo, el autor de un crimen semejante debe *pretender* o *buscar* la destrucción de una cantidad apreciable de miembros del grupo, objetivamente sólo se requiere que ataque con éxito a por lo menos a dos de ellos. La estructura del delito de genocidio, como crimen de intención, incluso admite el punto de vista de que los autores sólo maten, etcétera – objetivamente – a un miembro del grupo.²⁴ No obstante, el

²⁰ Para el mismo punto de vista, aunque sin dar una fundamentación, véase Gómez-Benítez, *supra*, n. 8, p. 149.

²¹ Cassese, *supra*, n. 2, p. 336.

²² Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128; Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, 2002, par. 415; para el genocidio cultural, véase *infra*, III. 2. b)(i).

²³ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 712: “... tales actos, como se cometieron contra la víctima V, fueron por consiguiente perpetrados contra un hutu, por lo que no pueden constituir un crimen de genocidio contra el grupo tutsi”.

²⁴ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 521; Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, pp. 125–6; Schabas. *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, p. 158; el Art. 6 de los *Elementos del los Crímenes*, tal como se adoptó en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes (3 al 10 de septiembre de 2002) – ICC-ASP/1/3, establece como el primer elemento de todas las cinco alternativas el siguiente: “Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas”.

problema que presenta esta interpretación es que los actos fundamentales se refieren a los *miembros del grupo* (par. (a) y (b) y a los *niños de éste* (par. e)) en plural; en otros términos, una interpretación estricta exige, objetivamente, que haya dos víctimas por lo menos.²⁵

a) Asesinar a los miembros del grupo

El *actus reus* del acto de “asesinar a los integrantes del grupo”²⁶ no suscita mucha polémica. Los *Elementos de los Crímenes*, instrumento subsidiario al Estatuto (Art. 9), declaran: “Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas.”²⁷ Una nota a pie de página agrega que el término “dado muerte” es intercambiable con el de “causado la muerte”,²⁸ lo cual se halla respaldado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*.²⁹ La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infraestructura y de otros sistemas para el sustento de la vida, así como conduciendo por la fuerza a los miembros del grupo a campos denominados “protegidos” o de concentración, donde los asesinan en masa o los dejan morir.³⁰

b) Causar daños corporales o mentales graves a los miembros del grupo

Según el juicio *Eichmann*, los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio: “la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos.”³¹ La Sala de Primera Instancia del TPIR considera que causar “daños físicos o mentales graves, sin limitarse a los mismos,

²⁵ Conc. Cassese, *supra*, n. 2, p. 345.

²⁶ Los escritos y la jurisprudencia pertinentes se concentran, por lo tanto, en el lado subjetivo de esta opción. Véase, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 157, 158, 441, 442; Boot, *supra*, n. 22, pp. 441–443 e *infra*, III. 1. a).

²⁷ *Elementos del los Crímenes*, *supra*, n. 24, Art. 6(a).

²⁸ *Ibid.*, n. 2.

²⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 500; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema*, Judgement of 27 January 2000 (ICTR -96-13-T), par. 155.

³⁰ Véase Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128.

³¹ [“...the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture”]. *The Israeli Government Prosecutor General vs. Adolf Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340.

equivale a infligir actos de tortura, físicos o mentales, trato inhumano o degradante, persecución”, lo mismo que actos de violencia sexual, violaciones, mutilaciones e interrogatorios, combinados con golpizas y/o amenazas de muerte.³² En *Krstic*, la Sala de Primera Instancia I declara que “el trato inhumano, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación están entre los actos que pueden causar serios daños físicos o mentales”.³³ “Causar un daño mental serio” puede implicar que se fuerce a los miembros del grupo elegido a consumir estupefacientes con el fin de debilitarlos mentalmente.³⁴

La expresión “daños físicos o mentales graves” da pie a que surjan opiniones divergentes en cuanto a la *seriedad del daño* infligido a tales individuos. ¿Tiene que ser el daño permanente e irremediable? Mientras que al parecer existe acuerdo en que el daño *físico no necesita ser permanente*, se ha discutido mucho en lo concerniente al daño *mental*.³⁵ El juicio *Krstic* observó “que un daño serio no necesita causar un perjuicio permanente e irremediable, sino que debe ir más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser de tal magnitud que cause un deterioro a largo plazo en la capacidad de la persona para llevar una vida normal y constructiva.”³⁶ La Sala de Primera Instancia *Bagilishema* sostuvo que el “daño grave implica algo más que un perjuicio menor en las facultades mentales o físicas, aunque no es necesario que llegue al daño permanente o irremediable.”³⁷ La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* determina la gravedad según el caso.³⁸

No tiene importancia si el daño físico o mental impuesto a los miembros del grupo sea suficiente para amenazar la destrucción del mismo.³⁹ Semejante requisito iría más allá de las sencillas palabras del texto; y tal interpretación del Estatuto de Roma tampoco está respaldada por los *travaux préparatoires*, además de que confundiría los requisitos del *actus reus* con los de la *mens rea*.⁴⁰

³² [“serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, pars. 504, 706, 707; de igual parecer son *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 108; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 59.

³³ [“...inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury.”] *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n.6, par. 513.

³⁴ Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 129.

³⁵ Schabas, *supra*, n. 24, p. 162.

³⁶ [“...that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person’s ability to lead a normal and constructive life”]. *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 513.

³⁷ [“...serious harm entails more than minor impairment on mental or physical faculties, but it need not amount to permanent or irremediable harm”]. *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 59.

³⁸ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, pars. 108-113; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 51; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 156; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 513.

³⁹ Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 10; *id.*, *supra*, n. 24, p. 161; Boot, *supra*, n. 22, par. 417; sin embargo, véase el *Report of the ILC on the Work of its Forty-Eighth Session*, 6 de mayo al 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 91.

⁴⁰ Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 10; *id.*, *supra*, n. 24, p.161

c) *Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial*

Esta forma de genocidio hace referencia a la destrucción de un grupo por medio de una “muerte lenta”.⁴¹ Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante.⁴² Es evidente que no es preciso que tales métodos maten inmediatamente a cualquiera de ellos, pero deben (subjetivamente) estar calculados para que, en última instancia, los aniquilen físicamente.⁴³ Según la jurisprudencia alemana, basta con que los métodos sean (objetivamente) apropiados (*geeignet*) para destruir el grupo. No obstante, esta interpretación se basa en una traducción errónea de la expresión “finalidad prevista para” [“calculated to”] al término alemán *geeignet*, que sólo exige actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos.⁴⁴ Los Tribunales *ad hoc* y los *Elementos de los Crímenes* guardan silencio al respecto.⁴⁵ La Comisión Preparatoria rechazó la propuesta estadounidense, que exigía “que las condiciones de vida contribuyeran a la destrucción física de ese grupo”.⁴⁶ El juicio en el caso *Kayishema* propuso que el Artículo 2 (2)(c) del Estatuto del TPIR se aplicara a aquellas situaciones que *probablemente* causaran la muerte haciendo caso omiso de si ésta ocurre realmente,⁴⁷ lo cual se asemeja al planteamiento alemán.

⁴¹ Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 129, da un ejemplo clásico: “cuando los alemanes llevaron a los hereros de Namibia al árido y seco desierto de Omaheke, y cuando después los encerraron con un cordón de 250 kilómetros, se volvió imposible que alguien escapara de ahí” (cita de Horst Drechsler. *Let us die fighting: Struggle of the Herero and the Nama against German Imperialism (1884-1915)*, Londres, 1980, p. 156, quien refiere las consecuencias como sigue: “Este cordón se mantuvo hasta mediados de 1905 aproximadamente. La mayoría de los hereros hallaron una muerte lenta, agonizante. El estudio del general Staff mencionó que los omaheke habían sometido a los hereros a un destino peor que el que ninguna arma alemana podría jamás haber hecho, por muy cruenta y costosa que hubiese sido la batalla”.)

⁴² *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 506; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, pars. 115, 116; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 157.

⁴³ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 505.

⁴⁴ Cf. Ambos y Wirth, en Fischer, Kreß y Lüders (eds.). *International and national Prosecution of Crimes under International Law*, Berlín, 2001, pp. 769 y 784-789.

⁴⁵ *Elements of Crimes*, *supra*, n. 24, Art. 6(c).

⁴⁶ [“...that the conditions of life contributed to the physical destruction of that group ...”]. Rückert y Witschel, en Fischer, Kreß y Lüder (eds.), *supra*, n. 44, 59, p. 68.

⁴⁷ *Prosecutor’s Closing Brief*, 9 de octubre de 1998, p. 28 (itálicas agregadas).

d) *Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo*

Las palabras “imposición de medidas” indican la necesidad de un elemento de coerción.⁴⁸ Impedir nacimientos en el grupo, acción también conocida como genocidio biológico, es un acto que se lleva a cabo negándole a aquél los medios para reproducirse. Entre las medidas utilizadas se cuentan la esterilización forzada de hombres y mujeres, la mutilación sexual, el control natal forzado, la separación de ambos sexos y la prohibición del matrimonio.⁴⁹ En el caso *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia declaró que:

“en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en ese grupo es cuando, en una violación, un hombre de otro grupo deja embarazada deliberadamente a una mujer del primero para hacer que ella dé a luz a un niño que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre.”⁵⁰

Además, la Sala observó que

“las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser un acto cuya intención sea la de impedir nacimientos, pues la mujer violada se rehusará a procrear, del mismo modo en que los miembros de un grupo pueden ser inducidos a no procrear por medio de amenazas o traumas.”⁵¹

e) *Traslado forzado de los niños de un grupo a otro*

Esta forma de genocidio es muy discutible. Como veremos más adelante,⁵² algunos estudiosos argumentan que la tendencia general y el objetivo de la ley de genocidio es proteger el derecho del grupo a formas de *existencia física*, pero no de orden cultural o de otro tipo. Las formas no físicas de la existencia de un grupo están protegidas (primordialmente) por el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos y a los

⁴⁸ Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

⁴⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 507.

⁵⁰ [“...[i]n patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother’s group.”] *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 507.

⁵¹ [“.....measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate.”] *Ibid.*, par. 508.

⁵² Véase *infra*, III. 2. b) (i).

derechos de las minorías. De este modo, no pueden considerarse genocidas aquellos actos aparentemente dirigidos a destruir la *identidad* de un grupo pero que no destruyan físicamente a sus miembros. Aplicado al traslado forzado de niños, puede afirmarse que este acto lleva a la pérdida de la identidad cultural, ya que las criaturas se asimilan a otro grupo, pero no termina *per se* en la destrucción física del grupo. De hecho, cambiarlos de lugar es una forma de genocidio cultural; por ello, llama la atención que los redactores hayan decidido excluir el genocidio cultural de los alcances de la Convención.⁵³ La Sala de Apelaciones consideró en el caso *Akayesu* que

“...al igual que en el caso de las acciones dirigidas a impedir nacimientos, el objetivo no es solamente el de castigar un acto directo de transporte físico forzado, sino también el de penar actos de amenazas o traumas que llevarían al transporte forzado de niños de un grupo a otro”⁵⁴

Si la finalidad de trasladar a los niños de un grupo a otro es para someterlos al trabajo esclavo, ello equivaldría a imponerles condiciones de vida con el fin de causar su destrucción física, y ello recaería en la alternativa c), analizada con anterioridad.⁵⁵

f) La llamada “limpieza étnica”: ¿otra forma de genocidio?

La expresión “limpieza étnica” fue omitida deliberadamente en el Artículo 6 del Estatuto de Roma, por tanto, hablando técnicamente, no constituye genocidio.⁵⁶ La expresión “limpieza étnica” es relativamente nueva, y es difícil establecer su origen. Apareció en 1981 en los medios de comunicación yugoslavos cuando se hablaba en Kosovo de “territorios étnicamente limpios”,⁵⁷ y en 1992 en documentos de organismos internacionales. Desde entonces ha habido varios intentos de definirla.⁵⁸ Según el Informe de la Comisión de Expertos, la “limpieza étnica” comprende el asesinato, la tortura, el arresto y la detención arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales y agresiones sexuales, aprisionar a la población civil, ataques militares

⁵³ Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

⁵⁴ [“...as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 509; coincide *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 118; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 54; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 159.

⁵⁵ Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 130.

⁵⁶ Pero la Asamblea General de la ONU manifestó en el párrafo 9 de su Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 lo siguiente: “en persecución de la abominable política de ‘limpieza étnica’, que es una forma de genocidio”.

⁵⁷ Petrovic. “Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology”, en *EJIL*, núm. 5, 1994, pp. 342, 343.

⁵⁸ Schabas, *supra*, n. 24, p. 190

deliberados o amenazas de ataque a civiles y en áreas civiles y destrucción injustificable de propiedades.⁵⁹ El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Tadeusz Mazowiecki, equipara la limpieza étnica a “purga sistemática de la población civil basada en criterios étnicos, con miras a obligarla a abandonar los territorios en que vive”.⁶⁰

Siempre se ha discutido si la limpieza étnica constituye genocidio.⁶¹ Si tomamos en conjunto las definiciones existentes, este ilícito se propone desplazar una población de un territorio dado con objeto de hacerla étnicamente homogénea. Con ello se persigue un objetivo diferente del genocidio, pues no pretende destruir el grupo.⁶² Si bien los actos materiales ejecutados para cometer estos crímenes pueden asemejarse a menudo, la diferencia principal entre ellos estriba en las diferentes intenciones específicas: mientras que la limpieza étnica persigue el propósito de desplazar una población, el genocidio se propone destruirla.⁶³ Así, es evidente que la “limpieza étnica” no tiene que ser por sí misma equivalente al genocidio,⁶⁴ aunque por supuesto sigue siendo objeto de pena como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra.

III. ¿Un elemento de contexto en el genocidio?

Aun cuando el texto del Artículo 6 del Estatuto de la CPI no exige claramente un elemento de contexto, los *Elementos de los Crímenes* manifiestan al final de cada una de las definiciones de las formas específicas de genocidio lo siguiente:

⁵⁹ Primer Informe Intermedio de la Comisión de Expertos, 10 de febrero de 1993, UN Doc. S/25274 (1993), par. 56.

⁶⁰ Sexto Informe periódico sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki el 21 de febrero de 1994, E/CN.4/1994/10, par. 283. El Fiscal del TPIY definió la limpieza étnica como “una práctica que implica que, en un territorio dado, se actúa de tal manera que se elimina a los miembros de determinado grupo étnico. Tal práctica pretende que tal y tal territorio sean, como los autores deseaban, étnicamente puros. En otras palabras: que ese territorio ya no contendría más que a los miembros del grupo étnico que tomó la iniciativa de limpiar el territorio...” [“...a practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated. It means a practice that aims at such and such a territory be, as they meant, ethnically pure. [I]n other words, that that territory would no longer contain only members of the ethnic group that took the initiative of cleansing the territory...”] *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of Hearing, 28 de junio de 1996 (IT-95-18-R61), p. 128. Cassese, *supra*, n. 2, p. 338, define la “limpieza étnica” como la “la expulsión por la fuerza de civiles pertenecientes a un grupo en particular de una zona, aldea o pueblo” [“...forcible expulsion of civilians belonging to a particular group from an area, village, or town”].

⁶¹ Sobre este debate, véase asimismo Jones. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª ed., 2000, pp. 99-102; Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 8.

⁶² Schabas, *supra*, n. 24, p. 199.

⁶³ *Ibid.*, p. 200.

⁶⁴ Cassese, *supra*, n. 2, p. 342.

“Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.”⁶⁵

Asimismo, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Land) de Düsseldorf arguyó en *Jorgic* que, para hablar de genocidio, se requiere una “conducción centralizada y organizada estructuralmente”.⁶⁶ El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) adoptó el mismo punto de vista.⁶⁷ Pese a que este requisito estará presente en la mayor parte de los casos, el Derecho Internacional no lo exige, ni existe la necesidad de semejante elemento (adicional).⁶⁸ Así, los Tribunales *ad hoc* han afirmado repetida y correctamente que la existencia de un plan o de una política no es un ingrediente jurídico del crimen de genocidio y que solamente puede llegar a ser un factor importante para probar la intención especial.⁶⁹ En consecuencia, los *Elementos* violan el Artículo 9(3) del Estatuto y por lo tanto, deben considerarse sin efecto.⁷⁰

III. Mens rea

I. El elemento subjetivo general (dolo)

Según el Artículo 30 del Estatuto “una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen (...) únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”. A

⁶⁵ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24.

⁶⁶ *OLG Dusseldorf*, Juicio de 26 de septiembre de 1997, 2 StE 8/96, mecanoscrito inédito (en los archivos del autor), p. 162 (“strukturell organisierte zentrale Lenkung”); sobre la jurisprudencia alemana, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 769.

⁶⁷ BverfGE, Juicio de 12 de diciembre de 2000 – 2 BvR 1290/99, III. 4 a); disponible en www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12 = *EuGRZ*, 2001, pp. 76-82; *crít.* Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, pp. 789-90.

⁶⁸ Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, pp. 789, 790; Triffterer, *supra*, n. 7, pp. 406-408.

⁶⁹ *Prosecutor vs. Jelusic*, Judgement of 5 July 2001 (IT-95-10-A), par. 48; *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 100, 101; *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-95-1-A), par. 138; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 276.

⁷⁰ Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 790.

pesar de las complejas cuestiones implicadas en la interpretación de esta disposición y el elemento mental en el Derecho Penal en general,⁷¹ es suficiente para nuestros fines establecer que el “genocidio”, *i.e.*, el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico. De acuerdo con la jurisprudencia, el autor debe saber, por una parte, que la víctima es un miembro del grupo⁷² y, por otra, debe actuar con la intención de apoyar la destrucción del mismo.⁷³ En tanto que el primer requisito se refiere a la *mens rea* general, puesto que la pertenencia al grupo es un elemento material bajo la modalidad de una circunstancia y, como tal, el autor debe estar consciente de ella (Art. 30(3) del Estatuto), la intención de promover la destrucción del grupo integra la intención especial, que se analizará más adelante (2.). El problema es que los Tribunales no distinguen precisamente entre la *mens rea general* y la intención *especial* como un elemento subjetivo especial (*subjektives Tatbestandsmerkmal*).⁷⁴

Si el autor del genocidio carece del conocimiento de una circunstancia, incurre normalmente en un error de hecho y con ello quedaría excluida la responsabilidad penal (Art. 32(1), Estatuto). Si, por ejemplo, el autor mata – objetivamente – a un judío, pero no sabe – subjetivamente – que la víctima pertenece a ese grupo religioso, actúa sin conocimiento de la circunstancia “miembro de un grupo religioso”, y este error “hace desaparecer el elemento de intencionalidad”, o, para ser más exacto, una parte del elemento subjetivo. De esta manera, el error de hecho es solamente la otra cara de la moneda de (la existencia) de la *mens rea*. Otro asunto, que traté en otro lugar, es si no es demasiado rígido declarar irrelevantes en principio todos los errores que no hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (Art. 32(2), Estatuto).⁷⁵

a) Matanza de los miembros de un grupo

El término “matanza” (“killing”) es más amplio que el de “asesinato” (“murder”), ya que este último requiere, según algunos Derechos Nacionales, algo más que la intención de causar la muerte, a saber: la

⁷¹ Véase para un análisis detallado Eser, en Cassese *et al.*, *supra*, n. 2, pp. 889 y ss.; Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, pp. 757 y ss.; Triffterer, *supra*, n. 7, p. 400.

⁷² *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 60; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 165; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 61; *Prosecutor vs. Jelacic*, *supra*, n. 14, par. 66. Triffterer, *supra*, n. 7, p. 400, exige que se conozca a qué grupo pertenece la víctima, y que ésta sea “atacada por el autor con tal conocimiento de ese dato.” [“...attacked in this capacity by the perpetrator.”].

⁷³ Cf. *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 91: en consecuencia, por medio de su acto “el autor no [...] sólo manifiesta su odio hacia el grupo a que pertenece su víctima, sino que también comete este acto a sabiendas como parte de una intención de más amplio alcance para destruir [...] al grupo del que su víctima es miembro.” [“the perpetrator does not [...] only manifest his hatred of the group to which his victim belongs but also knowingly commits this act as part of a wider-ranging intention to destroy the [...] group of which the victim is a member.”].

⁷⁴ Véase *supra*, ns. 72 y 73.

⁷⁵ Véase Ambos, *supra*, n. 70, pp. 805 y ss (822–24).

premeditación.⁷⁶ En cuanto a las versiones inglesa y francesa de la terminología de esta alternativa, la Sala de Primera Instancia *Kayishema* declaró “que casi no existe ninguna diferencia entre el termino ‘matanza’... y ‘*meurtre*’...”⁷⁷; sin embargo, puesto que matanza (“killing”) o *meurtre* deberían considerarse junto con la intención especial del genocidio, ambos conceptos exigen que la matanza sea intencional.⁷⁸ Otras Salas adujeron que “el concepto *matanza* comprende tanto la matanza intencional como la no intencional, mientras que el de *meurtre* se refiere exclusivamente a la matanza cometida con la intención de provocar la muerte...”⁷⁹ No obstante, estas Salas llegaron al mismo resultado al considerar que “siguiendo los principios del Derecho Penal, debe adoptarse la versión que favorezca más al acusado [es decir, el requisito de la intención]”.⁸⁰ Así pues, la matanza (“killing”) debe cometerse, según el Artículo 30 del Estatuto, de manera intencional aunque no necesariamente premeditada.⁸¹

b) Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial

Al usar el término “deliberadamente” (“deliberately”), los redactores de la Convención deseaban expresar que esta forma específica de genocidio no solamente requiere que exista una intención general, sino un tipo de plan o deliberación previa dentro del significado del concepto francés de *préméditation*.⁸² Sin embargo, el término “deliberadamente” sólo se refiere, como lo muestran las traducciones española y francesa (“intentionnelle”, “intencional”), al requisito general de la intención.⁸³ De ahí que la expresión clave sea cuya finalidad,⁸⁴ que indica que la imposición de las condiciones indicadas deben ser el mecanismo principal utilizado para destruir el grupo, más bien que algún tipo de maltrato concomitante o incidental al

⁷⁶ Schabas, *supra*, n. 24, p. 241; Boot, *supra*, n. 22, par. 416.

