



¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?*

Kai Ambos**

Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

RESUMEN: El genocidio es un delito con un elemento subjetivo doble: una intención general referida a las conductas típicas y una intención ulterior que se refiere al fin último de destrucción del grupo (infra I.). La jurisprudencia dominante interpreta el requisito de la «intención de destruir al grupo» como una intención especial o específica (*dolus specialis*) poniendo el énfasis en su tendencia volitiva o basada en el propósito («purpose-based approach») (II. 1.). Aunque, durante mucho tiempo, esta interpretación ha sido aceptada sin grandes disensiones, recientemente ha sido cuestionada a partir de enfoques basados en el conocimiento y en la estructura («knowledge and structure-based approaches») (II. 2.), que no han sido objeto de suficiente estudio. Una interpretación histórica, literal, sistemática y teleológica del requisito de la «intención de destruir», teniendo en cuenta la particular estructura del delito de genocidio y el significado de la «intención» en Derecho comparado, revela que la interpretación tradicional no se sostiene. En su lugar, debería ser reemplazada por un enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento que permita diferenciar los casos según el estatus y la conducta de los sujetos activos (distinguiendo así, entre aquellos de rango inferior, intermedio y superior) (II.3.). Como consecuencia, el enfoque basado en el propósito sólo debería emplearse para los responsables de nivel superior o intermedio, mientras para los de nivel inferior bastaría con el conocimiento del contexto genocida. Aunque este enfoque no modifica de forma sustancial los tradicionales problemas de prueba, sí los mitiga en el caso de los responsables del nivel inferior (II.4.). Finalmente, este nuevo planteamiento exige una nueva perspectiva en la interpretación del requisito de la «intención de destruir» en casos de participación en genocidio (III.).

PALABRAS CLAVES: genocidio – dolo - intención de destruir – participación en genocidio.

ABSTRACT: Genocide is a crime with a double mental element, i.e., a general intent as to the underlying acts and an ulterior intent with regard to the ultimate aim of the destruction of the group (infra I.). The prevailing view in the case law interprets the respective «intent to destroy» requirement as a special or specific intent (*dolus specialis*) stressing its volitional or purpose-based tendency (II. 1.). While this view has been followed for a long time in the doctrine without further ado, it has recently been challenged by knowledge and structure-based approaches (II. 2.) which have not received sufficient attention. A historical, literal, systematic and teleological interpretation of the «intent to destroy» requirement, taking into account the particular structure of the genocide offence and the meaning of «intent» in comparative law, reveals that the traditional view cannot longer be maintained. It should be replaced by a combined struc-

* Publicado originalmente en inglés en «International Review of the Red Cross», vol. 91 (2010). Agradezco al Profesor Robert Cryer, de la Universidad de Birmingham, una revisión crítica del texto y sus valiosos comentarios. También agradezco sus observaciones a los participantes en los distintos encuentros en los que presenté este artículo (el Seminario «Issues on Criminal Law» del Prof. Stephen Shute, en la Universidad de Birmingham, que tuvo lugar el 23 de enero de 2009; «International Law Forum», de la Facultad de Derecho de la Hebrew University, Jerusalem, el 16 de marzo de 2009; Seminario «Problemas fundamentales de Derecho Penal Internacional», Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 26 March 2009; Encuentro de Expertos «Collective violence and international criminal justice», VU University Amsterdam, del 18 al 21 de junio de 2009). Finalmente agradezco a María Laura Böhm, doctoranda de la Universidad de Hamburgo e investigadora en la Universidad Georg-August de Göttingen por su ayuda. Traducción de la Dra. Cristina Fernández-Pacheco Estrada, Profesora Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Alicante (España). Revisión final del autor.

** Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho comparado y Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania); Juez de lo Penal (*Landgericht*) Göttingen. [kambos@gwdg.de]

ture- and knowledge-based approach distinguishing according to the status and role of the (low-, mid- and top-level) perpetrators (II.3.). In the result, the purpose based intent should only be upheld with regard to the top- and mid-level perpetrators while for the low-level perpetrators knowledge of the genocidal context should suffice. This new approach finally makes a fresh look at the «intent to destroy» requirement in cases of participation in genocide necessary (III.).

KEYWORDS: *genocide – intent – intent to destroy – participation in genocide.*

SUMARIO: *1. Cuestiones preliminares: el requisito de la «intención de destruir» en la singular estructura del delito de genocidio. 2. El significado de la «intención de destruir». 2.1. La jurisprudencia. 2.2. Opiniones discrepantes en la doctrina. 2.3. La combinación del enfoque basado en la estructura y en el conocimiento. a. El significado ambiguo del concepto de la intención. b. Una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior. 3. Consecuencias del enfoque combinado basado en la estructura y el conocimiento para otras formas de participación en el delito de genocidio. 3.1. La jurisprudencia. 3.2. La posición defendida: una distinción dual, por una parte, entre responsables de rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria. 4. Conclusión.*

1. Cuestiones preliminares: el requisito de la «intención de destruir» en la singular estructura del delito de genocidio

El delito de genocidio tiene dos elementos subjetivos interdependientes: uno general que podría denominarse «intención general» o dolo y uno adicional concretado en la «intención de destruir».¹ La intención general normalmente hace referencia a todos los elementos objetivos en la definición del delito (*actus reus*) y ha sido definida en Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) por el artículo 30

del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de modo que básicamente abarca un elemento volitivo (intención) y/o uno cognitivo o intelectual (conocimiento).² En el caso del genocidio, la intención general se refiere al encabezamiento del delito, así como a la lista de actos típicos³ dirigidos contra uno de los grupos protegidos.⁴ En este sentido, el sujeto activo debe saber que sus acciones se dirigen contra uno de los grupos protegidos, ya que el elemento del grupo es una circunstancia fáctica, tal y como ha sido definida por el artículo 30.3 del Estatuto de la CPI.⁵ Por el contrario, la «intención de destruir» constituye un

1 Véase también, *International Commission of Inquiry on Darfur*, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary General. Pursuant to SC Res. 1564, 18 September 2004, Annex to letter dated 31 January 2005 from the Secretary General addressed to the President of the SC, S/2005/60, 1 February 2005, párrafo 491; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09), párrafo 139; TRIFFTERER, Otto, «Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such», *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 400 y ss.; id., «Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender 'Elements of Crimes' für alle Tatbestände des Völkermords», en SCHÜNEMANN *et al.*, (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 1438 y ss.; SCHABAS, William, «The *Jelisić* case and the *mens rea* of the crime of genocide», *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, p. 129; VAN SLIEDREGT, Elies, «Joint Criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 195. CRYER, Robert, «The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision», *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 293. La estructura de doble intención ha sido aparentemente ignorada por la Comisión de Derecho Internacional, Report on the work of its forty-eighth-session, UN GAOR, 51st. session, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), en 87, donde se refiere únicamente a (una) *mens rea* y *actus reus*. ARNOLD, Roberta, «The *mens rea* of genocide under the Statute of the International Criminal Court», *Criminal Law Forum*, 14, 2003, pp. 135-36 también se posiciona a favor de una intención, considerando que la «intención especial» es un elemento de la *mens rea* y abarca la intención general. No obstante, la autora ignora el hecho de que el objeto de referencia de la intención «general» y «especial» son distintos. También confunde la intención con el motivo (interpretando de forma equivocada la doctrina alemana, en nota al pie 43).

2 El art. 30 (1) reza: «Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.»

3 Véase el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [Convención contra el Genocidio] y su equivalente en el Estatuto de la CPI (art. 6. a).

4 Véase también TRIFFTERER, Otto, *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 400, 403.

5 Art. 30 (3) establece que: «A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido.»

requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito.⁶ En consecuencia, debería hablarse más precisamente de intención ulterior⁷ (««exceso» de intención»⁸), caracterizada por un elemento subjetivo ampliado —con relación al *actus reus*— o a una tendencia interna trascendente («*überschießende Innentendenz*»⁹). De hecho, entendido de este modo, el genocidio es un delito de intención (*Absichts- oder Zieldelikt*).¹⁰ En la práctica, esto significa que el genocida puede intentar más de lo que, de forma realista, podría conseguir. Por ejemplo, tomemos el caso de un sujeto blanco racista, que trata de destruir a un grupo de negros en una gran ciudad. Actuando en solitario, este sujeto sólo podrá conseguir la destrucción de unos pocos miembros del grupo. Si se toma en serio la

estructura del delito basada en la intención específica, su intención genocida bastaría para entender que concurren los elementos del delito, ante la comisión de una sola de las conductas subyacentes previstas, como, por ejemplo, la «matanza de miembros del grupo» (art. 6 (a) del Estatuto de la CPI).