⁷⁷ [“that there is virtually no difference between the term ‘killing’ ... and ‘*meurtre*’...”]

⁷⁸ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 104.

⁷⁹ [“the concept of killing includes both intentional and unintentional homicide, whereas *meurtre* refers exclusively to homicide committed with the intent to cause death”]

⁸⁰ [“...pursuant to the general principles of criminal law, the version more favourable to the Accused [i.e. the requirement of intent] must be adopted”]. *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, pars. 57 y 58; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 501; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 155. Véase asimismo Ambos, *supra*, n. 71, pp. 795 y 796.

⁸¹ Boot, *supra*, n. 22, par. 416.

⁸² Robinson. *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 60; Schabas, *supra*, n. 24, p. 243.

⁸³ Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 785; Ambos, *supra*, n. 71, p. 796.

⁸⁴ Los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, ni siquiera mencionan esta expresión.

crimen.⁸⁵ El TPIR establece como requisito que “los métodos de destrucción (...) se dirigen en última instancia a su destrucción física [de los miembros del grupo]”.⁸⁶

c) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Cualquiera de las medidas impuestas deben “tener el objetivo de ” impedir nacimientos. No es necesario que el autor del genocidio haya tenido la intención de impedir los nacimientos por completo. Basta con que la finalidad de tales medidas sea evitarlos parcialmente.⁸⁷

Si bien los programas públicos de control natal están en realidad orientados a impedir nacimientos (en parte), no están comprendidos en la estipulación cuando son voluntarios, es decir, cuando no están sujetos a una presión o a una coerción indebida. Y aun cuando sean obligatorios, como es el caso de la política china de procrear solamente hijos únicos, no constituyen genocidio por cuanto sus autores no pretenden destruir un grupo.⁸⁸

d) Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro

Si esta alternativa se concibe como una forma de genocidio cultural,⁸⁹ puede argüirse que sólo es necesario referir la intención del autor a la destrucción del grupo en un sentido cultural y no necesariamente biológico.⁹⁰ Esto implicaría no obstante que la naturaleza de la intención especial dependiera de la forma esencial en que se cometiese el crimen. Como se verá más adelante,⁹¹ la naturaleza de la destrucción depende de la interpretación del término “destruir” y del interés u objeto protegido por el delito. Este enfoque es más convincente porque relaciona la conducta del autor con el crimen de genocidio como un todo y no sólo con la ejecución, a veces accidental, de una u otra alternativa.

⁸⁵ Schabas, *supra*, n. 24, p. 243.

⁸⁶ [“...methods of destruction (...) are, ultimately, aimed at their [the group members’] physical destruction”]. *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 157; igualmente, *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 505.

⁸⁷ Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

⁸⁸ Schabas, *supra*, n. 24, pp. 244.

⁸⁹ Véase *supra*, II. 2. e).

⁹⁰ Schabas, *supra*, n. 24, pp. 245, 228–230.

⁹¹ Véase *infra* A. III. 2. b) (i).

II. El requisito de la intención especial

a) Consideraciones generales

Para hablar de genocidio se requiere la intención “específica” o “especial”⁹² de destruir uno de los grupos protegidos. En el Derecho Consuetudinario, el concepto de intención especial se utiliza para diferenciar los delitos de “intención general”, esto es, aquellos según los cuales no se precisa ningún nivel o grado determinado de intención. En la tradición del Derecho Civil, la intención especial corresponde al *dolus directus* de primer grado; es decir, destaca el elemento volitivo del *dolus*. Se ha dicho que un delito de intención especial requiere la ejecución del *actus reus* pero en asociación con una intención o un propósito que vaya más allá de la mera realización del acto (*überschießende Innentendenz*)⁹³⁹⁴; bien que consta de “una intención criminal agravada que debe existir además de la intención criminal que acompaña el delito fundamental.”⁹⁵ Con todo, los detalles son sumamente polémicos. Si tomamos en serio la muy exitosa teoría cognitivista,⁹⁶ el elemento volitivo ya no forma parte del *dolus eventualis* y, en consecuencia, la intención especial sólo implica un conocimiento (positivo) de los elementos constitutivos del *actus reus*. Tal teoría es, en realidad o por accidente, el fundamento de diferentes y variados intentos de algunos escritores por disminuir el umbral subjetivo del genocidio utilizando una “interpretación fundada en el conocimiento” (“knowledge-based interpretation”).⁹⁷ Esta última llevó asimismo a una propuesta durante las negociaciones de los *Elementos de los Crímenes* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sólo planteaban como requisito que el autor “supiera, o hubiera debido saber” que su conducta destruiría un grupo.⁹⁸ Si bien dicha propuesta se rechazó al final, la discusión no termina aún, en virtud de que los seguidores de la interpretación fundada en el conocimiento argumentarán que no se trata de *reescribir* el delito de genocidio, sino sólo de *interpretar* correctamente el requisito de la intención especial.

⁹² Triffterer, *supra*, n. 7, pp. 399, 400, considera que la expresión “intención genocida” respecto del requisito especial es “engañosa”. El problema es que no existe otra expresión mejor.

⁹³ Ambos, *supra*, n. 71, p. 789.

⁹⁴ Schabas, *supra*, n. 24, p. 218; Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402: “los crímenes que se conocen por tener un elemento subjetivo extendido” [“... so-called crimes with an extended mental element”].

⁹⁵ “...an aggravated criminal intent that must exist in addition to the criminal intent accompanying the underlying offence”. Véase Cassese, *supra*, n. 2, p. 338.

⁹⁶ Cf. la obra fundamental de Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 101–2, 255 y ss., 300 y ss. y *passim*.

⁹⁷ Ver Greenwalt, *Colum. L. Rev.* núm. 99, 1999, pp. 2259. 2265 y ss.; Gil Gil. *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 231 y ss., 236 y ss.; Triffterer, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1422, 1438 y ss. 1441 y ss.; Vest. *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101; hay un resumen en Ambos, *supra*, n. 71, pp. 790–5.

⁹⁸ UN-Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

En cuanto a la jurisdicción, en su primera resolución en *Akayesu*, el TPIR definió la “intención especial” como la “intención especial [...] que requiere que el autor procure producir claramente el acto.”⁹⁹ o que “tenga la clara intención de causar el acto”.¹⁰⁰ Un delito de intención especial está “caracterizado por una relación psicológica entre la consecuencia corporal y el estado mental del autor”.¹⁰¹ En sentido parecido se expresó la Sala de Primera Instancia en el caso *Kambanda* respecto del “elemento del *dolus specialis*”¹⁰² y en *Kayishema* respecto del requisito de la “intención especial”.¹⁰³

El TPIY adoptó una postura más sofisticada. En *Jelusic*, la intención especial se definió en relación con la naturaleza discriminatoria de los actos; en otros términos: con la selección de las víctimas en función de su pertenencia a un grupo protegido.¹⁰⁴ En cuanto al grado de la intención exigida, la Sala rechaza de hecho una interpretación fundada en el conocimiento, presentada por la persecución penal, apegándose al requisito tradicional de la intención especial desarrollado por la Sala de Primera Instancia en el caso *Akayesu*.¹⁰⁵ En realidad, la Sala absuelve al acusado de genocidio porque “mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir un grupo”.¹⁰⁶ La Sala de Apelaciones ratificó el estrecho concepto de la intención especial de la Sala de Primera Instancia y descartó explícitamente la definición más amplia de la persecución penal, en la que se incluía el conocimiento.¹⁰⁷ En *Krstic*, en su primera condena relacionada con el genocidio, el TPIY diferenció entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen.¹⁰⁸ De este modo la Sala se refiere, por una parte, al acto colectivo de genocidio motivado por la intención especial de destruir y que “debe poder distinguirse en el acto criminal

⁹⁹ [“specific intention [...] which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act”]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 497.

¹⁰⁰ [“...have the clear intent to cause the offence”]: *Ibid.*, par. 518.

¹⁰¹ [“...characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator”]. *Idem*.

¹⁰² *Kambanda*, Judgement of 4 September 1998 (ICTR 97-23-S), par. 16.

¹⁰³ *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 89.

¹⁰⁴ *Prosecutor vs. Jelusic, supra*, n. 14, par. 67.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pars. 84 y ss. (86).

¹⁰⁶ [“... he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group”]. *Ibid.*, par. 108.

¹⁰⁷ *Prosecutor vs. Jelusic, supra*, n. 14, pars. 41 y ss. (46: “[...] seeks to achieve the destruction [...]” [“...persigue lograr la destrucción...”). La Sala de Apelaciones también declaró (par. 45 con n. 81) que cuando utiliza la expresión *intención especial*, “esto no atribuye a esta expresión ningún significado que pueda tener en una jurisdicción nacional” [“it does not attribute to this term any meaning it might carry in a national jurisdiction”]. Sin embargo, esto no es ni útil ni verdadero, ya que la Sala no puede separar completamente el Derecho Penal Nacional del Internacional, y menos aún cuando están en juego los principios generales.

¹⁰⁸ [“... between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime”]. *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 549.

mismo”¹⁰⁹ y, por otro lado, a los actos individuales de quienes participan en el acto colectivo de genocidio. En tanto que aquellos que forman parte del mismo pueden tener intenciones y motivos diferentes, para que sean procesados por genocidio cada uno de ellos debe compartir “la intención de que se lleve a cabo un genocidio”.¹¹⁰ El propósito de la destrucción presupone que las víctimas fueron elegidas “a causa de su pertenencia a un grupo cuya destrucción se procuraba” [...by reason of their membership in the group whose destruction was sought]. No es suficiente con que tan sólo se conozca tal pertenencia.¹¹¹ De igual modo, la posibilidad de prever o la probabilidad de destruir el grupo – en el sentido de la mencionada interpretación fundada en el conocimiento – no basta, en virtud de que, según la Sala, no queda claro si esta norma refleja el Derecho Consuetudinario y si aun así el genocidio deba entenderse, por lo tanto, en el sentido de abarcar sólo los actos “cuyo objetivo sea destruir todo el grupo o parte del mismo.”¹¹² De esta manera, la Sala sigue en realidad la jurisprudencia anterior. Asimismo, al igual que estos últimos, no analiza en detalle las propuestas concretas del enfoque fundado en el conocimiento, ni tampoco diferencia suficientemente entre los diferentes puntos de la doctrina.¹¹³

Es evidente que el problema principal en los casos de genocidio es *probar* la intención especial. La Fiscalía quiere superar este problema *reduciendo* el grado de intención exigido. Debe ser suficiente con que el acusado “haya deseado conscientemente” la destrucción del grupo o que “supiera que sus actos lo destruyan”.¹¹⁴ En otras palabras, como se ha dicho antes, la Fiscalía defiende lo que puede denominarse, desde el brillante artículo de Greenwalt,¹¹⁵ una “interpretación” o un “estándar fundado en el conocimiento” (“a knowledge based interpretation or standard”).

Sin embargo, la disminución de los requisitos mentales en los delitos constituye una forma dudosa de superar los problemas probatorios. En todo caso, no es la única. La otra posibilidad es de tipo procesal, es decir, hacer *inferencias* o sacar conclusiones de ciertos *indicios* basados en hechos y circunstancias objetivos, declaraciones de testigos, etcétera.¹¹⁶ La ausencia de pruebas directas, como la confesión de un acusado de que actuó con intención especial, fuerza a cualquier Tribunal, sea que opere nacional o internacionalmente, a analizar los indicios disponibles y probablemente a deducir a partir de ellos la intención especial del acusado. La jurisprudencia ya utilizó este método en la casi olvidada resolución del procedimiento de la Regla 61 (de la Reglas de Procedimiento y Prueba) en *Karadzic and Mladic*. La Sala de

¹⁰⁹ [“... must be discernible in the criminal act itself”. *Ibid.*

¹¹⁰ [“... the intention that a genocide be carried out”]. *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, par. 561.

¹¹² [“... with the goal of destroying all or part of the group”.] *Ibid.*, par. 571 (las cursivas son del texto original).

¹¹³ *Ibid.*, La Sala cita en la n. 1276 a los autores que defienden otros conceptos muy diferentes.

¹¹⁴ “... ‘he knew his acts were destroying’ the group”. Cf. Prosecutor vs. *Jelusic*, *supra*, n. 69, par. 42; Prosecutor vs. *Krstic*, *supra*, n. 6, par. 569.

¹¹⁵ Ver *supra*, n. 97.

¹¹⁶ Cf. Volk. “Dolos ex re”, en *Festschrift Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 611, 613 y ss. 619, en su etimología original del *dolos ex re*, esto es, de la intención que viene después de la comisión particular (externa) de un delito. Véase también Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 126.

Primera Instancia del TPIY se refirió a “varios hechos”, como por ejemplo la doctrina política general que permitió el surgimiento de los actos específicos y el “efecto combinado de discursos y proyectos” (“combined effect of speeches or projects”) que fundamentaron los actos.¹¹⁷ La Sala en *Akayesu* aceptó este enfoque invocando “varias presunciones de hecho” (“a certain number of presumptions of fact”), tales como el contexto general de la comisión de los crímenes, la escala de las atrocidades, etcétera.¹¹⁸ De igual modo, la Sala de Apelaciones en *Jelusic* se refiere a “varios hechos y circunstancias” y cita, entre otros, el contexto general, la comisión de otros actos en contra del mismo grupo, la dimensión de las atrocidades, etcétera.¹¹⁹ *In casu*, la Sala de Primera Instancia ratificó la “intención discriminatoria” de *Jelusic*, aunque no su intención de destruir el grupo,¹²⁰ mencionando no sólo el contexto general, sino también sus acciones y declaraciones.¹²¹ En el caso *Krstic*, la Sala menciona los ataques simultáneos a las propiedades culturales y religiosas, así como las casas de miembros del grupo como pruebas (indirectas) de la intención genocida del acusado.¹²² Hablando en términos generales, todos los actos dirigidos contra un grupo protegido y que ocurren en determinada área geográfica, esto es, *in casu*, la matanza de 7000 a 8000 hombres musulmanes bosnios en edad militar en siete días en Srebrenica,¹²³ constituyen indicios fuertes de una intención especial por parte de los autores.

La consecuencia de la tajante distinción entre el *actus reus*, la correspondiente *mens rea* y la intención especial es que es irrelevante para la consumación del crimen, que el autor tenga o no éxito en su intento de destruir el grupo (total o parcialmente).¹²⁴ Sólo necesita intentar alcanzar esta consecuencia o resultado. Como la definición de genocidio se refiere a *cualquiera de los siguientes actos* de los que únicamente el primero (“*matanza*”) tiene como consecuencia esencial la muerte de las víctimas, se sigue que no es necesario que ni siquiera una sola persona muera para que se cometa un acto de genocidio (completo).¹²⁵ Sólo si no se consuma ninguno de los cinco actos específicos enumerados en la Convención,

¹¹⁷ *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Consideration of the Indictment within the framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence (IT-95-5-R61 e IT-95-18-R61), pars. 94–5.

¹¹⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 523 y en el par. 524 al citar *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, *supra*, 117, par. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 61.

¹¹⁹ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 69, par. 47.

¹²⁰ Ver *supra*, n. 106y el texto.

¹²¹ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 73 y ss.

¹²² *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 580.

¹²³ *Ibid.*, pars. 594, 598.

¹²⁴ Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 497: “Al contrario de lo que se cree popularmente, el crimen de genocidio no implica el exterminio real del grupo en su totalidad, sino que se entiende como tal una vez que cualquiera de los actos mencionados en los Artículos 2(2)(a) al 2(2)(e) se comete con la intención especial de destruir [...] un [...] grupo” [“Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy [...] a [...] group”].

¹²⁵ Sunga, *supra*, n. 8, p. 383.

así como en los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, sino que sólo se tiene el propósito de llevarlos a cabo con la necesaria y especial “finalidad de destruir”, existe una tentativa de genocidio.¹²⁶

Hay un problema final que sólo mencionaré de paso, ya que se ha analizado a fondo en otra parte.¹²⁷ Es el problema de la *mens rea de quienes participan* en un genocidio, especialmente los cómplices y los superiores. La jurisprudencia no ofrece todavía soluciones convincentes al respecto. Desde nuestro punto de vista, todas las formas de comisión directa, *i. e.*, la autoría directa e inmediata, la coautoría y la autoría mediata así como otras formas similares de dominio o control intelectual y/o psicológico del crimen (instigación, inducción, incitación, conspiración), exigen que cada participante tenga la intención especial de destruir el grupo. En cambio, los cómplices sólo necesitan un conocimiento positivo de la intención genocida de los autores. En el caso de los superiores, debe distinguirse cuál es el fundamento sobre el que se les hace responsables. La comisión por omisión, con base en la doctrina de la responsabilidad del superior o del mando, sólo requiere el conocimiento o incluso la falla negligente de no estar al tanto de los actos genocidas.¹²⁸ Si el superior está directamente involucrado en la comisión de un genocidio mediante actos positivos, como ordenar actos genocidas o inducirlos, se requiere la intención especial, al igual que en otros casos. Pero todas estas cuestiones merecen reflexionarse más profundamente.

b) Los elementos específicos de la intención especial

(i) “destruir”

La intención especial debe estar encaminada a la destrucción del grupo en cuestión. Tal destrucción es el objeto de la intención especial. No es necesario que ocurra objetivamente, sino que sólo se precisa que el autor la haya planeado subjetivamente. Si bien esto se desprende con claridad del texto del Artículo II de la Convención sobre el Genocidio y subsiguientes disposiciones, no queda muy claro sin embargo si la “destrucción” requiere la destrucción *física o biológica* del grupo. Tanto la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹²⁹ como otros autores¹³⁰ defienden esta interpretación restringida. Consideran útiles los *travaux* de la

¹²⁶ Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402.

¹²⁷ Ambos, *supra*, n. 71, pp. 792 y ss; en cuanto a la jurisprudencia, pp. 413–7; ver también Schabas, *supra*, n. 24, pp. 259, 264–266, 275, 300–303, 304–313. Ver asimismo Ambos, en Triffterer (ed.), “Commentary on the ICC Statute”, 2ª ed., 2003, Art. 25 (de próxima aparición).

¹²⁸ Schabas comparte manifiestamente la misma concepción, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 4; Cassese se muestra en contra de su opinión, pero por lo visto lo malinterpreta. Ver *supra*, n. 2, p. 348.

¹²⁹ Véase el *1996 ILC Report*, *supra*, n. 39, pp. 90-91: “Como demostraron claramente los trabajos preparatorios para la Convención, la destrucción de referencia es la aniquilación material de un grupo ya por medios físicos, ya por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular” [“As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group”].

Convención y sostienen que el genocidio cultural, bajo la modalidad de la destrucción de la existencia de los elementos nacionales, lingüísticos, religiosos, culturales o de otros tipos, no se incluyó finalmente en la Convención, pese a una propuesta del Comité *ad hoc*.¹³¹ Aun cuando la destrucción de un pueblo no implica automáticamente su extinción física, y habida cuenta de que la destrucción de los pueblos a menudo comienza con ataques violentos a su cultura, idioma, religión y a sus monumentos e instituciones culturales, los redactores del Estatuto de la CPI dejaron fuera del Artículo 6 del Estatuto los actos de genocidio cultural como formas específicas de genocidio, con excepción del “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.¹³² Más recientemente la Sala de Primera Instancia en *Krstic*, invocando el principio de *nullum crimen*, adoptó la misma concepción y limitó el genocidio a “aquellos actos que pretenden la destrucción física o biológica de todo el grupo o de parte del mismo.”¹³³

Como lo sostuvimos en otro trabajo¹³⁴ es dudoso, sin embargo, si esta interpretación restringida es compatible con el texto de la Convención y todas las disposiciones subsiguientes respecto del genocidio, en virtud de que se refieren claramente al “grupo como tal”. En otras palabras, el crimen de genocidio tiene por objeto proteger no solamente la existencia física de los miembros individuales del grupo como *entidad social*. Este concepto supraindividual de genocidio, desarrollado y defendido sobre todo por la Corte Suprema Alemana (*Bundesgerichtshof*) y la Corte Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht*),¹³⁵ implica que la *intención* de destruir “va más allá de la interpretación física y biológica.”¹³⁶ No obstante, esto no significa, como por lo visto lo malinterpreta la Sala en *Krstic*,¹³⁷ que la jurisprudencia alemana niegue que el Artículo II(c) de la Convención exija objetivamente una destrucción física, sino que más bien se requiere trazar una distinción entre el *actus reus* y la *mens rea* del crimen de genocidio, y este último no limita el delito a la destrucción física del grupo. El hecho de que los Estados Partes de la Convención de Genocidio no se mostraran dispuestos a incluir el genocidio cultural en la Convención como una de las formas específicas del

¹³⁰ Pueden consultarse, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 229–233; Barboza. “International Criminal Law”, en *Receuil des Cours*, núm. 278, 1999, pp. 9, 59; Ratner. “The Genocide Convention after fifty years”, en *ASIL Proceedings*, núm. 92, 1998, pp. 1, 2.