En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, por una parte, el genocidio constituye esencialmente un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios (art. 7.1.h Estatuto de la CPI).¹¹ El requisito de la «intención de destruir» convierte al genocidio en «la forma más extrema e inhumana de persecución».¹² Por otra parte, la intención ulterior distingue al genocidio de la persecución¹³ y de todos los demás crímenes contra la humanidad y contribuye a su particular injusto y seriedad.¹⁴ Con todo,

6 Véase también TRIFFTERER, *supra* nota 4, pp. 402-403.

7 Véase, por ejemplo, KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 3.

8 *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 520. Véase también *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 119 y ss. que, en lo esencial, caracteriza al genocidio como un delito de peligro (concreto) (párrafo 124: «completed when the relevant conduct presents concrete threat to the existence of the targeted group ...»).

9 Véase también *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 September 2004, párrafo 695: specific intent «characterises the crime of genocide».

10 Al respecto, con más detalle, véase el notable trabajo de GIL GIL, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, 1999, pp. 178 y ss., 231 y ss., 258 y ss.; id., «Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111, 2000, pp. 394-95. Véase también NTANDA NSEREKO, «Genocide: A Crime against Mankind», en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, pp. 124 y ss., 137; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 259, 262, 264 y ss.; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 120 with fn. 140 («crime of mens rea»). On the structure of the genocide crime, véase también AMBOS/WIRTH, «Sentencing, cumulative charging, genocide and crimes against humanity», en KLIP/SLUITER, (eds.), *Annotated Leading Cases - The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994 - 1999*, t. II, 2001, pp. 703 y ss.

11 Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Jelisić*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 68; también *Prosecutor v. Ruggiu*, Trial Judgment, Case No. ICTR-97-32-I, 1 June 2000, párrafo 21 (with reference to Kuprešić et al.). El Tribunal Supremo alemán (BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, p. 401) también concibe el genocidio como «parte de un crimen de lesa humanidad.» – Sobre la jurisprudencia alemana, véase AMBOS/WIRTH, *Genocide and war crimes in the former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994 - 2000)*, en FISCHER/KRESS/LÜDER, (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: Current developments*, 2001, pp. 769 y ss.

12 *Prosecutor v. Kuprešić et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 636: «(...) genocide is an extreme and most inhumane form of persecution.» Véase también SWAAK-GOLDMANN, «Persecution», en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, p. 247 y ss. sobre los elementos del crimen de persecución.

13 A propósito de la distinción entre la intención genocida y persecutoria, véase la reciente decisión *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 141 y ss., donde se analiza, en particular, el caso de la limpieza étnica. Véase también DEMKO, Daniela, «Die von der Genozidkonvention geschützten «Gruppen» als Regelungsgegenstand des «Specific Intent»», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 127, 2009, pp. 245-46.

14 Véase, *Prosecutor v. Jelisić*, *supra* nota 11, párrafo 66, 79 y ss. (79, 82); SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 11, 13, 15; de forma similar, NTANDA NSEREKO, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, pp. 119. Para una distinción basada en el bien jurídico protegido, véase GIL GIL, *supra* nota 10, pp. 123 y ss. (125-26), 159 y ss. (177 y ss.); id., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 393-94, según la cual el genocidio protege un bien jurídico colectivo, es decir, el grupo como tal, mientras los crímenes de lesa humanidad protegen derechos individuales; en un sentido similar, GREENAWALT, Alexander, «Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based Interpretation», *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2293-94; de forma aún más amplia, SHAW, *What is Genocide?*, reimpresión, 2008, p. 28 («... the idea of genocide as the intentional destruction of social groups remains foundational» [(emphasis in the original)], 33 y ss., 154 y ss. (154: «violent social conflict» with the «aim to destroy civilian social groups ...»)) – En cuanto a los concursos de delitos, cuando múltiples acciones se cometen con intención genocida, ello conlleva un único genocidio (esto es, un sólo delito) (*Handlungseinheit*) en concurso ideal (*Idealkonkurrenz*) con los crímenes de lesa humanidad (véase GIL GIL,