¹³¹ Boot, *supra*, n. 22, pars. 413–414; Schabas, *supra*, n. 24, p. 187; Ambos y Wirth ofrecen referencias adicionales en *supra*, n. 23, pp. 791–792.

¹³² Ver *supra*, II. 2. e) y Schabas, *supra*, n. 24, pp. 179–189: la inclusión de actos de genocidio cultural en el Artículo 6 del Estatuto de Roma fue un asunto muy delicado, pues vieron amenazada su soberanía los “países conscientes de los problemas de sus políticas hacia grupos minoritarios, específicamente hacia los pueblos indígenas y los inmigrantes...” [“countries who were conscious of problems with their own policies towards minority groups, specifically indigenous peoples and immigrants...”].

¹³³ [“...acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group.”] Véase *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 580.

¹³⁴ Ambos y Wirth, *supra*, n. 44 pp. 791 y ss.

¹³⁵ Para más referencias, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 791, n. 122.

¹³⁶ [“...extends beyond physical and biological interpretation”] *BVerfG*, *supra*, n. 67, par. 22 (la traducción inglesa que se cita proviene de *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 579).

¹³⁷ Ver *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 579, que sólo cita de manera selectiva *BVerfG*.

actus reus no influye necesariamente en la interpretación del requisito de la intención especial.¹³⁸ Por consiguiente, la *Bundesverfassungsgericht* afirma correctamente que el “texto de la ley no [...] que interprete en el sentido de que la intención del delincuente tenga que ser el exterminio físico [...] de los miembros del grupo.”¹³⁹

Históricamente, la noción de “grupo como tal” pretendía expresar – al menos según la delegación venezolana, que propuso la enmienda – el concepto del motivo.¹⁴⁰ Por lo tanto, Schabas distingue “entre lo que podría denominarse el motivo colectivo y el individual o personal...” y exige “... un motivo racista o discriminatorio, esto es, un motivo genocida.”¹⁴¹ Sea lo que fuere, no descarta la interpretación del grupo como entidad social, como el bien jurídico protegido del crimen de genocidio.

(ii) “total o parcial”

Si bien hubo un desacuerdo en cuanto al requisito de la intención de destruir el grupo *totalmente* durante las negociaciones de la Convención,¹⁴² ahora se ha puesto en claro, a partir del texto del Artículo II y las disposiciones subsiguientes, que basta con que la intención esté encauzada hacia la destrucción “parcial” del grupo. Con todo, aún no se ha esclarecido qué significa exactamente una “destrucción parcial”, es decir, a cuántos miembros del grupo sea necesario seleccionar potencialmente para matarlos. Al respecto, pueden formularse las siguientes preguntas:

- (1) ¿Es necesario tener intención de eliminar de una *cantidad apreciable* de miembros del grupo (elemento *cuantitativo*)?
- (2) ¿Sería suficiente tener intención de eliminar *algunos miembros importantes* del grupo, por ejemplo de sus líderes (elemento *cualitativo*)?

¹³⁸ Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 28, afirma que “these acts [that constitute genocide] underscore the fact that the essence of genocide is the *physical destruction* or decimation of the group”. [“...los actos [que constituyen este crimen] acentúan el hecho de que la esencia del genocidio es la *destrucción física* o la gran mortandad de buena parte del grupo”.] Según los autores, cualquiera sea “la esencia del genocidio” no es posible proyectar elementos del *actus reus* en el requisito de la intención especial como elemento de *la mens rea*.

¹³⁹ [“...text of the law does not [...] compel the interpretations that the culprit’s intent must be to exterminate physically [...] members of the group”.] *BverfG*, *supra*, n. 67, par. (III)(4)(a)(aa).

¹⁴⁰ Sobre este concepto, ver Schabas, *supra*, n. 24, pp. 245–256; Boot, *supra*, n. 22, par. 388.

¹⁴¹ [“...between what might be called the collective motive and the individual or personal motive” and requires “a racist or discriminatory motive, that is, a genocidal motive”.] *Cf.* Schabas, *supra*, n. 24, p. 255.

¹⁴² Ver Schabas, *supra*, n. 24, p. 255.

(3) ¿Bastaría con tener intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una *parte* del grupo?

En cuanto a la *primera pregunta*, la respuesta debe ser evidentemente afirmativa. Ya en 1960 Robinson definió el genocidio como un crimen orientado a la destrucción de “una multitud de personas del mismo grupo” [“a multitude of persons of the same group”], siempre y cuando la cantidad fuera “considerable” [“substantial”].¹⁴³ El *Informe de Whitaker de 1985* se refirió a “una cantidad medianamente grande en relación con el total del grupo.”¹⁴⁴ Estas definiciones fueron de hecho adoptadas en declaraciones posteriores de las autoridades internacionales. La CDI hace referencia a “una parte importante del grupo” [“a substantial part of the group”].¹⁴⁵ El TPIR habla, *inter alia*, de “una cantidad notable de individuos” [“a considerable number of individuals”].¹⁴⁶ Durante las negociaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, se hizo notar que “la referencia a la ‘intención de destruir, total o parcialmente [...]’ se interpretó como si se aludiera a la intención especial de destruir a más de una cantidad pequeña de individuos [...]”¹⁴⁷ Quienes critican este requisito cuantitativo con frecuencia no distinguen suficientemente entre el nivel objetivo y el subjetivo.¹⁴⁸

En el contexto anterior, se discutió asimismo que no es necesario tener en mente la total aniquilación de un grupo desde todos los rincones del globo.¹⁴⁹ De aquí se sigue que basta con planear la destrucción de un área geográfica limitada de un grupo.¹⁵⁰ La Sala de Primera Instancia en el caso *Krstić* consideró como factor decisivo que los autores se propongan “destruir una *parte precisa* del grupo, y no una gran cantidad de individuos aislados dentro del mismo...” y que “piensen que la parte del grupo que desean destruir es una

¹⁴³ Ver Robinson, *supra*, n. 82, p. 63.

¹⁴⁴ [“...a reasonably significant number, relative to the total of a group as a whole”] Benjamin Whitaker. *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, par. 29.

¹⁴⁵ Draft Code 1996, p. 89.

¹⁴⁶ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 97; véase asimismo *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 64: “...por lo menos una parte considerable” [“...at least a substantial part”].

¹⁴⁷ [“[T]he reference to ‘intent to destroy, in whole or in part [...]’ was understood to refer to the specific intention to destroy more than a small number of individuals [...]”. “Draft Statute for the ICC. Part 2: ‘Jurisdiction, Admissibility and applicable Law’”, UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, p. 2, n. 1. Ver asimismo Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn 5, con referencias.

¹⁴⁸ Como ejemplo, ver el análisis del problema por Cassese, *supra*, n. 2, pp. 347-8, cuando se refiere a Wexler y Paust. “Model Draft Statute”, en *Nouvelles Études pénales*, núm. 13, 1998, p. 5.

¹⁴⁹ “...to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe.”] *Draft Code 1996*, p. 89.

¹⁵⁰ *Prosecutor vs. Jelisić*, *supra*, n. 14, par. 83; *Prosecutor vs. Krstić*, *supra*, n. 6, pars. 560, 589; *BGHSt*, pp. 45, 64 (81); *BVerfG*, *supra*, n. 67, pars. 22-24.

entidad inconfundible que, como tal, tienen que eliminar.”¹⁵¹ Si tal es el caso, “se catalogaría como genocidio el asesinato de todos los miembros de parte de un grupo ubicado en una pequeña región geográfica, aun cuando causara la muerte a una cantidad menor de víctimas [...]”¹⁵² En cambio, si los miembros del grupo fueran sólo muertos selectivamente en una amplia zona geográfica, el requisito de la intención especial no se cumpliría.¹⁵³

La *segunda pregunta*, que tiene que ver con el elemento cualitativo, ha recibido también una respuesta afirmativa en el *Informe de Whitaker*, en vista de que se refiere explícitamente a “una sección importante de un grupo, como sus dirigentes”.¹⁵⁴ Tanto el Fiscal¹⁵⁵ como las Salas¹⁵⁶ del TPIY han adoptado esta declaración. Sin embargo, es dudoso si la intención de destruir a los dirigentes de un grupo en particular constituya una intención genocida si es un acto aislado, *i. e.*, si no conlleva la completa desaparición o el fin del grupo. En otros términos, deben tomarse en consideración las consecuencias para éste como tal. En concordancia con el *Informe de la Comisión de Expertos de 1994*, uno puede, decir que “el ataque a los dirigentes debe pensarse *en el contexto de qué destino tuvo el resto del grupo*”.¹⁵⁷ En este sentido, el ataque concierne solamente a una sección *importante* del grupo si tiene consecuencias serias para la existencia del grupo como tal.

La *tercera pregunta* surgió en *Krstic*. La Sala, que reconoció a los musulmanes bosnios como grupo protegido,¹⁵⁸ tuvo que resolver si los hombres en edad militar de ese grupo de la población de Srebrenica “representaban una parte suficiente del grupo de musulmanes bosnios, de suerte tal que la intención de destruirlos se calificara como un ‘intento de destruir el grupo total o parcialmente’”¹⁵⁹ A la luz del criterio mencionado con anterioridad, la Sala respondió de manera afirmativa, ya que “las fuerzas serbiobosnias no podían ignorar que [...] esta destrucción selectiva tendría un impacto duradero en todo el grupo” y que, por

¹⁵¹ [“...to destroy a *distinct part* of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it” and that they “view the part of the group they wish to destroy as a *distinct entity* which must be eliminated as such”.] *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 590 (cursivas mías).

¹⁵² [“...the killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide [...]”.] *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ [“...a significant section of a group, such as its leadership”.] Whitaker, *supra*, n. 144, par. 29.

¹⁵⁵ *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of hearing of 27 June 1996 (IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), p. 24.

¹⁵⁶ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motions to Acquit of 3 September 2001 (IT-95-8-T), pars. 65, 76; *Prosecutor vs. Jelusic, supra*, n. 14, pars. 79-82; *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 587.

¹⁵⁷ [“...the attack on the leadership must be viewed in the context of the fate of what happened to the rest of the group”] Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, par. 94 (cursivas mías).

¹⁵⁸ *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 591.

¹⁵⁹ [“...represented a sufficient part of the Bosnian Muslim group so that the intent to destroy them qualifies as an ‘intent to destroy the group in whole or in part’”]. *Ibid.*, par. 581.

consiguiente, “debían estar conscientes del impacto catastrófico que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres para la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal [...]” Bastaba con que “las fuerzas serbiobosnias supieran [...] que la combinación de esos asesinatos con el traslado por la fuerza de mujeres, niños y ancianos tendría como resultado inevitable la desaparición física de la población musulmana bosnia de Srebrenica.”¹⁶⁰ En realidad, la Sala se refirió a una “parte” del grupo de los musulmanes bosnios y habló de los musulmanes bosnios de la comunidad de Srebrenica. De este modo, la pregunta que uno se hace gira en torno a cuán pequeña puede posiblemente ser una “parte” de un grupo protegido para constituirse en objeto de la protección del crimen. Es evidente que, al estrechar el concepto de grupo a partes o unidades muy pequeñas de un grupo mayor, el ámbito del crimen puede volverse ilimitado. Al considerar a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica como parte del grupo de los musulmanes bosnios, la Sala de hecho realizó una doble reducción del *actus reus*: redujo a los musulmanes bosnios a los que vivían en Srebrenica y, además, a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica. De esta manera, la Sala en realidad analizó si los serbios planeaban destruir parte (los varones musulmanes bosnios de Srebrenica) de una parte (los musulmanes bosnios de Srebrenica) del grupo de los musulmanes bosnios. Podría argumentarse incluso que ello constituye una reducción ulterior del concepto de grupo si la Sala se refiere a los musulmanes *bosnios*, en vez de a los musulmanes como grupo religioso.

Sea como fuere, el análisis muestra que es necesario delimitar con mayor claridad qué se quiere decir con “total o parcial”. Esto es incluso más cierto si uno tiene en mente, una vez más, la estructura del delito como un crimen de intención, es decir, un delito en que predomina la *mens rea* del autor y prevalece sobre el *actus reus*. Vale la pena repetir que no es necesario que el autor destruya objetivamente un grupo de forma “total o parcial”, sino que sólo se proponga hacerlo.

(iii) “un grupo”

El propósito del autor debe estar dirigido a la destrucción de un “grupo”. Puesto que éstos constan de individuos, la acción destructiva debe en última instancia dirigirse en contra de individuos. Sin embargo, estos últimos no son importantes *per se*, sino únicamente como miembros del grupo.¹⁶¹ Es necesario seleccionarlos a causa de su pertenencia al mismo.¹⁶² En otras palabras, la víctima primordial del genocidio

¹⁶⁰ “Bosnian Serb could not have failed to know [...] that this selective destruction of the group would have a lasting impact on the entire group,” they “had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society [...]” It was sufficient that “[t]he Bosnian Serb forces knew [...] that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica.” *Ibid*, para 595.

¹⁶¹ Robinson, *supra*, n. 82, p. 58.

¹⁶² *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 521: “Así, la víctima es elegida no por su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La víctima del acto es, por consiguiente, miembro de un grupo seleccionado como tal, lo que significa por lo tanto que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no solamente el individuo.” [“Thus the victim is chosen not because of his individual identity, but rather on account of his membership of a national, ethnical, racial or religious group. The victim of the act is therefore a member of a group, chosen as such, which, hence, means that the victim of the crime of genocide

es el grupo, si bien su destrucción requiere necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, es decir, contra individuos que pertenezcan a él.¹⁶³ Como se ha dicho con anterioridad (*supra* (i)), el crimen de genocidio protege el grupo como una entidad social supraindividual: protege el grupo “como tal”. Mientras que el Derecho Penal común protege los derechos e intereses jurídicos de los individuos, como su derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etcétera, el crimen de genocidio protege el derecho de ciertos grupos a existir.¹⁶⁴

B. Crímenes contra la humanidad

I. El elemento de contexto

I. Ataque sistemático o generalizado

a) Ataque

La jurisprudencia definen el ataque como la *comisión múltiple de actos* que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el Artículo 5 del Estatuto del TPIY y el 3 del Estatuto del TPIR.¹⁶⁵ Ésta es una definición sólida y convincente que deja de lado actos aislados y fortuitos,¹⁶⁶ además de que concuerda

is the group itself and not only the individual”]. Véase también *Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindana*, *supra*, n. 11, par. 97.

¹⁶³ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica*, *supra*, n. 156, par. 89.

¹⁶⁴ Tiene razón Ntanda Nsereko, *supra*, n. 11, p. 124 cuando dice: “En tanto que el objetivo de la ley de homicidio es proteger el derecho de un individuo a vivir, la del genocidio protege el derecho de los grupos a existir físicamente” [“While the aim of the law of homicide is to protect the right of an individual to live, that of genocide is to protect the right of groups to physically exist as such”].

¹⁶⁵ Véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 16 con más referencias; véase asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 259-261.

¹⁶⁶ Véase Clark. “Crimes against humanity and the Rome Statute”, en Clark, Feldbrugge, Pomorski (eds.). *Essays in Honour of George Ginsburgs*, 2001, pp. 139, 152; Dixon, en Triffterer (ed.), *supra*, n. 9, Art. 7, m.n. 4; Gómez-Benítez. “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI...”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, vol. VII, 2001, p. 9 y esp. la. 21.

con el Artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma, que se refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1”. De esta manera, el ataque no se limita a un ataque militar, sino que en tal concepto se incluyen también medios más bien pacíficos o no violentos, como la imposición de un sistema de *apartheid*.¹⁶⁷ Y, a la inversa, una operación militar no es necesariamente un ataque, a menos que se dirija contra la población civil (ver *infra*, c).¹⁶⁸ Por otra parte, la comisión múltiple de otros actos diferentes de los enumerados en los Estatutos, como la violación de derechos humanos tales como la denegación de un proceso justo, la usurpación de la propiedad, etcétera, no pueden por regla general constituir un “ataque”. No obstante, tales violaciones pueden subsumirse en la extensa disposición respecto de “Otros actos inhumanos de carácter similar...” (Art. 7(2)(k), Estatuto de Roma).¹⁶⁹

La *forma de la comisión* no se ha definido rigurosamente. Un solo autor o diversos autores que actúan en una o en varias ocasiones pueden cometer muchísimos actos. Si un escuadrón de la muerte mata a los miembros de la oposición política durante un tiempo prolongado, sus miembros perpetran múltiples asesinatos con diversos actos en diferentes momentos. De igual modo, en cuanto al significado de “ataque”, aunque un autor arroje una bomba a una multitud o envenene el agua potable de una aldea y asesine a muchas personas mediante un único acto, los múltiples asesinatos constituyen una “comisión múltiple de actos”. Asimismo, si un grupo terrorista estrella su avión en un edificio civil y con ello causa la muerte de varias personas, sus miembros cometen múltiples asesinatos con un solo acto.

b) *Generalizado o sistemático*

Un ataque *generalizado* requiere una gran cantidad de víctimas que, como se señaló anteriormente, pueden ser bien el resultado de múltiples actos, o bien un acto único “de extraordinaria magnitud”.¹⁷⁰ El común denominador de un ataque *sistemático* es que “se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido.”¹⁷¹ El ataque es sistemático si se basa en una política (*policy*)¹⁷² o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, *i.e.*, las víctimas específicas.

¹⁶⁷ Véase *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 581. También Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 8.

¹⁶⁸ Cf. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246.

¹⁶⁹ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 83,4.

¹⁷⁰ *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 206; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Judgement of 29 November 2002 (IT-98-32-T) par. 35. *Vid.* asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 20-1, 30, 34, con más referencias; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 30.

¹⁷¹ [“...carried out pursuant to a preconceived policy or plan”] *Prosecutor vs. Bagilishema* *supra*, n. 7, par. 77; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 35. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 18-20, 30, con más referencias.

¹⁷² La palabra anglosajona *policy* puede tener, además de “política”, acepciones como “plan de acción, plan, sistema” [N.T.].

Si bien las definiciones anteriores son más o menos claras, el asunto se complica cuando se intenta determinar cómo se interrelacionan estos elementos, es decir, si el ataque debe ser o generalizado o sistemático (enfoque *alternativo*) o *ambos* a la vez (enfoque *acumulativo*). A primera vista, la jurisprudencia¹⁷³ y algunas codificaciones – como el proyecto de Código de Crímenes de la CDI de 1996,¹⁷⁴ la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor) Regulation 15/2000¹⁷⁵ y el *Special Court Statute for the Special Court for Sierra Leone* (Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona)¹⁷⁶, –adoptan al parecer el enfoque alternativo. La doctrina normalmente lo acepta;¹⁷⁷ pero no analiza los problemas implicados de una forma adecuada. Por otro lado, el Artículo 7(2)(a) del Estatuto de la CPI exige que la “comisión múltiple de actos” tenga como base (“de conformidad con [...] o para promover”) cierta política, y por consiguiente parece inclinarse por el enfoque acumulativo.¹⁷⁸ ¿Cómo pueden reconciliarse estas aparentes contradicciones? Hablando más concretamente: ¿existe alguna posibilidad de interpretar el Artículo 7(2)(a) en conformidad con el enfoque alternativo que adopta explícitamente el Artículo 7(1)?

La solución a este problema estriba en la *función* otorgada al elemento de política (*policy element*). Mientras que el Artículo 7(2)(a) del Estatuto exige este elemento de modo manifiesto, la cuestión de si es necesario según el Derecho Consuetudinario Internacional sigue siendo objeto de debate en la actualidad.¹⁷⁹ Este elemento es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine.¹⁸⁰ Tales hechos delictivos comunes, aun si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por

¹⁷³ Vid. las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 18, n. 81.

¹⁷⁴ Art. 18: “[...] in a systematic manner or on a large scale [...]” (“... de una manera sistemática o a gran escala...”). 1996 ILC Report, *supra*, n. 39; GAOR [General Assembly Official Records]. *Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 14 y ss. pars. 50 y ss.

¹⁷⁵ Puede consultarse en <<http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/r-2000.htm>>. Véase asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26, 88, y Ambos y Othman (eds.). “New approaches in international criminal justice”, Friburgo de Brisgovia, 2003 (de próxima aparición).

¹⁷⁶ Estatuto de 22 de enero de 2002. Disponible en <<http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html>>. Ver también Ambos y Othman, *supra*, n. 174.

¹⁷⁷ Vid., por ejemplo, Swaak-Goldman. “Crimes against humanity”, en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 141, p. 157.

¹⁷⁸ Para esta concepción, véase Clark, *supra*, n. 166, p. 155.

¹⁷⁹ Ver Bassiouni. *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., 1999, pp. 243 y ss. Cassese, *supra*, n. 2, p. 360; Boot, *supra*, n. 22, pars. 458 y ss.; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26. 28 y ss., con referencias ulteriores; *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement of 22 February 2001 (IT-96-23-T), par. 98; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 36.

¹⁸⁰ Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 92; 1996 ILC Report, *supra*, n. 38, p. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Dragan Nolic*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedures and Evidence, 20 October 1995 (IT-94-2-T), par. 26.

lo menos por algún Estado o una organización.¹⁸¹ Mientras que el elemento político ya es parte de la definición del término “sistemático”, éste no es el caso del concepto “generalizado”. De acuerdo con la definición propuesta en líneas anteriores, “generalizado” sólo precisa una gran cantidad de víctimas. Una pauta tan puramente *cuantitativa* no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atentan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos.¹⁸² Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar *vinculados* de una u otra forma *a una autoridad estatal u organizativa*: deben ser por lo menos *tolerados* por ésta. Para interpretar la polémica formulación del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad.¹⁸³

Pero continúa pendiente la pregunta: ¿qué requisitos debe cumplir exactamente una *política* para que llegue a cometer crímenes contra la humanidad? Si bien es incuestionable que es suficiente que sea una política tácita o de facto,¹⁸⁴ en Roma y Nueva York se debatió acaloradamente si bastaría la simple *tolerancia* de los crímenes por el Estado o la organización. Como se sabe, los *Elementos de los Crímenes* ofrecen una propuesta contradictoria: por una parte, exigen que “el Estado o la organización promueva o aliente *activamente*” los actos y, por el otro, admiten en una nota a pie de página que, en circunstancias excepcionales, tal política “podría ejecutarse por medio de una *omisión deliberada de actuar*”. Es evidente que el enfoque “activo” anterior dificultaría, si no es que haría imposible, considerar los crímenes generalizados como crímenes contra la humanidad, en vista de que es difícil probar la existencia de tal fomento o estímulo por parte de la entidad que ordene llevarlos a cabo. Si se hace a un lado este argumento más bien estratégico, la cuestión esencial es si un umbral tan elevado es compatible con el Derecho Consuetudinario Internacional y si tiene algún sentido una concepción tan restringida de los crímenes contra la humanidad. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser rotundamente negativa. El Derecho Consuetudinario Internacional no requiere una política *activa*. Con base en la jurisprudencia y la práctica nacionales e internacionales desde Nuremberg, puede incluso argüirse, como lo hizo Mettraux¹⁸⁵ recientemente, que este requisito no es apropiado en absoluto y sólo sirve como “uno de los factores que puede tomar en cuenta un Tribunal para concluir que se dirigió un ataque contra una población civil.”¹⁸⁶ Aunque esto es excesivo a la luz de los términos del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario que haya

¹⁸¹ Cassese, *supra*, n. 2, p. 356.

¹⁸² Cf. Bassiouni, *supra*, n. 178, p. 245.

¹⁸³ Conc. Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, pp. 27–8. *Vid.* también § 7 del *Völkerstrafgesetzbuch* (*infra*, n. 294), que sólo exige “un ataque generalizado o sistemático”.

¹⁸⁴ Ver Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 27-8; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 93; ambos con referencias adicionales.

¹⁸⁵ Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 270–82: “En realidad, casi todos los escritos pertinentes sobre el tema y la arrolladora práctica aparentan contradecir este requisito.” [“In fact, this requirement appears to be contradicted by almost all relevant writing on the subject and by the overwhelming practice”] (270).

¹⁸⁶ [“...one of the factors which a court can take into account to conclude that an attack was directed upon a civilian population [...]”] Mettraux, *supra*, n. 2, p. 282.

más que una tolerancia o aprobación implícita.¹⁸⁷ Si fuese de otro modo, el elemento generalizado se eliminaría del Artículo 7(1) del Estatuto toda una serie de casos en los que la entidad oculta tras estos crímenes no los fomentaría o los estimularía activamente.¹⁸⁸ Así, el Artículo 7(2)(a) del Estatuto debe *interpretarse de manera restringida*, en el sentido de que no exige una política activa por parte del Estado o de alguna organización para fomentar y/o estimular los crímenes, sino que sea suficiente que los tolere, al menos en la opción generalizada.

II. Dirigido contra cualquier población civil

Este requisito es una reminiscencia del legado de los crímenes de guerra a los crímenes contra la humanidad.¹⁸⁹ La referencia a la *población* es idéntica al elemento del ataque en cuanto a que implica una multiplicidad de víctimas y se descartan actos aislados y casuales.¹⁹⁰ Sin embargo, se añade algo nuevo, ya que se hace referencia a “un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como consecuencia de otras características en común.”¹⁹¹ No obstante, este elemento adicional no debe interpretarse en un sentido demasiado restringido, exigiendo, por ejemplo, que se tenga en la mira a una población de forma indiscriminada y no selectiva.¹⁹² Ello entraría en conflicto con algunos de los delitos fundamentales, que en la práctica se han cometido selectivamente. Piénsese, por mencionar un caso, en las desapariciones de personas en Sudamérica o en las persecuciones de la oposición política en el mismo continente, así como en Asia y África.

El calificador “cualquier” pone en claro que las víctimas pueden tener la misma nacionalidad que sus agresores; es decir que los crímenes contra la humanidad no están limitados, como los de guerra, a los

¹⁸⁷ Cf. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement of 24 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 552, 555, donde se exige tolerancia, “aprobación implícita o apoyo” [“implicit approval or endorsement...”]. Conf. asimismo Cassese, *supra*, n. 2, pp. 375-6; Gil Gil. “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm. 12, 2000, pp. 381, 385-386; Boot, *supra*, n. 22, par. 462; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, pp. 22 y ss., quien hace una interpretación teleológica.

¹⁸⁸ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 33.

¹⁸⁹ Bassiouni, *supra*, n. 178, pp. 18 y ss. Ver también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 299-301, quien señala las diferencias entre ambos tipos de crímenes.

¹⁹⁰ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 21–22, con referencias adicionales.

¹⁹¹ [“...a self-contained group of individuals, either geographically or as a result of other common features”]. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 255; también en la 250: no sólo “un grupo de individuos interrelacionados de manera indefinida” [“...a loosely connected group of individuals ...”].

¹⁹² Mettraux, *supra*, n. 2, p. 255.

cometidos contra los nacionales de un Estado extranjero.¹⁹³ Los actos deben estar “dirigidos contra” la población, *i. e.*, ésta debe ser “el objetivo principal del ataque”¹⁹⁴

La relación con las leyes de guerra es aún más obvia en el caso del requisito de que la víctima tenga que ser un *civil*.¹⁹⁵ Existe un acuerdo general en cuanto a que la definición de este término en el Derecho Humanitario sirve como guía, o al menos como punto de partida, para los crímenes contra la humanidad cometidos durante un *conflicto armado*. En consecuencia, en esta situación los civiles son todos combatientes en el sentido del Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra. Más concretamente, y siguiendo la definición de la Sala de Primera Instancia *Blaskic*, un civil es cualquier persona que ya no sea un combatiente activo en la “situación específica” del momento en que se comete el crimen,¹⁹⁶ lo cual comprende a los ex combatientes y ex miembros de movimientos de resistencia que “ya no toman parte en las hostilidades [...]”¹⁹⁷ Asimismo, los miembros de la policía pueden incorporar en esta lista, en virtud de que ellos están a cargo del orden *civil* y, como tales, son no combatientes.¹⁹⁸ La situación es sin embargo diferente *en tiempos de paz*, porque entonces el Derecho Humanitario no es aplicable y, por consiguiente, el Derecho relativo a los crímenes contra la humanidad debe brindar una protección más amplia.¹⁹⁹ Puesto que no hay “combatientes” durante los tiempos de paz, no tendría sentido ceñirse a la definición del Derecho Humanitario del término “civil” y marginar a los combatientes del ámbito de aplicación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, todos, la policía incluida,²⁰⁰ son “civiles” y pueden ser víctimas de los crímenes mencionados. Sólo una definición tan general toma en cuenta de forma suficiente el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad, *i. e.*, la protección penal de los derechos humanos de *todos* los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, una definición tan amplia permite que los Tribunales, por lo menos en tiempos de paz, superen la innecesaria y dañina restricción del delito mediante la introducción del elemento “civil”. Es obvio que esta definición no puede transferirse fácilmente a la situación de un conflicto armado, pues, en ese caso, la definición derivada del Derecho Humanitario y la existencia de combatientes hace difícil, si no imposible, emplear una definición que en realidad hace caso omiso del texto de los instrumentos internacionales. Lo

¹⁹³ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 22, con más referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 254, 256, 299–300; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7.

¹⁹⁴ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra* n. 179, par. 421. Véase también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 247 y 253, con referencias adicionales.

¹⁹⁵ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 22-6. Para un buen análisis, consúltese Swaak-Goldman, *supra*, n. 176, pp. 154–155.

¹⁹⁶ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214.

¹⁹⁷ [“...[are] no longer taking part in the hostilities”] *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214. Ver también Cassese, *supra*, n. 2, p. 375; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 13. Para la jurisprudencia más amplia del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 2, con referencias.

¹⁹⁸ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 25.

¹⁹⁹ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 24, con referencias.

²⁰⁰ Se pronuncia en contrario *Prosecutor vs. Kayishema* par. 127; Mettraux coincide con el juicio, *supra*, n. 2, p. 257.

mejor que puede hacerse es recurrir a la definición extensa²⁰¹ adoptada por los Tribunales, que, *inter alia*, implica que el carácter de una población predominantemente civil no se ve alterado por “la presencia de algunos no civiles en ella”.²⁰² Por último, el único remedio eficaz para la situación en la que existe un conflicto armado es suprimir la palabra “civil” lo más pronto posible del Artículo 7 del Estatuto.

III. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto

No cabe duda que debe existir un vínculo entre los hechos delictivos individuales y el contexto de un ataque generalizado o sistemático. El texto del encabezado del Artículo 3 del Estatuto del TPIR y el Artículo 7(1) del de Roma estipulan que el hecho delictivo enumerado debe ser “*cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático*” (cursivas del autor). El Artículo 5 del Estatuto del TPIY dispone que una persona es responsable “de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado [...]”²⁰³.

Los actos individuales fundamentales deben formar *parte* del ataque en general. Deben ser “parte de un patrón de crímenes generalizados y sistemáticos dirigidos contra una población civil”.²⁰⁴ Este requisito del nexo descarta los actos aislados, como el asesinato de un solo miembro del grupo, elegido como víctima, en el lugar donde ha sido exiliado, ambos se encuentran demasiado lejos del centro del ataque. No obstante, no excluye, como se señaló con anterioridad, actos únicos *per se*, si sólo forman parte del ataque general. En otros términos: perpetrar un solo acto fundamental puede constituir un crimen contra la humanidad si se ajusta al modelo de una comisión generalizada o sistemática.²⁰⁵ La jurisprudencia exige dos “elementos” en relación con el nexo. Por una parte, “los crímenes deben cometerse en el contexto de crímenes generalizados o sistemáticos contra una población civil” (elemento material); por la otra, “el acusado debió

²⁰¹ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 22, con referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 256-257, con nota al pie de la página 91.

²⁰² [“...the presence of certain non-civilians in their midst”]. Véanse las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 26, con n. 124; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 257 con n. 95.

²⁰³ Texto en castellano del boletín Oficial de España (BOE), última revisión del 30-11-2000 (Resol. 1329/2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, publicado en BOE del 15 marzo 2001, núm. 64 [pág. 9611]; rect. BOE 3 abril 2001, núm. 80 [pág. 12381].

²⁰⁴ [“...part of a pattern of widespread and systematic crimes directed against a civilian population”]. *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement of 15 July 1999 (IT-94-1-A), par. 248, 255. Ver también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 251-252, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 10; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 35-36.

²⁰⁵ *Prosecutor vs. Mrksic*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of Rules of Procedure and Evidence, 3 April 1996 (IT-95-13^a-R61), pars. 29–30; *Prosecutor vs. Tadic*, Opinion and Judgement, 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 649; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 135; *Prosecutor vs. Kupreskic, et al.*, *supra*, n. 186, par. 550, *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 182, par. 417; *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Judgement of 26 February 2001 (IT-95-4/2-T), par. 178, *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 82. *Vid.* Asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 251, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 9; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 32.

haber *sabido* que sus actos ‘se ajustaban a dicho patrón’ (elemento mental).²⁰⁶ Los elementos adicionales se consideran irrelevantes. En cuanto al elemento material – para el elemento mental, véase *infra* 4 –, ambos Tribunales *ad hoc* aclararon que no es preciso que el delito fundamental constituya el ataque:²⁰⁷

*“no es preciso que los crímenes contengan los tres elementos del ataque [...], pero deben formar parte del mismo.”*²⁰⁸

*“Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de una acumulación de actos de violencia que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a naturaleza y gravedad.”*²⁰⁹

Una definición más exacta del vínculo necesario puede provenir del *fundamento* de los crímenes contra la humanidad, que consiste en la protección de los peligros particulares de los múltiples crímenes respaldados por las autoridades, o sin que éstas se opongan a las mismas. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto fue parte del ataque es preguntar si aquél habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política.²¹⁰

A diferencia del crimen de genocidio, no es necesario que la víctima del acto individual de un crimen contra la humanidad sea miembro de un grupo que esté específicamente en la mira de los criminales. La persecución penal sólo necesita probar que la víctima fue el blanco de aquéllos como parte de un ataque

²⁰⁶ [“...the crimes must be committed in the context of widespread or systematic crimes against a civilian population ...”] y [“...the accused must have *known* that his acts, ‘fitted into such a pattern’]. *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 202, par. 187; *Prosecutor vs. Tadic*, A. Ch. Judgement, *supra*, n. 202, pars. 248, 255; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 186, par. 556.

²⁰⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 417, *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement of 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 85; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 202, par. 248; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 82.

²⁰⁸ [“[t]he crimes themselves need not contain the three elements of the attack [...], but must form *part of* such an attack”]. *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 135.

²⁰⁹ [“It is sufficient to show that the act took place in the context of an accumulation of acts of violence which, individually, may vary greatly in nature and gravity”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 419.

²¹⁰ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2 at 36. Para ejemplos en los que éste no es el caso, véase Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 251, 252.

contra una población civil.²¹¹ Es innecesario “demostrar que las víctimas tengan relación con cualquier bando del conflicto”.²¹² Por último, el autor puede ser también miembro del grupo perseguido.²¹³

IV. *La mens rea*

A partir del texto del Estatuto de la CPI (“conocimiento del ataque”), queda claro que cada autor debe *saber* que existe un *ataque* contra la población civil. Debe saber, además, que su acto individual forma parte de aquél. Ambos elementos se tratan por lo general de forma conjunta y concurrente.²¹⁴

Por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento en crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que sólo se refiere al “ataque” y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad.²¹⁵ Pero, por otro lado, no es tan claro si para la determinación del requisito del conocimiento deba tomarse en consideración el elemento mental general, tal como se codifica ahora en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI, en particular cuando se define el requisito mencionado en el párrafo 3. Si tal fuera el caso, esto es, si uno concibe el requisito del conocimiento no como un elemento subjetivo o mental específico de los crímenes contra la humanidad, sino sólo como la *expresión de un requisito de intención general*,²¹⁶ el Artículo 30(3) del Estatuto sería aplicable y el autor necesitaría tener “conciencia” del ataque.

Si, por otro lado, uno considera que este requisito es un *elemento subjetivo específico* de los crímenes contra la humanidad que debe definirse en base al Derecho Consuetudinario Internacional e independientemente de la definición general asentada en el Artículo 30(3) del Estatuto mencionado,²¹⁷ uno llega a una definición más amplia del conocimiento, como la que desarrolló la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Mientras que la Sala de Apelaciones *Tadic* todavía hablaba de conocimiento del ataque, sin dar una calificación ulterior del requisito,²¹⁸ la Sala de Primera Instancia *Blaskic* introdujo lo que podría denominarse un “*enfoque orientado al riesgo*”. Por consiguiente, el conocimiento también incluye la conducta de una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause

²¹¹ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 256, pone el ejemplo de un alemán al que arrestan o torturan por esconder a un amigo judío durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando él haya sido parte del objetivo, la población judía.

²¹² [“...to demonstrate that the victims are linked to any particular side of the conflict”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 423; *Prosecutor vs. Akayesu*, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4-A), par. 437.

²¹³ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 256.

²¹⁴ Por ejemplo, Boot, *supra*, n. 22, par. 467; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 261–263.

²¹⁵ Ver asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 254.

²¹⁶ Cf. Ambos, *supra*, n. 71, p. 774.

²¹⁷ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

²¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement, *supra*, n. 202, par. 271.

perjuicios.²¹⁹ Este planteamiento fue confirmado en fecha muy reciente por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac*,²²⁰ al dar por bueno el punto de vista de la Sala de Primera Instancia de que el autor debe “arriesgarse a que su acto forme parte del ataque.”²²¹

A primera vista, parecerían incompatibles estos dos criterios, el del conocimiento en el sentido del Artículo 30(3) del Estatuto y el del enfoque orientado al riesgo. Se ha dicho ciertamente que en el conocimiento, tal como lo entiende el Artículo mencionado, no está comprendida la conciencia de un simple riesgo.²²² Por lo tanto, si uno considera el requisito del conocimiento en los crímenes *contra* la humanidad como un requisito de intención general, el enfoque orientado al riesgo no sería aplicable. Sólo serviría entonces para invocar la fórmula “Salvo disposición en contrario” del Artículo 30 del Estatuto y para sostener que el requisito del conocimiento en los crímenes contra la humanidad es una *lex specialis* y, como tal, deroga la *lex generalis* del Artículo 30 (3) del Estatuto antes indicado.²²³

Con todo, podría existir otra manera de reconciliar las interpretaciones aparentemente contradictorias del requisito del conocimiento. Uno podría *redefinir el* Artículo 30(3) de este Estatuto a la luz del enfoque orientado al riesgo. Esto querría decir que el conocimiento, como elemento mental general, debe entenderse siempre en el sentido de una conciencia del riesgo de la propia conducta. Dicho de modo más concreto: estar consciente del riesgo de que una conducta podría generar una circunstancia que convertiría el acto en un crimen internacional. Tal interpretación tendría el apoyo de la ya mencionada teoría cognitiva, en virtud de que ésta concibe el dolo como conocimiento del riesgo de que cierta conducta llevará a la comisión de cierto delito.²²⁴ El enfoque orientado al riesgo se complementa con el criterio del “*conocimiento constructivo*”, el cual, según la jurisprudencia, forma parte de la definición del conocimiento.²²⁵ Este concepto tan discutible imputa conocimiento con base en ciertos indicios y constituye los criterios de negligencia como ceguera voluntaria²²⁶ y el de “debería haber sabido” (doctrina de la responsabilidad del superior).²²⁷ Si bien se reconoce en general el uso de ciertos indicios para deducir conocimiento en la ley de la prueba, al igual que una técnica necesaria para demostrar un elemento mental (específico), los cuales han sido adoptados

²¹⁹ [“...also includes the conduct of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury”]. *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 254, al citar a Desportes y Gunehec en la nota al pie de la página 483.

²²⁰ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 102; conc. *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 37.

²²¹ [“...take the risk that his act is part of the attack”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 434. Véase asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 261.

²²² Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

²²³ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

²²⁴ Véase Frisch, *supra*, n. 96, pp. 341 y ss. (341: “Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko [...]”).

²²⁵ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 38, con referencias en la nota al pie de la página 178.

²²⁶ Ver *R. vs. Finta* [1994] S.C.R. pp. 701, 812; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 38-39.

²²⁷ *Vid.* Ambos *supra*, n. 73, pp. 696–697, 699–700; *id.*, en Cassese, *supra*, n. 2, 823, pp. 864 y ss.

también por los Tribunales *ad hoc*,²²⁸ no debe confundirse esta técnica con la “construcción” del conocimiento atendiendo a simples suposiciones y sospechas. Una imputación semejante de un conocimiento objetivamente no existente opera sobre una base ficticia y viola el principio de la culpabilidad. Mas ciudadano es necesario por el criterio generalmente insuficiente que aplican los Tribunales en relación con *el conocimiento* exigido. El autor no necesita conocer ni los detalles del ataque ni los detalles de la política o del plan implícito.²²⁹

II Los actos individuales

I. El estado mental exigido para los hechos delictivos individuales

Además del elemento subjetivo general, como se define en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI, no existe otro requisito mental en cuanto a los hechos delictivos individuales de los crímenes contra la humanidad. Desde la resolución de la Sala de Apelaciones en *Tadic*, es particularmente evidente que no es necesario que los crímenes contra la humanidad se cometan con una *intención discriminatoria*.²³⁰ Esto se aplica también al Artículo 3 del Estatuto del TPIR, puesto que la referencia a ciertos motivos discriminatorios puede interpretarse como una caracterización del ataque más bien que de la *mens rea* del autor.²³¹ La única categoría en la que la discriminación constituye un elemento integral de la conducta prohibida es el crimen de “persecución”.

Por la misma razón, los *motivos* del acusado (como algo diferente de la intención) no forman parte en principio del elemento mental.²³²

²²⁸ Confróntese Mettraux, *supra*, n. 2, p. 262, con nota al pie de la página 124 y *supra* A.III. 1. c.).

²²⁹ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 218, pars. 102-104. Véase asimismo Ambos, *supra*, n. 71, pp. 774 y ss; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 41–42, ambos con referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 262 con nota al pie de la página 123; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 15.

²³⁰ *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, par. 305. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 43–45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268–269; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 16; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160 y ss.; Cassese, *supra*, n. 2, p. 369.

²³¹ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 81; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 211, pars.467–469. La C. de Ap. *Akayesu* sostuvo, sin embargo, que “Artículo 3 restringe la jurisdicción del Tribunal a crímenes contra la humanidad cometidos [...] por motivos de discriminación” [“...Article 3 restricts the jurisdiction of the Tribunal to crimes against humanity committed [...] on discriminatory grounds ...”] (par. 469). Confróntese igualmente Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 44.

²³² *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, pars. 270, 272; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 558 (donde se hace la observación de que el asunto “no se impugnó”); *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 433, *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 204, par. 187, *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 37; ver asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268–269; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160–164, Gómez-Benítez, *supra*, n. 8, p. 151.

II. Los actos individuales

a) Asesinato (Murder)

El Artículo 7(2) del Estatuto de Roma no explica el término “asesinato” (*murder*). Se tenía por un concepto bastante bien entendido en todos los sistemas jurídicos, y no parecía precisar una elaboración ulterior.²³³ Con todo, los sistemas jurídicos nacionales sí varían hasta cierto punto en relación con los detalles doctrinales.²³⁴ Según Bassiouni, la práctica estatal lo define *largo sensu* como si en su significado estuviera incluida la creación de condiciones que ponen en peligro la vida hasta causar probablemente la muerte según la experiencia humana razonable.²³⁵ Así, el asesinato contiene una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que el Derecho Consuetudinario rotula como asesinato calificado y preterintencional y que el sistema romanista civilista germánico considera como asesinato con *dolus* (*Vorsatz*) y asesinato con *culpa* (*Fahrlässigkeit*).²³⁶

La jurisprudencia define el asesinato con tres condiciones: la primera, es la muerte de la víctima; la segunda, es que su muerte haya sido consecuencia de un acto del acusado, y la tercera, es que el acusado haya tenido la intención de matarla o de causarle daños corporales intensos con el conocimiento razonable de que su ataque probablemente ocasionaría su muerte.²³⁷ Si bien se ha polemizado un tanto en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* en lo referente al significado que ha de atribuirse a la discrepancia entre el uso de la palabra “murder” en el texto en inglés del Estatuto y el uso de la palabra *assassinat* en el texto francés, ahora ha quedado establecido que no se requiere premeditación.²³⁸

²³³ Robinson. “The Elements of Crimes against humanity”, en Lee (ed.). *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 80.

²³⁴ Para un análisis de las diferencias, *vid.* Heine y Vest, en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 175, 176–182.

²³⁵ Bassiouni, *supra*, n. 179, p. 300-302.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 589; *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra*, n. 187, par. 560, *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 217; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 80; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 215, *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 205.

²³⁸ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 205, par. 235; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, pars. 587–589; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 79; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, pars. 214–215; *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 35, 51; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 216; en desacuerdo: *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 140; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 561.

b) Exterminio

El “exterminio” se define en el Artículo 7(2)(b) del Estatuto de Roma de suerte que el término abarca la imposición deliberada de condiciones de vida tales como la privación del acceso a comida y medicinas, con la finalidad de causar la destrucción de una parte de la población.²³⁹ Según la Sala de Primera Instancia *Akayesu* “el exterminio es un crimen que, por su misma naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos”. Difiere del asesinato en que exige un elemento de destrucción masivo que no se requiere para el crimen de asesinato²⁴⁰ A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio por cuanto ambos crímenes están dirigidos contra una gran cantidad de víctimas. Sin embargo, a diferencia del último, en el exterminio como crimen contra la humanidad existen situaciones en las que se mata a un grupo de individuos que no tienen ninguna característica en común. También se aplica a situaciones en las que se asesina a algunos miembros de un grupo, mientras que otros son personados.²⁴¹ Un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto.²⁴² Si bien el exterminio comporta por lo general una gran cantidad de víctimas, no es necesario que se elimine a una proporción especificada de la población que se haya elegido.²⁴³ En contraste con el simple asesinato, el efecto combinado de una vasta iniciativa asesina y la participación del acusado en ella es lo que otorga al crimen su especificidad y su carácter distintivo.²⁴⁴

²³⁹ En *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 144 los elementos del exterminio se especificaron más. “El agente forma parte en el asesinato masivo de otros o en la creación de condiciones de vida que lleven a una masacre mediante su(s) acto(s) u omisión(es), habiendo tenido en mente el asesinato, o siendo imprudente o excesivamente negligente en cuanto a la posibilidad de tal masacre, y estando consciente de que su(s) acto(s) u omisión(es) forma(n) parte de tal suceso. En este último, su(s) acto(s) u omisión(es) forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas” [“The actor participates in the mass killing of others or in the creation of conditions of life that lead to mass killing of others, through his act(s) or omission(s); having intended the killing, or being reckless, or grossly negligent as to whether the killing would result; and being aware that his act(s) or omission(s) forms part of a mass killing event; where, his act(s) or omissions(s) forms part of a widespread or systematic attack against civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds...”]

²⁴⁰ [“...[e]xtermination is a crime which by its very nature is directed against a group of individuals. Extermination differs from murder in that it requires an element of mass destruction which is not required for murder”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 591.

²⁴¹ *Cf. 1996 ILC Report*, *supra*, n. 39, p. 97

²⁴² Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 284–5; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6 pars. 146–147. Este punto de vista se encuentra sustentado por el texto del Art. 7(1)(b) de los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24. sin embargo, véase ahora *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, pars. 227–229, donde se declara “que la Sala de Primera Instancia *Kayishema and Ruzindana* omitió proporcionar cualquier procedimiento estatal para respaldar su resolución al respecto, con lo que debilitó considerablemente el valor de ésta como precedente” [“...that the *Kayishema and Ruzindana* Trial Chamber omitted to provide any state practice in support of its ruling on that point, thereby very much weakening the value of its ruling as a precedent...”]. (Nota al pie de la página 586).

²⁴³ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 285, al criticar *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, pars. 501–503, aunque evidentemente malinterpreta el caso.

c) Esclavitud

El elemento principal de la definición de “esclavitud” es el derecho de propiedad ejercido por una persona sobre otra (Artículo 7(2)(c)). La Sala de Primera Instancia en el caso *Kunarac* observó que “la esclavitud como crimen contra la humanidad en el Derecho Consuetudinario Internacional, constaba del ejercicio de cualquiera o de todos los poderes vinculados al derecho de posesión de una persona”.²⁴⁵ Entre los indicios de la esclavitud podemos incluir los siguientes: “control de los movimientos de una persona, de su ambiente físico, control psicológico, medidas para impedir que escape, la fuerza, la amenaza de fuerza o coerción, el cautiverio, la afirmación de exclusividad, el sometimiento a un trato y a un abuso crueles, el control de la sexualidad y el trabajo forzado”.²⁴⁶ *El simple poder* de comprar, vender, traficar o heredar a una persona, su trabajo o sus servicios es insuficiente, pero tales actividades, si en verdad tienen lugar, podrían ser un factor importante.²⁴⁷

La Sala de Apelaciones se apega a esta definición y subraya que “no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud comprendidas en el desarrollo de la idea original.”²⁴⁸ Además, considera que la falta de consentimiento de las víctimas no es un elemento del crimen, ya que la esclavitud fluye de los derechos reclamados de propiedad.²⁴⁹ La *mens rea* exigida consta del ejercicio deliberado de un poder ligado al derecho de propiedad.²⁵⁰

d) Deportación o traslado por la fuerza

De acuerdo con la definición proporcionada en el Artículo 7(2)(d) del Estatuto de Roma, la “deportación o [el] traslado forzoso de población” se refiere al desplazamiento forzado de personas, sin fundamentos autorizados por el Derecho Internacional, mediante la expulsión u otros actos coercitivos del área donde se

²⁴⁴ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 285.

²⁴⁵ [“...enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 539.

²⁴⁶ [“...the control of someone’s movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, 194, par. 543; véase también *Prosecutor vs. Krnojelac*, Judgement of 15 March 2002 (IT-97-25-T), par. 350.

²⁴⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 543.

²⁴⁸ [“...it is not possible exhaustively to enumerate all of the contemporary forms of slavery which are comprehended in the expansion of the original idea”]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 119.

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 120.

²⁵⁰ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 540; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 122; *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, n. 246, par. 350.

encuentran presentes legalmente. La resolución del procedimiento según la Regla 61 en *Nicolic* indicó que las condiciones de tal mudanza podrían transformarla de legal en ilegítima y posiblemente en penal.²⁵¹

Mientras que el término “deportación” connota que se lleva a varias personas más allá de sus fronteras nacionales, el “traslado forzoso” tiene que ver con desplazamientos dentro de un mismo Estado.²⁵² No obstante, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstic* sostuvo que este crimen (que no está amparado por el Art. 5(d) del Estatuto del TPIY) “en las circunstancias del presente caso, aún constituye una forma de trato inhumano previsto en el Art. 5” ((i) Estatuto del TPIY).²⁵³

e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad

Si bien la Sala de Primera Instancia declaró en el caso *Kordic* que para el encarcelamiento se requiere la misma conducta que para el crimen de guerra de privación ilícita de la libertad,²⁵⁴ la Sala de Primera Instancia *Krnjelac* consideró que “the definition of imprisonment is not restricted by the grave breaches provisions of the Geneva Conventions”.²⁵⁵ No obstante, concluyó que la privación de la libertad de un individuo sólo es arbitraria si se lo imponen sin el debido proceso legal de acuerdo con los instrumentos internacionales pertinentes. Cuando se analizan éstos, ambas sentencias llegan finalmente al mismo resultado.²⁵⁶ Por lo tanto, el encarcelamiento es la arbitraria privación de la libertad del individuo sin el debido proceso legal, *i.e.*, si no puede recurrirse a ningún fundamento jurídico para justificar la privación de la libertad inicial.²⁵⁷ Si se invoca el Derecho Nacional como justificación, las disposiciones al respecto no deben violar el Derecho Internacional.²⁵⁸

²⁵¹ *Prosecutor vs. Nicolic, supra*, n. 180, par. 23; véase asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 60.

²⁵² Clark, *supra*, n. 166, p. 148; *Prosecutor vs. Krstic., supra*, n. 19, pars. 531–532.

²⁵³ [“...in the circumstances of this case, still constitutes a form of inhumane treatment covered under Article 5”]. *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 19, par. 532. Ver también *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, n. 187, par. 566. Sin embargo, *Prosecutor vs. Nicolic, supra*, n. 180, par. 23 declaró que el transporte ilegal de personas arrestadas del campo de Susica a Batkovic podría caracterizarse como deportación, aun cuando ambos lugares se hallan en el mismo país (Bosnia y Herzegovina).

²⁵⁴ *Prosecutor vs. Kordic, supra*, n. 204, pars. 301–302.

²⁵⁵ [“... la definición del encarcelamiento no está restringida por las normas de las graves infracciones a las disposiciones de los Convenios de Ginebra”.] *Prosecutor vs. Krnjelac, supra*, n. 246, par. 111.

²⁵⁶ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 63.

²⁵⁷ [“...deprivation of liberty of the individual without due process of law, *i. e.*, if no legal basis can be called upon to justify the initial deprivation of liberty”]. *Prosecutor vs. Kordic, supra*, n. 204, par. 302; *Prosecutor vs. Krnjelac, supra*, n. 246, par. 114.

²⁵⁸ *Prosecutor vs. Krnjelac, supra*, n. 246, par. 114.

Las garantías de procedimiento del Derecho de Ginebra, así como las disposiciones del ICCPR²⁵⁹ sobre el *proceso justo* se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad como para la revisión subsiguiente.²⁶⁰ Si en cualquier momento el fundamento legal deja de ser aplicable, la privación de la libertad que al principio era legal puede volverse ilícita en ese momento y considerarse como encarcelamiento arbitrario.²⁶¹ Vale la pena mencionar que el *Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos* ha señalado que la privación de la libertad se torna ilegal si se impone sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos.²⁶² De este modo, el encarcelamiento o alguna otra privación importante de la libertad que viole los principios fundamentales del Derecho Internacional comprende las violaciones de los derechos humanos caracterizados por el encarcelamiento arbitrario.²⁶³

Aunque en *Krnjelac* y *Kordic* no se exige de manera expresa, la privación de la libertad, para ser criminal, debe ser *grave* según el Derecho Internacional. Esto se desprende de la formulación en el Artículo 7(1)(e) del Estatuto de la CPI “Encarcelación u *otra* privación *grave* de la libertad”.²⁶⁴

f) Tortura

“Tortura” significa, según la interpretación del Artículo 7(2)(e) del Estatuto de Roma, la imposición intencional de dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado. Sin embargo, no se considerará tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga de, o sea inherente o incidental a sanciones lícitas. La expresión “dolor o sufrimientos graves” transmite la idea de que solamente los actos de *considerable gravedad* pueden tenerse por tortura.²⁶⁵ Aun cuando esta definición añade un supuesto requisito de *control*,²⁶⁶ la jurisprudencia exige un *propósito específico*, es decir, el acto debe dirigirse hacia la obtención de información o de una confesión, o para castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, o para discriminar, la víctima o una tercera persona con base en cualquier fundamento.²⁶⁷ Sin embargo, no es indispensable que tal conducta se perpetre única o

²⁵⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 UNTS 171.

²⁶⁰ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 63–64.

²⁶¹ *Prosecutor vs. Krnjelac*, *supra*, n. 246, par. 114.

²⁶² Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, UN Doc. E/CN.4/1998/44, Annex I, par. 8.

²⁶³ Clark, *supra*, n. 166, p. 148.

²⁶⁴ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 65.

²⁶⁵ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, n. 268, pars. 461–469; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 289.

²⁶⁶ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 67.

²⁶⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 497; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 594; *Prosecutor vs. Furundzija*, Judgement of 10 December 1998 (IT.95-17-T) par. 162.

predominantemente por uno de los fines prohibidos, sino que éstos sólo necesitan formar parte de la motivación de la conducta.²⁶⁸

El requisito de un propósito específico debe rechazarse. Se omitió deliberadamente en el Estatuto de Roma, así como en el Artículo 7(1)(f) de los *Elementos de los Crímenes*, en una de cuyas notas a pie de página se dice: “Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen”.²⁶⁹ Esto concuerda con un juicio reciente de la Corte Suprema Alemana, según la cual la tortura es la imposición del “... sufrimiento físico o mental más intenso...” y no requiere un propósito adicional, sino sólo la intención de infligir el trato mencionado.²⁷⁰ Como consecuencia, la tortura no requiere ningún propósito (adicional) o una intención especial que vaya más allá de la mera intención de provocar un dolor intenso.²⁷¹

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución y embarazo forzados o esterilización obligada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

De acuerdo con su definición en el Artículo 7(2)(f) del Estatuto de Roma, el “embarazo forzado” significa el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. El Artículo recién citado establece, además, que esta definición no deberá interpretarse en modo alguno como si perjudicara la legislación nacional relativa a la preñez. Las expresiones “violación”, “esclavitud sexual”, “prostitución forzada”, “esterilización obligada”, “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” no han sido definidas en el Artículo.²⁷²

Las Salas de ambos Tribunales *ad hoc* distinguen entre una definición *conceptual* y una *mecánica* de la violación. Algunos consideran

“que la violación es una forma de agresión y que los elementos medulares de este crimen no pueden captarse en una descripción mecánica de objetos y partes corporales. La Convention against Torture (...) no registra actos específicos en su definición de la tortura, sino que más bien atiende a la estructura conceptual de la violencia autorizada por el Estado. Este enfoque es más útil para el Derecho Internacional”²⁷³

²⁶⁸ *Prosecutor vs. Kunarac, supra*, n. 179, par. 486; *Prosecutor vs. Delalic*, Judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T), par. 470; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 290.

²⁶⁹ *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, Art. 7(1)(f), n. 14.

²⁷⁰ Juicio del 21 February 2001 (*Sokolovic*) – 3 StR 372/00, 4. d) aa) = *NStZ* 2001, pp. 658 (661)

²⁷¹ Cf. Ambos, “Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht”, en *NStZ*, 2001, pp. 628 (632).

²⁷² Estos actos se definen en los *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24.

²⁷³ [“that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Convention against Torture (...) does not catalogue specific

Por consiguiente, la violación fue definida como

“una invasión física de naturaleza sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual en la que se inserta la violación se considera como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas.”²⁷⁴

La Sala de Primera Instancia *Furundzija* sostuvo “que los siguientes pueden tenerse por los elementos objetivos de la violación:

- (i) La penetración sexual, aunque sea superficial:
 - (a) De la vagina o el ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por él; o
 - (b) De la boca de la víctima por el pene del autor;
- (ii) Mediante la coerción, la fuerza o la amenaza de fuerza a la víctima o una tercera persona.”²⁷⁵

La Sala de Primera Instancia adoptó en el caso *Kunarac* este punto de vista con respecto a los elementos señalados en (i), pero indicó que en (ii) sólo era necesario que

“esta penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Para este fin, su consentimiento debe darse de forma voluntaria, como consecuencia de su libre albedrío, y ello se evaluará según el contexto de las circunstancias del entorno”²⁷⁶

acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual framework of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law”]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 597; *Prosecutor vs. Delalic, supra*, n. 268, pars. 478–4799; *Prosecutor vs. Musema, supra*, n. 29, pars. 220–229.

²⁷⁴ [“a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive”]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 598; *Prosecutor vs. Delalic, supra*, n. 268, pars. 478–9; *Prosecutor vs. Musema, supra*, n. 29, pars. 220–9.

²⁷⁵ [“...that the following may be accepted as the objective elements of rape:

- (i) The sexual penetration, however slight:
 - (a) Of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
 - (b) Of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
- (ii) By coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”.]

Véase *Prosecutor vs. Furundzija, supra*, n. 267, par. 185. El Artículo 7(1)(g)-1 de los *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, sigue esta definición “mecánica”.

²⁷⁶ [“...such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances”].

Así, el consentimiento se considera evidentemente como un elemento del *actus reus* y no como una justificación. Esto corresponde a la distinción alemana entre *Einverständnis* y *Einwilligung*,²⁷⁷ de acuerdo con la cual el primer término elimina el *actus reus* y el último la ilicitud del acto. La diferenciación tiene consecuencias sustantivas y procesales. En lo concerniente a las últimas, es claro que la persecución penal debe demostrar la existencia del *actus reus*, en tanto que la carga de la prueba referente a una causal de exclusión de responsabilidad (*defence*) corresponde, como norma, a la defensa. En cuanto a la sustancia, pueden surgir problemas complejos de error. Si, tocante a la *mens rea*, sólo se exige que el autor se proponga llevar a efecto la penetración sexual y que también actúe a *sabiendas* de que no tiene el consentimiento de la víctima,²⁷⁸ él puede invocar un error de hecho si creyó que la víctima consintió en tener relaciones sexuales con él. Este error negaría el elemento mental dentro del significado del Artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, ya que el autor carecería del conocimiento necesario relativo a un elemento del *actus reus*. Por otra parte, podría considerarse el consentimiento como una defensa respecto de cuyos elementos objetivos el autor pudiera equivocarse al creer que la víctima consiente, o, más exactamente, como una excusa válida y justa (*Erlaubnissachverhaltsirrtum* = justificación putativa).²⁷⁹ Según sea la teoría a la que uno se adhiera, esto o bien negaría el elemento mental o solamente la culpabilidad de la conducta.²⁸⁰ En la primera situación, el autor quedaría exento de castigo, según el Artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, mientras que en la última, el error sería irrelevante de acuerdo con el principio *error iuris*, contenido en el Artículo 32(2) del mismo Estatuto.²⁸¹ Con todo, podría presentarse otra situación, si el autor ignora el requisito del consentimiento (o otra causal de exclusión de responsabilidad); esto constituiría un error de Derecho irrelevante (Art. 32(2) del Estatuto).

h) Persecución

La persecución se define en el Artículo 7(2)(g) del Estatuto de Roma como la privación intencional y grave de derechos fundamentales, en contravención del Derecho Internacional, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. Según la jurisprudencia,

Prosecutor vs. Kunarac, supra, n. 179, par. 460. El Artículo 7(1)(g)-1(2) de los *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, exige "Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción [...] o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento".

²⁷⁷ Cf. (crit.) Roxin, *Strafrecht Allgemeine*, Teil I, 3ª ed. 1997, § 13, mn. 1 y ss.

²⁷⁸ *Prosecutor vs. Kunarac, supra*, n. 179, par. 460.

²⁷⁹ Cf. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 158 y s (159-60).

²⁸⁰ El punto de vista correcto es tratar la *Erlaubnissachverhaltsirrtum* como un error de hecho; al respecto, ver Ambos, *supra*, n. 71, pp. 808 y ss.

²⁸¹ Crítica del Art. 32(2) en Ambos, *supra*, n. 71, pp. 822-824.

“El crimen de persecución consta de un acto o de una omisión que

1. discrimina efectivamente y niega o infringe un derecho fundamental, formulado en el Derecho Consuetudinario Internacional o en el Derecho de los Tratados (el *actus reus*); y
2. se llevó a cabo deliberadamente con la intención de discriminar, fundándose en alguno de los motivos registrados en la lista, específicamente la raza, la religión o la política (la *mens rea*).²⁸²

Los actos persecutorios pueden asumir muchas formas y no es preciso que se vinculen a otros crímenes mencionados en las demás partes del Estatuto. Pueden constar de los actos registrados en otras subcláusulas del Artículo 5, de los actos mencionados en otras partes del Estatuto, o de actos no mencionados explícitamente en ninguna parte del mismo.²⁸³ La privación de derechos debe ser importante, *i. e.*, debe alcanzar “el mismo nivel de gravedad que los otros actos prohibidos en el Artículo 5”.²⁸⁴

El elemento adicional de la intención discriminatoria en lo concerniente a la persecución “equivale a una *intención criminal agravada (dolus specialis, dol spécial)*. En el caso de la persecución, la intención debe ser la de someter a una persona o a un grupo a la discriminación, el maltrato o el acoso, de tal suerte que a esa persona o a ese grupo se le cause gran sufrimiento o daño, aduciendo razones de orden religioso, político o de otro tipo.”²⁸⁵ Esta *mens rea* persecutoria es la característica distintiva de este ilícito que “separa el crimen de persecución de otros crímenes contra la humanidad del Artículo 5”.²⁸⁶ Ello hizo que la Sala de Primera Instancia *Kupreskic* estableciera paralelos entre el genocidio y la persecución:²⁸⁷

²⁸² “[T]he crime of persecuti on consists of an act or omission which

1. discrimates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the *actus reus*); and
2. was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the *mens rea*).

Véase *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra*, n. 170, par. 244; *Prosecutor vs. Krnojelac, supra*, n. 246, par. 431.

²⁸³ *Mettraux, supra*, n. 2, p. 292, con referencias.

²⁸⁴ “[...the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5”]. *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, n. 187, pars. 620-21; *Ambos y Wirth, supra*, n. 2, pp. 74 y ss, con referencias adicionales.

²⁸⁵ “[...amounts to an *aggravated criminal intent (dolus specialis, dol spécial)*. In the case of persecution, the intent must be to subject a person or group to discrimination, ill-treatment, or harassment so as to bring about great suffering or injury to that person or group on religious, political or other such grounds”]. *Cassese, supra*, n. 2, p. 364.

²⁸⁶ “[...sets the crime of persecution apart from dther Article 5 crimes against humanity”]. *Prosecutor vs. Kordic, supra*, n. 204, par. 212.

²⁸⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, n. 187, par. 636: ambos delitos pertenecen “al mismo *genus*”.

“Puede decirse que, desde el punto de vista de la *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y sumamente inhumana de persecución. Para decirlo con otras palabras: cuando esta última se intensifica hasta asumir formas drásticas de actos intencionales y premeditados ideados para destruir un grupo o parte de alguno, puede afirmarse que tal persecución se equipara con el genocidio”.²⁸⁸

i) Desaparición forzada de personas

El Artículo 7(2)(i) del Estatuto de Roma ofrece por primera vez una definición de las desapariciones forzadas que observa las normas mínimas de certeza jurídica. En conformidad con ello, la conducta se caracteriza por el arresto, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen se remonta a la experiencia latinoamericana, que hizo que fuera calificado como crimen contra la humanidad por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* 1994.²⁸⁹ Su inclusión en el Estatuto de Roma lo convierte en un auténtico crimen internacional. No obstante, no existe jurisprudencia en el Derecho Penal Internacional, sino sólo en el de los derechos humanos, en particular en el célebre caso *Velásquez Rodríguez* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica).²⁹⁰ Pero ésta y otras resoluciones relacionadas con los derechos humanos²⁹¹ no desarrollaron los elementos del crimen de desaparición forzada,²⁹² ni tampoco el Derecho Patrio de algunos Estados latinoamericanos (*inter alia*, Perú, Venezuela, México, Guatemala, Paraguay y Colombia) ofrece una definición convincente.²⁹³ No hace mucho que el *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (Código de derecho penal

²⁸⁸ “[I]t can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide”. Véase *ibid.*

²⁸⁹ OEA/Ser. P AG/doc. 3114/94 rev. 1.

²⁹⁰ Velásquez Rodríguez fue, junto con Godínez Cruz y Farén Garbi/Solís Corrales, el primero de tres casos en los que el Tribunal sostuvo, en la Inter-American Rights Convention, que un Estado Parte (Honduras) era responsable de la desaparición forzada de personas (Judgements of 29 July 1988, 20 January 1989, 15 March 1989, Series C, No. 4). Después de estas resoluciones siguieron otras: *Neira Alegría et al.* (Series C, No. 20); *Caballero Delgado y Santana* (22); *Garrido y Baigorria* (26); *Castillo Páez* (34); *Blake* (36); *Trujillo Oroza* (64); *Durand y Ugarte* (68); *Bámaco Velásquez* (70).

²⁹¹ Confróntense los diversos juicios del Eur. Court of Human Rights: *Kart vs. Turkey*, Judgement 25 May 1998; *Cakici vs. Turkey* Judgement 8 July 1999; *Timurtas vs. Turkey*, Judgement 13 June 2000; *Cicek vs. Turkey*, Judgement 27 February 2001; *Tas vs. Turkey*, Judgement 14 November 2001.

²⁹² Cf. Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, pp. 66 y ss. (77 y ss., 113 y ss.).

²⁹³ *Ibid.*, pp. 403 y ss.

internacional CDPI), que entró en vigor el 30 de junio de 2002,²⁹⁴ propuso la siguiente definición basada en el Artículo 7(2)(i) del Estatuto de la CPI y de los *Elements*:

“... con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley

(a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atiende sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,

(b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa”

En tanto que el inciso (a) toma la combinación de privación de la libertad y la negativa subsiguiente de dar información (veraz) como se discierne del Estatuto, el inciso (b) penaliza la simple negativa a proporcionar información inmediata o hacerlo con falsedad, pues eso implicaría una especie de colusión con el Estado o la organización responsable de la privación de la libertad.²⁹⁵ De esta forma, queda claro, a pesar de la dificultad de los detalles,²⁹⁶ que el crimen sólo puede ser cometido por agentes estatales, o con su consentimiento o aquiescencia,²⁹⁷ y que esta integrado por dos actos relacionados entre sí.

j) *El crimen del apartheid*

“El crimen del *apartheid*”, tal como lo define el Artículo 7(2)(h) del Estatuto de Roma, se refiere a los actos inhumanos de carácter semejante a los que hace referencia el párrafo 1 y que son cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos por un grupo racial sobre

²⁹⁴ *Bundesgesetzblatt* [Boletín Oficial de la RFA], I, 2002, p. 2254. Existen traducciones disponibles en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>

²⁹⁵ Cf. *Motives, Draft of the Cali*, 28 December 2001, pp. 46-7; disponible en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

²⁹⁶ Para un análisis comparativo e internacional, véase la obra de próxima aparición de Christoph Grammer, “Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen” (tesis doctoral, Universidad de Mainz, Alemania).

²⁹⁷ Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 124; Boot, *supra*, n. 22, par. 502.

cualquier otro grupo o grupos raciales y perpetrados con la intención de mantener dicho régimen.²⁹⁸ Por razones de certeza jurídica, el CDPI interpreta el crimen del *apartheid* como una modificación de los otros actos individuales contenidos en la sección 7(1) de ese mismo código. En otros términos, el autor de uno de los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad recibe una sentencia más severa si comete estos actos con la intención (adicional) de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos de un grupo racial sobre cualquier otro.²⁹⁹

k) Otros actos inhumanos

La expresión “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.” no está definida en el artículo 7(2) del Estatuto de Roma. Los *Elementos de los Crímenes*, en su artículo 7(1)(k) exigen que:

“1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

“2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.”³⁰⁰

Una nota a pie de página aclara: “Se entiende que “carácter” se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto”.³⁰¹ Los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto o la omisión debe ser de una gravedad similar a otras posibilidades, y que debe haber causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana.³⁰² Para estimar la gravedad de un acto, hay que tomar en consideración todas las circunstancias reales. Entre éstas pueden considerarse la naturaleza del acto o la omisión, el contexto en que ocurrió, las circunstancias de la víctima, incluyendo edad, sexo y salud, así como los efectos físicos, mentales y morales que el acto ejerció en ella.³⁰³ Como ejemplos de tales “otros

²⁹⁸ Sobre las diferencias de las definiciones en el Estatuto de Roma y el Artículo II de la Apartheid Convention, véase Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 116–122.

²⁹⁹ Cf. *Motives*, *supra*, n. 295, pp. 49–50.

³⁰⁰ *Elementos de los Crímenes*, *supra* n. 23.

³⁰¹ *Ibid.*, nota al pie de la página 30 del *Elemento 2* del Art. 7(k).

³⁰² *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 234; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 83 con referencias ulteriores.

³⁰³ *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 234, con referencias adicionales.

actos inhumanos” podrían mencionarse la experimentación ilegal con seres humanos y, sobre todo, la agresión violenta.³⁰⁴

C. Crímenes de guerra

I. Observaciones generales

I. Estructura del Artículo 8 del Estatuto de la CPI

El Artículo 8 del Estatuto de la CPI reconoce la existencia de los “crímenes de guerra” en conflictos armados no internacionales, y esto es ciertamente un avance.³⁰⁵ Sin embargo, la creación de la categoría de “crímenes de los conflictos armados”³⁰⁶ no implica “asimilar” los crímenes cometidos en conflictos internacionales a los cometidos en conflictos armados no internacionales.³⁰⁷ Por el contrario, el Artículo 8 del

³⁰⁴ Clark, *supra*, n. 167, p. 152, cuando se remite a Robinson. “Defining crimes against Humanity at the Rome Conference”, en *AJIL*, núm. 93, 1999, p. 43.

³⁰⁵ Zimmermann, en Triffterer (ed.). “Commentary on the Rome Statute of the 31C, Art. 8, mn. 238, 289”.

³⁰⁶ Kress. “War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice”, en *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, núm. 30, 2000, pp. 103, 132; este autor cuestiona si realmente existe una tendencia hacia la completa eliminación de la dicotomía entre crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. En la p. 132 alude a *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 (IT-94-1-AR72), par. 126, donde se manifestó que “el surgimiento de los principios generales mencionados, relativos a los conflictos armados internos, no implica que la lucha interna esté regulada por el Derecho Internacional en todos sus aspectos. Pueden distinguirse dos limitaciones especiales: (i) solamente algunas de las normas y principios que rigen los conflictos armados internacionales se han extendido gradualmente a fin de aplicarse a los internos; y (ii) esta extensión no se ha llevado a cabo bajo la forma de un trasplante completo y mecánico de tales normas a los conflictos internos, sino que la esencia general de las mismas es la que se ha hecho aplicable a los conflictos internos, y no la regulación detallada que puedan contener” [“...[t]he emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts”].

³⁰⁷ Crit. Bassiouni. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, núm. 8, 1998, pp. 199, 232-233; Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 235.

Estatuto mantiene el *enfoque dualista*, y separa los “crímenes internacionales” de los “no internacionales” en cuatro incisos (par. 2(a), (b) contra (c), (e)). Además, no suministra, como lo hacen los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, una *clausula abierta* (“tales violaciones se incluirán, mas no se limitarán a [...]”, sino que más bien presenta una *lista cerrada y exhaustiva* de los crímenes.³⁰⁸ Aunque esta técnica de codificación puede ser grata a la luz del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege certa*),³⁰⁹ tiene la desventaja de ser estática y, debido a ello, de obstaculizar la interpretación judicial para llenar supuestas lagunas en la codificación de los crímenes de guerra, especialmente los cometidos en un conflicto internacional no armado. Como consecuencia, los supuestos descuidos del Artículo 8 del Estatuto, si se comparan con el Derecho Consuetudinario Internacional,³¹⁰ sólo pueden remediarse con enmiendas al Estatuto, con arreglo al Artículo 121 y siguientes del Estatuto. Además, el Artículo 8 del Estatuto se ha restringido aún más con la introducción de un *elemento de contexto* que se desconocía con anterioridad y que se tomó de los crímenes contra la humanidad (“en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o [...] de la comisión en gran escala de tales crímenes”).³¹¹

El CDPI alemán³¹² suprime la distinción tradicional y crea una *categoría de crímenes de conflictos armados*, en la que toma en cuenta el estado actual del Derecho Consuetudinario Internacional y hace referencia en especial a las declaraciones pertinentes de algunos Estados en organizaciones internacionales, o a las que se expresan en manuales militares.³¹³ El capítulo 2 atiende a una diferenciación según los intereses legales u objetos jurídicamente protegidos: crímenes de guerra contra *personas* (§ 8),³¹⁴ contra *la propiedad* y otros derechos (§ 9), contra *operaciones humanitarias y emblemas* (§ 10), que consisten en la utilización de *métodos de conducción de la guerra prohibidos* (§ 11) y, por último, en el empleo de *medios prohibidos* en la conducción de la guerra (§ 12). Este planteamiento refleja la distinción entre la protección de las personas y la propiedad, por un lado (Convenios de Ginebra), y la limitación del

³⁰⁸ Véase también Condorelli. “War crimes and internal conflicts in the Statute of the ICC”, en Politi y Nesi (eds.). *The Rome Statute of the ICC*, 2001, pp. 107, 112.

³⁰⁹ Así también lo considera Schabas. “Follow up to Rome: preparing for entry into force of the international Criminal Court Statute”, en *Hum. Rts. L. J.*, núm. 20, 1999, pp. 157, 163.

³¹⁰ Véase Fischer. *Festschrift Ipsen*, 2000, pp. 77, 86 y ss.; también Sunga, *supra*, n. 8, p. 395; Askin. “Crimes within the jurisdiction of the ICC”, en *Crim. L.F.*, núm. 10, 1999, pp. 33, 57; Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 111 y ss.

³¹¹ En contra de este requisito para los crímenes de guerra: *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement of 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 573; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, par. 195; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 70. Véase también Sunga, *supra*, n. 8, p. 392; Fenrick, en Triffterer (ed.). “Commentary on the Rome Statute of the ICC, Art. 8 mn. 4”; Fischer, *supra*, n. 310, p. 85; Ambos, *supra*, n. 71, p. 779. Para una explicación según el principio de complementariedad, ver Bothe. “War crimes”, en Cassese *et al.* (eds.), *supra*, n. 2, pp. 379, 380–1.

³¹² Véase *supra*, n. 294.

³¹³ Confróntense *Motives*, *supra*, n. 295, p. 51.

³¹⁴ El inciso (6), núm. 1, define a las personas que han de ser protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en un conflicto armado internacional como sigue: “personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I [...], es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil.”

uso de ciertos métodos y medios empleados en la contienda militar (Convención de La Haya), por el otro.³¹⁵ Sin embargo, ahí donde el Derecho Consuetudinario no permite que se traten por igual los conflictos internacionales y los no internacionales, las diferencias se han conservado, incluyendo elementos especiales dentro de las diferentes parágrafos de la sección 2.³¹⁶ En tanto que las parágrafos 10 y 12 tratan los conflictos armados internacionales y no internacionales por igual, las parágrafos 8, 9 y 11 adoptan un enfoque diferente. Así, por ejemplo, los incisos (1) y (2) del parágrafo 8 se ocupan de los crímenes de guerra contra personas en relación tanto con un conflicto armado internacional como con uno no internacional, mientras que el inciso (3) solamente penaliza los actos cometidos en un conflicto armado internacional.

La solución alemana es compatible con el Estatuto de Roma, en virtud de que, según el Artículo 10 del Estatuto, "Nada [...] se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto." En otras palabras, los Estados Partes pueden incriminar ciertos actos cometidos durante los conflictos armados no internacionales como crímenes internacionales en concordancia con el Derecho Consuetudinario Internacional existente.³¹⁷

II. Existencia de un conflicto armado

No hay una definición positiva de "conflicto armado" en el Derecho Internacional, aunque existen algunos indicios. El Artículo común 2 de los cuatro Convenios de Ginebra (en lo sucesivo "CG I-IV") aclara que existen otros conflictos armados además de los "casos de guerra declarada". De la famosa definición negativa del Artículo 1 (2) del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 ("PA II"), admitida en el Artículo 8(2)(d) y (f) del Estatuto, se sigue que las "situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores" no llegan a constituir un conflicto armado.

La idea de "conflicto *armado*" presupone el recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores diferentes (estatales o no estatales).³¹⁸ Para establecer una distinción entre esta situación y la criminalidad común, las insurrecciones desorganizadas y efímeras o actividades terroristas, es preciso evaluar la

³¹⁵ Véanse *Motives*, *supra*, n. 290, p. 52.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Cf.* Momtaz. "War crimes in non-international armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court", en *Y.B. Int'l Humanit. L.*, núm. 2, 1999, pp. 177, 188. Ver asimismo Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

³¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 561; *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra*, n. 187, par. 545; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 63. Ver asimismo *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 620: "existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado" ["...existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent"]. Véase asimismo Ipsen. *Völkerrecht*, 4ª ed., 1999, § 65, mn. 9, § 66, mn. 7; Greenwood, en Fleck (ed.). *Handbook of armed conflict*, núm. 202, pp. 35-36.

intensidad del conflicto y la *organización* de las partes.³¹⁹ La determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el mismo, pero debe valorarse objetivamente con base en las condiciones establecidas en el artículo común 3 y PA II.³²⁰ Si la aplicación del Derecho Internacional Humanitario dependiera del juicio discrecional (subjetivo) de las Partes, en la mayor parte de los casos habría una tendencia a que se minimizara el conflicto, a fin de que no se aplicaran los principios humanitarios. A resultas de ello, no se lograría el objetivo mismo del Derecho Internacional Humanitario, es decir, la protección de las víctimas de conflictos armados.³²¹

Las partes en conflicto serán generalmente o el Gobierno enfrentándose a las fuerzas armadas disidentes, o el Gobierno que lucha contra grupos insurgentes armados y organizados. La expresión “fuerzas armadas” ha de definirse en un sentido amplio para abarcar todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales.³²² Las fuerzas armadas disidentes deben estar bajo un mando responsable, esto es, debe haber algún grado de *organización*, pero esto no necesariamente significa que deba haber un sistema jerárquico de organización militar semejante al de las fuerzas armadas regulares: “Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan, y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto.”³²³ Las fuerzas armadas disidentes deben ser capaces, además, de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares prolongadas y concertadas y estar en condiciones de poner en ejecución el Protocolo.³²⁴

En cuanto al *período* o marco temporal, el conflicto armado se inicia cuando se comienza a hacer uso de la fuerza armada y termina, cuando muy pronto, con el fin de las hostilidades. Mientras que esto se desprende del Artículo 3(b) del Primero Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (“PA I”), algunos autores exigen el restablecimiento de la situación previa (la situación pacífica).³²⁵ La Sala de Apelaciones *Tadic* extendió igualmente el periodo más allá del simple cese de hostilidades y exigió que se alcanzara “una conclusión general de la paz” o, en el caso de un conflicto no internacional, “un arreglo pacífico”.

³¹⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, pars. 620, 625; *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 562; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

³²⁰ *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 603.

³²¹ *Id.*

³²² *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par 625; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

³²³ [“It means an organization capable of, on the one hand, planning and carrying out sustained and concerted military operations - operations that are kept up continuously and that are done in agreement according to a plan, and on the other, of imposing discipline in the name of the de facto authorities”]. *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 257.

³²⁴ *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 258.

³²⁵ Ipsen, *supra*, n. 318, § 68, mn. 1 y ss., mn. 4 y ss.; Doehring. *Völkerrecht*, 1999, § 11 Rn. 646 y ss.

En cuanto a la *extensión geográfica* de las hostilidades es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada uno de ellos municipalidades.³²⁶ Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en todo aquél, tenga o no tenga lugar ahí el combate real.³²⁷ No es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado.³²⁸

Cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estados Federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de una de estas Federaciones, ¿llegaría a convertirse éste en un conflicto armado en todo el Estado Federal? Supongamos, para abundar en el tema, que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del Derecho Humanitario, ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe un conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado. Aun así, queda no obstante sin responder la pregunta de si no sería razonable tener en cuenta la aplicación del Derecho Humanitario en este estado específico de la Federación, *i. e.*, una especie de aplicación parcial o geográficamente limitada del Derecho donde la situación lo requiera.

II. La “internacionalización” de un conflicto armado

Si bien es evidente que un conflicto armado es *internacional* si ocurre entre dos o más Estados, y que *no es internacional* si tiene lugar en el territorio de un solo Estado entre fuerzas pertenecientes a este último,³²⁹ no queda tan claro *si una intervención o participación extranjera puede internacionalizar* un conflicto en un territorio y de que manera puede hacerlo. La respuesta correcta es que la internacionalización acontece si los actos de una de las partes en el conflicto deben atribuirse a un Estado extranjero, es decir, si los individuos o grupos que toman parte en tal conflicto son *órganos de facto* de ese Estado,³³⁰ o si su conducta puede imputarse a tal Estado mediante otros criterios. Sin embargo, dado que no se llega a un acuerdo respecto a estos últimos y aún se discuten acaloradamente, ofrecer un análisis profundo que fuera más allá de la presentación de las posiciones de las Salas del TPIY excedería los límites de este artículo.³³¹

³²⁶ *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 311, par. 64.

³²⁷ *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 311, par. 64.

³²⁸ *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 311, par. 69.

³²⁹ Cf. Ambos. “Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt”, en Hasse, Müller y Schneider (eds.). *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, pp. 331, 338.

³³⁰ *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 104.

³³¹ Para ese penetrante análisis, consúltese De Hoogh. “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility...”, en *BYIL*, núm. 72, 2001/2002, pp. 255.

La Sala de Primera Instancia *Tadic* siguió la prueba del *control eficaz (effective control)*, tal como fue desarrollada por la CIJ en el caso Nicaragua,³³² y exigió como requisito que el Estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo militar o paramilitar en lo concerniente a las operaciones específicas de este grupo y que emitiera instrucciones específicas.³³³ La Sala de Primera Instancia *Celebici* y la Sala de Apelaciones *Tadic* rechazaron esta prueba, en virtud de que, *inter alia*, no la consideraron apropiada para ese asunto, esto es, para el problema de la responsabilidad penal individual, no la estatal.³³⁴ En vez de ello, se hizo una distinción entre las personas o los grupos cuyo control desea el Estado extranjero. En el caso de los *grupos militares* o paramilitares, tal Estado no sólo necesita equipar y financiar el grupo, sino también coordinar o ayudar en la planeación general de su actividad militar, *i. e.*, es necesario un *control general*, pero también es suficiente. Particularmente, no es preciso que el Estado extranjero emita instrucciones específicas al dirigente o a los miembros del grupo.³³⁵ En el caso de *individuos* o *grupos organizados militarmente*, el Estado extranjero debe dar *instrucciones* específicas u órdenes cuyo propósito sea la comisión de actos específicos, o bien aprobar públicamente que éstos se perpetren.³³⁶ Además, también puede suceder que ciertos individuos *se asimilen* a los órganos de un Estado extranjero en razón de su *conducta real* dentro de la estructura de éste (e independientemente de cualquiera de sus instrucciones) y que, como consecuencia, su conducta pueda atribuirse a ese Estado.³³⁷

IV. Diferentes formas de los conflictos armados no internacionales

Aparte de las limitaciones descritas en líneas anteriores (supra 1.), el Estatuto de la CPI introduce un nuevo tipo de conflicto no internacional para las “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables” de guerra (Art. 8 (2)(e)); en otros términos, exige que tales conflictos sean *prolongados* (Art. 8 (2)(f)). De este modo, ha aparecido una nueva distinción en la que se traslapan los conflictos no internacionales “normales” y “prolongados”. En el último tipo, tanto las violaciones graves del Artículo común 3 como las graves violaciones de leyes y costumbres de guerra no deben considerarse crímenes de guerra. Esto se ha criticado como un “patent absurdity”,³³⁸ y es en verdad difícil entender por qué las agresiones a las unidades sanitarias, las violaciones colectivas, la deportación o la mutilación intencional constituirían crímenes de

³³² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement, ICJ Reports 1986, p. 14 = International Law Reports, pp. 76, 349.

³³³ ICJ, *supra*, n. 332, par. 115; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.

³³⁴ *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 262–263; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 103.

³³⁵ *Prosecutor vs. Tadic*. A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.

³³⁶ *Ibid.*, pars. 132, 137.

³³⁷ *Ibid.*, pars. 141 y ss.

³³⁸ Cf. Condorelli, *supra*, n. 308, p. 113.

guerra sólo cuando el conflicto no internacional “se prolongue” y no cuando sea justamente un conflicto no internacional “normal”. De hecho, la distinción trae a la memoria recuerdos desagradables sobre la diferenciación clásica entre crímenes acaecidos en conflictos internacionales y no internacionales, y merece por consiguiente la misma crítica de que es arbitrario y que contraviene la *raison d’être* del Derecho Internacional Humanitario y el Penal; en otros términos, la protección de todas las personas que no participan activamente en el conflicto.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el término “prolongado” no fue inventado por los redactores del Estatuto de Roma, sino que la primera en mencionarlo fue la Sala de Apelaciones *Tadic*, cuando determinó que un conflicto armado existe cuando hay “una violencia armada prolongada [...] en un Estado”.³³⁹ Puede decirse que el término tiene su fundamento en la idea de las “operaciones militares sostenidas y concertadas” tal como se hallan contenidas en el Artículo 1(1) de PA II. Esto no implica, sin embargo, que las operaciones deban seguir continuamente, sino que más bien es suficiente, como lo pone en claro la versión francesa (“de manière prolongée”), que el conflicto armado se desarrolle durante algún tiempo.³⁴⁰ Así, la diferencia entre un conflicto armado “normal” y uno “prolongado” se reduce en realidad a una simple diferencia temporal que, no obstante, no se define con suficiente precisión. Dada la arbitrariedad de la distinción, es necesario proporcionar una interpretación restringida del término “prolongado”.

V. Relación entre el conflicto armado y los crímenes individuales, particularmente los requisitos mentales

Al igual que en el caso de los crímenes contra la humanidad, nos asalta la pregunta de cómo se relacionan los actos individuales o los crímenes con el elemento de contexto, es decir, con la existencia de un conflicto armado. La jurisprudencia exige de forma unánime que debe haber un “...un nexo evidente entre los supuestos crímenes y el conflicto armado en conjunto.”³⁴¹ Tal nexo existe si los “si los “...crímenes estuvieran estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto”.³⁴² No es necesario que los supuestos crímenes ocurran en medio de

³³⁹ [“...protracted armed violence [...] within a State”. *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Delalic, et al.*, *supra*, n. 268, par. 183; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, par. 59.

³⁴⁰ Zimmermann, *supra*, n. 305, Art., 8, mn. 334.

³⁴¹ [“...evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”]. *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 69.

³⁴² [“...crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict”.] *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; véase *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, pars. 572, 573; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 249, 252; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 192, 195; *Prosecutor vs. Fundizija*, *supra*, n. 267, par. 60; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 68.

una batalla o que el "...conflicto armado tuviera lugar en el tiempo y lugar exactos de los actos prohibidos ..."³⁴³ pero es suficiente si puede establecerse una relación entre éstos y el conflicto.³⁴⁴

Con todo, hay una cuestión mucho más compleja, pero que no se explica adecuadamente: de qué manera debe calificarse jurídicamente el elemento de contexto y qué consecuencias entraña ello para los posibles requisitos mentales. Si uno entiende el elemento de contexto como algo puramente objetivo, *jurisdiccional*, no es necesario incluirlo en la intención del autor. Pero si uno concibe este elemento como una *circunstancia* dentro del significado del Artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, el autor debe saber de su existencia.³⁴⁵ Cuando este problema eminentemente práctico se analizó por primera vez entre una y otra sesión en el curso de la reunión de la *Comisión Preparatoria*, realizada en Siracusa, Italia, en febrero de 2000, surgieron dos posiciones. La primera de ellas representa lo que podemos llamar enfoque del *Derecho Internacional Público objetivo*, y la segunda, el enfoque *subjetivo del Derecho Penal* (en lo sucesivo, enfoques "objetivo" y "subjetivo"). Quienes defendían el enfoque *objetivo*³⁴⁶ argumentaron que la finalidad del Derecho Internacional Humanitario es contrarrestar el riesgo, que se ha incrementado, de que en realidad no se persigan penalmente los crímenes graves durante un conflicto armado y que se creara un sistema de Derecho Penal supranacional que reemplace las imperfectas persecuciones penales nacionales. Tal sistema del Derecho Humanitario, prosigue el argumento, constituye solamente un régimen paralelo de competencia en relación con el Derecho Nacional.

En concordancia con ello, en la actualidad, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* siempre ha concebido el conflicto armado como un simple "elemento jurisdiccional". Por último, los redactores del Estatuto de Roma no incluyeron un requisito de intención en el encabezado del Artículo 8 del Estatuto, a diferencia del Artículo 6 y, en particular, el Artículo 7 del mismo Estatuto.³⁴⁷ Por otra parte, el enfoque *subjetivo* invocó la naturaleza divergente de los crímenes comunes y los de guerra. El reproche más grande asociado con un crimen de guerra sólo puede justificarse si el autor también estaba consciente de que actuó en el contexto de un conflicto armado y, por consiguiente, que cometió un crimen de guerra. En realidad, el elemento de contexto es parte del *actus reus* y, por lo tanto, está comprendido en los requisitos normales de la *mens rea*. Como se sabe, el asunto no pudo resolverse en Siracusa.³⁴⁸

³⁴³ ["...armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts..."] *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 573.

³⁴⁴ *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 69, al referirse al crimen de privación de la libertad.

³⁴⁵ Las siguientes consideraciones se basan en reflexiones anteriores; véase Ambos, *supra*, n. 71, pp. 778 y ss., y en Cassese. *Festschrift*, 2003 (de próxima aparición).

³⁴⁶ Cf., por ejemplo, *Human Rights Watch*, "Commentary on the 4th Preparatory Commission meeting for the ICC", marzo de 2000, p. 3. También Fenrick está en favor de un "elemento jurisdiccional", *supra*, n. 311, Art. 8, mn. 4; ver en general Zimmermann, Triffterer (ed.), *supra*, n. 305, Art. 5, mn. 9. Véase asimismo Arsanjani. "The Rome Statute of the International Criminal Court, en *AJIL*, núm. 93, 1999, pp. 22, 33; Boot, en Klip y Sluiter (eds.). *Annotated Leading Cases*, vol. I, 1999, p. 452, esp. la 456, deja abierta la cuestión.

³⁴⁷ ICRC, Non Paper, 27 January 2000, 3; asimismo *HRW*, *supra*, n. 346, pp. 3-4.

³⁴⁸ El informe final dice: "Para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, se pondrá en la lista un elemento mental especial. Para los crímenes de guerra, no se asentará en tal registro ningún *elemento mental relativo al contexto*. La cuestión queda abierta [...]" ["For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element

Desde la perspectiva penal, el enfoque subjetivo es evidentemente preferible. El enfoque objetivo hace del “elemento contextual” una condición objetiva de punibilidad (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) y de ese modo entra en conflicto con el principio de culpabilidad.³⁴⁹ La cuestión de si un elemento particular del *actus reus* requiere la intención del autor y, por lo tanto, no puede considerarse como condición objetiva de punibilidad depende de la relevancia de esta condición respecto al injusto de la conducta (*Unrechtsrelevanz*) en cuestión.³⁵⁰ Así, el asunto crucial es si el “elemento de contexto” del conflicto armado influye en el contenido del injusto (*Unrechtsgehalt*) de los crímenes de guerra conforme al Artículo 8 del Estatuto. Si éste es el caso, *i. e.*, si este elemento incrementa el contenido del injusto de los actos en cuestión, la intención del autor debe estar relacionada también con él, si ha de impedirse una violación del principio de culpabilidad.

La respuesta a nuestra pregunta es resultado de una comparación de conductas punibles de acuerdo tanto con el Derecho Penal (Nacional) como con el Artículo mencionado con anterioridad. Tómense como ejemplos el homicidio (Art. 8(2)(a)(i)), la destrucción y la apropiación de una propiedad (Art. 8(2)(a)(iv)) y la violación (Art. 8 (2)(b)(xxii)). La punibilidad de estos actos según el Derecho Penal general o el Derecho Penal Internacional depende, en términos objetivos, de la existencia de un conflicto armado y de la caracterización del objeto de los delitos como personas u objetos protegidos. De esta manera, tales elementos tienen el efecto de aumentar la ilicitud de los actos en cuestión, por lo menos si uno asume que un crimen de guerra posee un grado más alto de ilicitud que un crimen común comparable. Este “efecto de la ilicitud incrementada” [“wrongfulness-increasing effect”] vedaría por sí mismo la caracterización de los elementos citados como condiciones objetivas de punibilidad. En cuanto a la responsabilidad penal *in concreto* podemos distinguir entre tres situaciones:

- Los delitos ocurren en época de paz.
- Los delitos tienen lugar durante un conflicto armado, pero no están relacionados con este conflicto, es decir, ocurren solamente con ocasión del mismo.
- Los delitos se desarrollan durante un conflicto armado y están relacionados con éste.

Es obvio que en la primera situación sólo existe responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho Penal general. En la segunda y tercera situaciones, durante un conflicto armado podrían aplicarse tanto el Derecho

will be listed. For War crimes, no *mental element as to the context* will be listed. The issue is left open [...]]. (PrepCom, Working Group on Elements of Crimes. Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, 9 de febrero de 2000, las cursivas son mías).

³⁴⁹ Igual que la tendencia tradicional del Derecho Penal estadounidense de interpretar la responsabilidad individual como “responsabilidad objetiva” [“strict-liability”].

³⁵⁰ Cf. Geisler. Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingung der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, pp. 130 y ss.

Penal Nacional general como el Derecho Penal Internacional. Evidentemente, los crímenes comunes también pueden cometerse durante un conflicto armado. El sistema de justicia penal en tiempos de paz no se ve reemplazado por el sistema de la época de guerra, pero ambos existen simultáneamente, y así es como surge la cuestión de su delimitación. Al respecto, los *Elementos* se concentran en si la conducta “haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional] [que no era de indole internacional] y haya estado relacionada con él.”³⁵¹ Así, parece haber acuerdo en que la mera comisión de un delito *con ocasión* de un conflicto armado no lo convierte en un crimen de guerra.³⁵² Si el autor utiliza el caos general provocado por el estallido de una guerra para “saldar viejas cuentas” y mata a su vecino, este delito, con toda seguridad no es un crimen de guerra por la razón más bien formal de que el vecino no es una persona protegida según el IV. Convenio de Ginebra;³⁵³ no obstante, tampoco es un crimen de guerra, porque el acto no está relacionado con el conflicto armado, puesto que el autor quería matar a su vecino independientemente de la existencia del conflicto armado y así lo hizo.³⁵⁴ Esto es aún más obvio en el siguiente caso: si un grupo de licenciosos *hooligans* destruye varios automóviles, este daño a la propiedad no se convierte en el crimen de guerra de destrucción de la propiedad previsto en el Artículo 8(2)(a)(iv) del Estatuto de la CPI simplemente porque ocurre objetivamente durante un conflicto armado. De igual forma, una violación punible según el Derecho Penal general en tiempos de paz no se vuelve en un crimen de guerra de violación según el Artículo 8(2)(b)(xxii) del Estatuto mencionado tan sólo porque la guerra estalló la noche anterior. En todos estos casos, el autor tan sólo llega a ser un “criminal de guerra” si su conducta, como lo exigen correctamente los *Elementos*, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan sólo determinarse de forma objetiva, sino que es consecuencia de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que éste ocurre, entonces no lleva a cabo dentro del contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente. Sin embargo, si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aun se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; no sabe ni entiende las condiciones legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del *actus reus*).

La introducción a los Elementos de los Crímenes de guerra indica:

“Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de ... y

³⁵¹ Ver, por ejemplo, *Elemento* No. 4 del Art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI o del Art. 8(2)(c)(i)-1 del mismo Estatuto.

³⁵² Cf. Kress, *supra*, n. 307, pp. 122-3

³⁵³ Según el Artículo 4 del IV. Convenio de Ginebra de 1949, están protegidos los civiles “que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

³⁵⁴ Bothe, *supra*, n. 311, p. 388: “un conflicto interpersonal rigurosamente privado” [“strictly private interpersonal conflict”].

que haya estado relacionada con él”.³⁵⁵

Asimismo, el requisito de la intención debe formularse en relación con la *naturaleza del conflicto* como internacional o no internacional, como quiera que hay líneas de conducta que hacen que una persona sea responsable penalmente en conflictos internacionales pero no en los no internacionales.³⁵⁶ De esta manera, el castigo según una u otra categoría de “crímenes de guerra” sólo puede explicarse por el hecho de que el autor estaba consciente de que actuaba en uno u otro tipo de conflicto. No obstante, los *Elementos* omiten completamente el requisito de intención en este contexto:

En ese contexto, no se exige que el autor sea *consciente* de los *hechos* que hayan determinado que el *conflicto* tenga *carácter* internacional o no internacional³⁵⁷

Lo anterior tendría sentido si el Artículo 8 del Estatuto no conservara la distinción de crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. Siempre que exista esta distinción, debe tener un impacto en el requisito de la intención si es necesario el conocimiento basado en los hechos en cuanto a la *existencia* de un conflicto armado, como lo declaran correctamente los *Elementos*. Por otra parte, debe admitirse que la diferencia principal en lo referente al contenido del injusto estriba en si los crímenes fueron cometidos en tiempos de paz o con ocasión de un conflicto armado y los cometidos en el contexto de un conflicto armado, mientras que la diferencia entre crímenes cometidos en un conflicto internacional y los cometidos en uno no internacional es secundario. En lo referente a la *lex lata*, ésta se limita a los (pocos) crímenes punibles en un conflicto armado internacional pero no en uno no internacional.

Una reflexión paralela sobre el elemento del delito en lo concerniente a *personas u objetos jurídicamente protegidos* indica también la necesidad de un requisito subjetivo. En términos generales, existe acuerdo en que el dolo debe referirse a las personas y objetos jurídicamente protegidos. En la terminología del Artículo 30 del Estatuto, estos elementos constituyen una “circunstancia” de la que el autor debe estar consciente. Los *Elementos* correspondientes requieren que aquél esté consciente de las “circunstancias de hecho que establecían esa protección [como persona u objeto protegido]”³⁵⁸ No obstante, si se exige que el

³⁵⁵ *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, p. 18.

³⁵⁶ Por ejemplo, el uso de veneno o de armas venenosas es punible en un conflicto internacional pero no en uno no internacional (Art. 8(2)(b)(xvii), Estatuto de la CPI). Otro ejemplo importante es el Art. 8(2)(b)(iv) del mismo Estatuto, en cuanto al perjuicio que puede hacerse al medio natural, ya que éste es un crimen que no es aplicable en un conflicto armado no internacional no sólo según el Estatuto de la CPI, sino también de acuerdo con el Derecho Consuetudinario Internacional existente.

³⁵⁷ *Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, p. 18.

³⁵⁸ *Elemento 3* del Art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI, *supra* l.; véase asimismo, por ejemplo, el *Elemento 5* del Art. 8(2)(a)(iv) del mismo Estatuto, en relación con la propiedad protegida.

autor tenga conocimiento de las circunstancias reales, ello implica un conocimiento similar con referencia a la existencia de un conflicto armado, por cuanto las personas u objetos protegidos, como conceptos característicos de las leyes de guerra, sólo pueden existir durante semejante conflicto.

En resumen, el enfoque subjetivo es más convincente tocante a la interpretación del *Artículo 7 del Estatuto*. En ambos Artículos del Estatuto (el 7 y el 8), es necesario un contexto particular para la conducta mencionada, a fin de que se trate como crimen internacional. Ahí donde el Artículo 7 mencionado se refiere a la acción ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil’, el Artículo 8 ubica la acción en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Sería por lo tanto inconsistente si fuera necesaria el dolo en un caso, mientras que en el otro ni siquiera se requiriera un conocimiento real de las circunstancias concomitantes.

La *jurisprudencia* de los Tribunales *ad hoc* no contradice esta interpretación. Ciertamente es correcto que el TPIY considere hasta el requisito del conflicto armado sólo como un “elemento jurisdiccional”. Sin embargo, la jurisprudencia sólo analiza el problema dentro del marco de la jurisdicción del Tribunal³⁵⁹ y establece solamente lo indisputable, a saber, que la conducta incriminadora debe presentarse en el contexto de un conflicto armado. El verdadero asunto polémico es si los elementos en cuestión pueden concebirse también como circunstancias concomitantes según el Artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, más allá de su caracterización como “elementos jurisdiccionales,” y de esa forma si se requiere su conocimiento. Sería necesario analizar este problema dentro del marco de la responsabilidad individual en los crímenes de guerra; en esta parte de los juicios, sin embargo, sólo puede encontrarse la discusión, si acaso se encuentra algo, de los requisitos objetivos y subjetivos de los delitos individuales contra las leyes de guerra.³⁶⁰ En otras palabras: la jurisprudencia, igual como la Comisión Preparatoria, han dejado abierta esta problemática.

Sea como fuere, en la *práctica de la persecución penal*, el enfoque subjetivo – el conocimiento de las circunstancias verdaderas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no internacional) – se distinguirá con dificultad del enfoque objetivo (la presunción de una condición objetiva de punibilidad). La razón es que la jurisprudencia internacionales deduce de cualquier manera la intención, y en particular su elemento cognitivo (conocimiento), de hechos y circunstancias objetivamente determinados, es decir, utiliza la prueba circunstancial clásica.³⁶¹ Tal práctica judicial ha tenido influencia en los *Elementos*, cuya introducción general indica: “La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.”³⁶² No obstante, si en un caso particular, la conducta se desarrolló en el contexto de un conflicto armado, porque era por ejemplo el o la comandante de un campo de prisioneros,³⁶³ o porque estaba involucrada en delitos en el centro de las operaciones militares, la objeción de que no tenía

³⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 572: “Para que un crimen recaiga dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional [...]” [“For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal[...]”].

³⁶⁰ Cf. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 419 y ss.; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, pars. 134 y ss. En cambio, esto no se analiza en *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311.

³⁶¹ Ver *supra*, n. 116 y el texto.

³⁶² Cf. *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 5.

³⁶³ *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 575; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 196–7.

conocimiento de tal conflicto puede rechazarse como una declaración que tan sólo estará al servicio de sus fines personales. Aun si el enfoque subjetivo desembocara en problemas insuperables de persecución penal y prueba, como lo insinuaron *inter alia* algunas ONG,³⁶⁴ esto debe aceptarse en provecho de un Derecho Penal Internacional basado en el Estado de Derecho y en particular en el principio de culpabilidad. A la luz del dictamen legal del TMI (Tribunal Militar Internacional), según el cual "... deben evitarse los castigos masivos..."³⁶⁵ y la siempre difícil tarea de separar a los culpables de los inocentes,³⁶⁶ el Derecho Penal Internacional contemporáneo no puede perseguir el objetivo de castigar a toda costa a todos los sospechosos posibles.³⁶⁷ Como consecuencia, sólo podría cuestionarse el requisito subjetivo si se exigiera algo más que el simple conocimiento relativo a los hechos. No obstante, éste no es el caso, como puede verse claramente de los *Elementos* y todo el análisis anterior.

³⁶⁴ *Vid.*, por ejemplo, *HRW, supra*, n. 346, p. 4.

³⁶⁵ *The Trial of the major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, HMSO, 1950, p. 469. *Ibid.*, también se estableció que: "el Tribunal debe hacer esta declaración de criminalidad [de una organización o un grupo] hasta donde sea posible, de suerte tal que se garantice que no se castigará a personas inocentes..." ["the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organization or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished"].

³⁶⁶ Véase *U.S. vs. Krauch et al. (caso 6), VIII Trial of War Criminals*, US Government Printing Office, pp. 1081–1210, p. 1126: "[...] somos incapaces de encontrar, una vez que hemos estado bajo aquellos que han conducido a un país a una guerra de agresión, una manera racional que divida a los culpables de los inocentes. [...] El Honorable Tribunal ya la ha puesto en el proceso de los criminales internacionales. La colocó debajo de los autores intelectuales y los líderes [...], quienes fueron hallados culpables de emprender una guerra agresiva, y por encima de aquellos cuya participación fue menor y cuya actividad no asumió la forma de un plan o de guiar para la nación en lo concerniente a sus ambiciones agresivas. Encontrar culpables a los acusados de emprender una guerra agresiva requeriría que moviéramos tal marca sin que hallésemos un lugar firme en el cual volver a emplazarla. La hemos dejado donde la encontramos, muy satisfechos de que los autores intelectuales [...] la guerra agresiva deberan tenerse por culpables [...], pero no los que simplemente siguen a los líderes [...]" "[...] we are unable to find once we have passed below those who have led a country into a war of Aggression, a rational mark dividing the guilty from the innocent. [...] The mark has already been set by the Honorable Tribunal in the trial of the international criminals. It was set below the planners and leaders [...] who were found guilty of waging aggressive war, and above those whose participation was less and whose activity took the form of neither planning nor guiding the nation in its aggressive ambitions. To find the defendants guilty of waging aggressive war would require us to move the mark without finding a firm place in which to reset it. We leave the mark where we find it, well satisfied that individuals who plan [...] an aggressive war should be held guilty [...], but not those who merely follow the leaders [...]"].

³⁶⁷ Particularmente las organizaciones de derechos humanos, que de lo contrario estarían en favor del principio del proceso justo, no deben ser culpables de utilizar criterios dobles.

II. Crímenes individuales

I. En general

Los diferentes crímenes del Artículo 8 del Estatuto de la CPI se han tomado de las prohibiciones de las Convenciones de La Haya y Ginebra; en otros términos, deben interpretarse según estas primeras normas primarias.³⁶⁸ Tal dependencia de estas normas implica que no puede haber crímenes de guerra relativos a conductas no prohibidas por ellas. Por otra parte, no todas las prohibiciones iniciales pueden ser convertidas o transformadas en penalizaciones secundarias, *i. e.*, no todas las prohibiciones son delitos penales.³⁶⁹ Ello es una consecuencia del ya mencionado sistema cerrado del Artículo 8 del Estatuto: en tanto que el Artículo 3 del Estatuto del TPIY se refiere a las "... leyes o usos de la guerra...", y con ello penaliza todas las primeras normas a que hemos hecho alusión, el artículo 8 del Estatuto de la CPI enumera explícitamente los crímenes y es naturalmente más restringido que el Artículo 3 del Estatuto del TPIY. El mencionado Artículo no penaliza explícitamente, por ejemplo, el uso de armas nucleares o biológicas, pero hace que su penalización dependa de una "prohibición comprensiva" que debe incluirse en un anexo del Estatuto (Art. 8(2)(b)(xx)). Aparte de eso, el empleo de estas armas podría estar amparado por los incisos 2(b)(i), (ii) o (iv).³⁷⁰

II. Crímenes internacionales versus crímenes no internacionales

Una simple lectura del Artículo 8 del Estatuto muestra que existen más actos punibles en los conflictos armados internacionales que en los no internacionales.³⁷¹ Con todo, hay que tener cuidado al comparar los incisos (a) y (b) con los (c) y (e) sólo literalmente. Si bien pueden encontrarse divergencias en la redacción de los crímenes, hay en esencia una similitud considerable, si no una identidad. Así, por ejemplo, el Artículo (2)(b)(ii) de este Estatuto señalado castiga los ataques intencionales contra "objetos civiles", y estos últimos están enumerados en los incisos (e)(ii) y (iv), es decir, los mismos actos son punibles en un conflicto armado no internacional. Si tomamos esto en cuenta, pueden enumerarse a primera vista los siguientes crímenes que sólo son punibles en un conflicto armado internacional de acuerdo con el Artículo 8 del Estatuto:³⁷²

³⁶⁸ Véase Bothe en relación con las normas primarias y secundarias (prohibiciones y crímenes) en este contexto, *supra*, n. 311, p. 381.

³⁶⁹ *Cf.* Bothe, *supra*, n. 311, p. 387.

³⁷⁰ Véase Bothe, *supra*, n. 311, pp. 396–7, 406 y ss.

³⁷¹ Para mayores detalles, véase Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 112–113; La Haye. "The elements of war crimes", en Lee (ed.), *supra*, n. 233, pp. 109 y ss, especialmente la 217.

³⁷² Para un cuadro comparativo desde la perspectiva de los crímenes de conflictos no internacionales del inciso (2)(e), ver La Haye, *supra*, n. 371, p. 217.

- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se prevea (Art. 8(2)(b)(iv));
- Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares (Art. 8(2)(b)(v));
- Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción (Art. 8(2)(b)(vi));
- Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves (Art. 8(2)(b)(vii));
- El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio (Art. 8(2)(b)(viii));
- Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga (Art. 8(2)(b)(xiv));
- Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra (Art. 8(2)(b)(xv));
- Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto (Art. 8(2)(b)(xvi));
- Emplear veneno o armas envenenadas (Art. 8(2)(b)(xvii));
- Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo (Art. 8(2)(b)(xviii));
- Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones (Art. 8(2)(b)(xix));
- Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123 (Art. 8(2)(b)(xx));
- Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes (Art. 8(2)(b)(xxi));
- Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (Art. 8(2)(b)(xxiii));
- Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar

intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra (Art. 8(2)(b)(xxv));

Si miramos más de cerca las deficiencias del Artículo 8(2)(e) del Estatuto, es notable que la cantidad de *figurae crimines* para los conflictos armados no internacionales es limitada en comparación con las aplicables en los conflictos armados internacionales. El “uso de armas inhumanas”, por ejemplo, no se toma en consideración en el contexto de conflictos armados no internacionales.³⁷³ Ni tampoco la “inanición de la población civil como método de hacer la guerra...”,³⁷⁴ prohibida por el Artículo 14 del PA II,³⁷⁵ está comprendida en el Artículo 8(2)(e) del Estatuto de la CPI.³⁷⁶ Otros ejemplos no incorporados como crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales en el Artículo 8(2)(e) del mismo Estatuto son los “castigos colectivos”, los “actos de terrorismo”, y la “esclavitud y el tráfico de esclavos”,³⁷⁷ todos ellos prohibidos por el artículo 4(2) del PA II.³⁷⁸ Por último, el Artículo 8(2)(e) del Estatuto no comprende ataques

³⁷³ Condorelli, *supra*, n. 308, p. 112. Bothe, en *supra*, n. 311, p. 420, señala que “el uso de minas antipersonales y de armas químicas y biológicas no está previsto en la lista de ilícitos criminales del inciso (e), aun cuando su uso está claramente prohibido en el caso de conflictos armados no internacionales de acuerdo con los tratados pertinentes, así como según como lo propone, según el Derecho Consuetudinario Internacional. El Art. 1(2) del Protocolo II de la UN Weapons Convention establece expresamente que su prohibición se aplica también en situaciones a las que hace referencia el Art. 3 común de los Convenios de Ginebra”. [“...[t]he use of anti-personal mines and of chemical and biological weapons is not covered by the list of criminal acts in subparagraph (e), although their use is clearly prohibited in case of non-international armed conflicts under the relevant treaties as well as, it is submitted, under customary international law. Art. 1(2) of Protocol II to the UN Weapons Convention expressly provides that its prohibition apply also in situations referred to in Article 3 common to the Geneva Conventions”].

³⁷⁴ Boot *supra*, n. 21, par. 593, recuerda que “en 1992 el Consejo de Seguridad de las NNUU condenó enérgicamente la práctica de la inanición durante el conflicto somalí. No sólo se la consideró contraria al Derecho Internacional Humanitario, sino que el Consejo afirmó asimismo que las personas que la cometieron u ordenaron tal práctica se considerarían individualmente responsables por tales actos”. [“...[i]n 1992, the UN Security Council strongly condemned the practices of starvation during the Somali conflict. Not only was starvation considered contrary to international Humanitarian law, but the Council also affirmed that persons who committed or ordered such practice would be held individually responsible for such acts.”]. Sin embargo, “... la inanición de civiles como método de combate...” no se ha incluido como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional. Véase asimismo Bothe, *supra*, n. 311, p. 420.

³⁷⁵ El Art. 14 del PA II manifiesta que “Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego”.

³⁷⁶ Kress, *supra*, n. 307, p. 134.

³⁷⁷ Kress, *supra*, n. 307, observa sin embargo en la p. 134 que “hasta cierto punto estas formas de conducta están [...] comprendidas [por] el Artículo 8(2)(c)(ii) al (iv) del Estatuto de la CPI” [“[t]o a certain extent these forms of conduct are [...] covered [by] [...] Article 8(2)(c)(ii) to (iv) of the ICC Statute”].

³⁷⁸ El Art. 4(2) de AP II señala que “the following acts [...] are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever: [...] (b) collective punishments; (c) taking of hostages; (d) acts of terrorism; [...] (f) slavery and the slave trade in all their forms;...” [“... los siguientes actos [...] están prohibidos, y lo seguirán estando en

que causen un daño civil incidental desproporcionado como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional.³⁷⁹

La no inclusión de estos crímenes en el Artículo 8(2)(e) de dicho Estatuto se debe en parte al hecho de que algunos Estados han sostenido que estos crímenes no han alcanzado aún el nivel del Derecho Consuetudinario Internacional.³⁸⁰ En particular, “actos de terrorismo” no se han incluido porque no se ha llegado a un consenso entre los Estados sobre la definición de los actos que constituyen “terrorismo”.³⁸¹ Por otra parte, algunos Estados tienden a ver cualquier limitación de su competencia exclusiva en este campo como una amenaza a su soberanía.³⁸² Esto explica asimismo por qué el Art. 8 del citado Estatuto no tiene, como ya se mencionó, una fórmula de apertura.³⁸³

III. Definición de crímenes de guerra

El Artículo 8 que venimos analizando contiene 51 diferentes disposiciones con diversos elementos que entran en conflicto con el principio de legalidad, en particular su requisito de certeza (*nullum crimen sine lege certa*). Como se ha dicho antes, el Artículo 8 del Estatuto copia básicamente las primeras contenidas en los Convenios de Ginebra y en los PA, pero estas medidas no se han redactado con vistas al Derecho Penal.³⁸⁴ Ésta es la razón principal de que no satisfagan sin más los requisitos del principio de la legalidad. Por motivos de espacio, se darán solamente algunos cuantos ejemplos que son no sólo sumamente controvertidos, sino también de la mayor importancia.

El Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto penaliza “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta

cualquier momento y lugar: [...] (b) castigos colectivos; (c) toma de rehenes; (d) actos de terrorismo; [...] (f) esclavitud y tráfico de esclavos en todas sus formas...”]

³⁷⁹ Kress, *supra*, n. 307, p. 135.

³⁸⁰ Véase Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 237; Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (la penalización consuetudinaria según el Art. 4(2) del PA II no está enteramente libre de dudas).

³⁸¹ Boot, *supra*, n. 22, par. 592; véase asimismo Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (el crimen de los “actos de terrorismo” en una guerra civil suscita inquietudes en relación con la demanda de la certeza legal [civil war crime of “acts of terrorism” gives rise to concerns with a view to the demands of legal certainty]); Momtaz, *supra*, n. 317, p. 183, señala que “en cuanto a los actos de terrorismo [...] podría justificarse que el Estatuto se rehúse a penalizarlos porque existe una carencia de definiciones generalmente aceptadas de tales actos según el Derecho Internacional Público general” [...][r]egarding acts of terrorism, [...] one could justify the refusal of the Statute to criminalize them by the absence of generally accepted definitions of such acts under general public international law”].

³⁸² *Id.* Ver también Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

³⁸³ *Supra* I, n. 308.

³⁸⁴ *Cf.* Bothe, *supra*, n. 311, pp. 392–3.

y directa que se prevea”. La norma combina las importantes fracturas contenidas en el Artículo 85(3)(b) y (c) del PA I y agrega el daño al ambiente como un elemento específico que se basa en una combinación del Artículo 35(3) PA I y el Artículo 55 (1) PA I.³⁸⁵ Si bien la sanción penal del daño ambiental puede considerarse un progreso,³⁸⁶ la codificación en conjunto constituye una limitación en comparación con las primeras normas. En lo concerniente al *actus reus*, la responsabilidad penal de acuerdo con el significado del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto presupone que la ventaja militar sea “claramente excesiv[a]”, tomando en consideración su impacto “general”, *i. e.*, no sólo en referencia a la “la ventaja militar concreta y directa prevista” (Art. 57(2)(a)(iii) PA I),³⁸⁷ sino “a la ventaja del ataque considerado en conjunto”.³⁸⁸ De este modo, el delicado equilibrio de intereses implícitos en la redacción de las primeras normas se modificó en favor de los intereses militares protegidos. La perspectiva militar se torna incluso más importante si uno adopta el punto de vista – en concordancia con el comité establecido por el fiscal del TPIY para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia – de que el proceso mismo de equilibrio debe llevarse a cabo desde la perspectiva de un ‘comandante militar razonable.’³⁸⁹ En cuanto al *elemento mental*, se suscita la pregunta respecto de qué consecuencias acarrearía una evaluación errónea del comandante en lo referente a la proporcionalidad de la ventaja militar. En este caso, el comandante no actuaría con el conocimiento necesario e invocaría la defensa del error (Art. 32 Estatuto). Así, debe uno establecer primero si es aplicable la norma sobre error de hecho o error de Derecho. El comandante no se equivocaría en circunstancias efectivas o en los llamados elementos descriptivos del *actus reus*, sino con respecto a la evaluación o determinación de sus elementos normativos. La resolución de que la ventaja militar es excesiva y, por consiguiente, no desproporcionada tocante a los daños causados es un juicio de valor. De esta manera, al aplicar el Artículo 32 del Estatuto mencionado, uno se pregunta si esta equivocación o error “niega el elemento mental.” Mientras que esto no sucede normalmente con los errores en Derecho, *in casu* los *Elementos* suministran una excepción a la norma general de que un juicio de valor no debe ser hecho por el autor y exigen “que el autor haga el juicio de valor” descrito en el inciso (2)(b)(iv)

³⁸⁵ Véase Hebel y Robinson. “crimes within the jurisdiction of the Court”, en Lee (ed.). *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, pp. 79 (111). El Art. 35(3) de PA I indica: “Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.” El Art. 55(1) señala: En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.”

³⁸⁶ Cf. Bothe, *supra*, n. 311, p. 400.

³⁸⁷ El Art. 57(2)(a)(iii) PA I estipula que “Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: [...] quienes preparen o decidan un ataque deberán: [...] abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.” Véase también Fischer, *supra*, n. 310, p. 90.

³⁸⁸ [...to the advantage anticipated from the attack considered as a whole.] Declaración interpretativa al PA I de GB, citada según Bothe, *supra*, n. 311, p. 399.

³⁸⁹ [“...reasonable military commander.”] Véase el Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia <<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>>, par. 50, citado en Bothe, *supra*, n. 311, p. 399. Sobre el Report, véase también Quenivet, *Ind.J. Int’l L.*, núm., 41, 2001, p. 478.

del Estatuto.³⁹⁰ En otras palabras, si el autor hace un juicio de valor erróneo, esto negaría el elemento mental del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto, ya que el conocimiento en esta cláusula exige que el autor haga un juicio de valor correcto. Una interpretación independiente de los *Elementos* calificaría el error sobre la proporcionalidad del ataque como una equivocación respecto de los elementos normativos del *actus reus* (*normativer Tatbestandsirrtum*) y calificarlo como un error irrelevante de subsunción (*Subsumtionsirrtum*).³⁹¹ Si bien este error, por ser irrelevante, no excluye el *actus reus*, puede influir en la culpabilidad del autor por cuanto a que la conducta o resultado puede no achacársele, en vista de que él hizo una evaluación equivocada de la proporcionalidad implicada. El problema con esta manera de ver las cosas es que la distinción subyacente entre el elemento mental (el dolo) y la culpabilidad (el reproche) no está reconocida en el Estatuto. Éste último se funda en la distinción canónica clásica entre el lado externo e interno de la comisión de un crimen – “actus non facit reum nisi mens sit rea”³⁹² – y no incorpora tendencias más contemporáneas del Derecho Penal, especialmente el concepto finalista de un acto humano que llevó a la diferenciación entre el dolo, como parte del *actus reus*, y el reproche, como parte de la culpabilidad (“guilt or culpability”).³⁹³

Otro ejemplo es el significado de un *tribunal constituido regularmente* en el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto. Ni el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto ni el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra proporcionan gran orientación sobre qué significan los conceptos de “un tribunal constituido regularmente” y “las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”. Sin embargo, el texto del encabezado del Artículo 6(2) PA II es esencialmente idéntico al Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, así como al Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto de la CPI. La importancia del Artículo 6(2) PA II, para la interpretación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, se subraya en el *Commentario* de la Cruz Roja Internacional (*ICRC Commentary*) y del Artículo 6 AP II:

“El Artículo 6 formula algunos principios de aplicación universal que cualquier cuerpo responsablemente organizado debe, y puede, respetar. Completa y desarrolla el Artículo común 3, párrafo 1, inciso (1)(d), que prohíbe pronunciar sentencias y realizar ejecuciones sin juicio previo dictados por un Tribunal constituido y debidamente autorizado, al mismo tiempo porque suministra regularmente, proveyendo de todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados. Esta misma norma requirió clarificación para fortalecer la prohibición de la justicia sumaria y de las condenas sin proceso, que actualmente ya tienen cubierta. El Artículo 6 reitera los principios contenidos en la Tercera y Cuarta Convenciones, y en lo que resta está basado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el Artículo 15, del que no se permite ninguna derogación, incluso en el caso de una emergencia pública que ponga en riesgo la vida del

³⁹⁰ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 25.

³⁹¹ Bothe, *supra*, n. 311, p. 400. *Vid.* en general Ambos, *supra*, n. 71, p. 788, con n. 167 y pp. 811 y ss.

³⁹² Véase Gao, en Eser y Nishihara (ed.). *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. IV, 1995, 379, p. 383, con más referencias.

³⁹³ *Cf.* asimismo la crítica en *supra*, n. 281.

país.”³⁹⁴

Puesto que el Estatuto ha conservado *al pie de la letra* la terminología del Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, también los grupos armados disidentes están comprometidos a establecer “un Tribunal constituido regularmente” antes que se dicte sentencia. De esta forma, están prohibidos los Tribunales especiales instituidos sobre un fundamento *ad hoc* por los grupos rebeldes. La independencia y la imparcialidad son los rasgos principales de un “Tribunal constituido regularmente”. (Cf. Art. 14(1) ICCPR, 6(1) CEDH, 8(1) CADH).³⁹⁵ Al determinar si un organismo puede considerarse *independiente*, el Tribunal tiene en cuenta la manera como se nombra a sus miembros y el tiempo que duran en sus cargos, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si un organismo tiene la apariencia de ser independiente. El Tribunal es *imparcial* cuando los Jueces se colocan por encima de las partes, fallan sin dejarse influir por razones personales y de manera objetiva y atienden solamente a su mejor conocimiento y conciencia óptimos. La imparcialidad significa igualmente falta de prejuicios y sesgos.³⁹⁶

En conclusión, puede mencionarse el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto, que se refiere a “las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”. Estas últimas, que se proporcionarán según el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra sólo se describen con la formulación “que los pueblos civilizados reconocen en general como indispensables” (“which are recognized as indispensable by civilized peoples”).³⁹⁷ Con objeto de determinar las necesarias garantías judiciales, que en general se reconocen, las garantías judiciales particulares según el Artículo 6 de PA II pueden servir de base para la interpretación. Tal como se indica con la expresión “en particular” a la cabeza de la lista, es ilustrativo que “sólo se enumeren criterios reconocidos universalmente”.³⁹⁸

³⁹⁴ [“Article 6 lays down some principles of universal application which every responsibly organized body must, and can, respect. It supplements and develops common Article 3, paragraph 1, sub-paragraph (1)(d), which prohibits the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. This very general rule required clarification to strengthen the prohibition of summary justice and of convictions without trial, which it already covers. Article 6 reiterates the principles contained in the Third and Fourth Conventions, and for the rest is largely based on the International Covenant on Civil and Political Rights, particularly Article 15, from which no derogation is permitted, even in the case of a public emergency threatening the life of the nation.”] Comisión Preparatoria para la CPI, PCNICC/99/WGEC/INF.2, p. 91.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 94. Véase asimismo juicios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo al Art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, e.g., *Case of Kamasinski vs. Austria*, Judgement of 19 December 1989 (9/1988/153/207), pars. 61 y 96; *Case of Kremzow vs. Austria*, Judgement of 21 September 1993 (29/1992/374/445), pars. 43 y ss; *Case of Remli vs. France*, Judgement of 23 April 1996 (4/1995/510/593), pars. 24, 28 y ss, 44 y 48; *Case of Ferrantelli and Santangelo vs. Italy*, Judgement of 7 August 1996 (48/1995/554/640), pars. 37 y 54; *Case of Gregory vs. The United Kingdom*, Judgement of 25 February 1997 (111/1995/617/707), pars. 35, 38 y 49.

³⁹⁷ *Ibid.*, *supra*, n. 394, p. 97.

³⁹⁸ *Ibid.*