aunque el genocidio puede ser calificado como un delito de especial intención, esto no resuelve la cuestión del significado concreto y el grado de su intención.

2. El significado de la «intención de destruir»

2.1. La jurisprudencia

Dejando de lado la variedad terminológica registrada en la jurisprudencia,¹⁵ conviene dirigir nuestra atención directamente al significado del requisito de la «intención de destruir». La fecunda sentencia Akayesu interpretó la «intención de destruir» como «especial intención» o «dolo especial» entendido como «intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa¹⁶» o, en otras palabras, que tiene la «clara intención de causar el delito»¹⁷. La Sala describía la intención genocida como «elemento clave» de un delito doloso, que «se caracteriza por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del sujeto activo».¹⁸ La

jurisprudencia posterior del TPIR siguió básicamente lo establecido en Akayesu,¹⁹ exigiendo además el objetivo de destruir a uno de los grupos protegidos.

La jurisprudencia del TPIY siguió el mismo camino. Rechazando el intento de la Fiscalía de admitir el mero conocimiento,²⁰ la Sala de Primera Instancia en Jelisc aplicó la definición ofrecida en Akayesu. Sin embargo, en este caso, la Sala no se mostró convencida de que Jelisc actuara «motivado» (sic!) por el *dolus specialis* propio del delito²¹, ya que llevó a cabo las ejecuciones aleatoriamente²² y actuó como resultado de su personalidad perturbada²³. Como consecuencia, «mató arbitrariamente más que con una clara intención de destruir al grupo»²⁴. La Sala de Apelaciones descartó de nuevo la interpretación basada en el conocimiento propuesta por la Fiscalía²⁵, ratificando que «la intención específica requiere que el sujeto activo (...) trate de conseguir»²⁶ la destrucción de un grupo. Además, aclaró que la existencia de un motivo personal, por ejemplo, la búsqueda de beneficios económicos o ventajas políticas, no excluye la intención específica del sujeto activo.²⁷ Asimismo, la Sala aceptó, en esta ocasión en contra

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2000, pp. 396-97; BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, p. 401, 401 y ss., con comentario de Ambos); acerca de las relaciones entre genocidio y otros crímenes internacionales, véase SHAW, *ibid.* p. 2 («whether genocide constitutes a crime against humanity (which in non-legal terms is self-evident) remains contentious»), 34 («Genocide involves mass killing but it is much more than mass killing.»).

15 Los siguientes términos han sido empleados: «*special intent*» (*Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 498; *Prosecutor v. Seromba*, Trial Judgment, Case No. ICTR-2001-66-I, 13 December 2006, párrafos 175, 319); «*dolus specialis*» (*Prosecutor v. Akayesu*, *ibid.*; *Prosecutor v. Kajelijeli*, Trial Judgment, Case No. ICTR-98-44A-T, 1 December 2003, párrafo 803; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, párrafo 91; *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-3-T, 6 December 1999, párrafo 59; *Prosecutor v. Bagilishema*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 June 2001, párrafo 55; *Prosecutor v. Musema*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-13-A, 27 January 2000, párrafo 164); «*genocidal intent*» (*Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, *ibid.*); «*specific intent*» (*Prosecutor v. Kajelijeli*, *ibid.*; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, *ibid.*; *Prosecutor v. Bagilishema*, *ibid.*); «*specific genocidal intent*» (*Prosecutor v. Bagilishema*, *ibid.*); «*exterminatory intent*» (*Prosecutor v. Jelisc*, *op.cit.* 11, párrafo 83); «*specific intention*» (*Prosecutor v. Akayesu*, *ibid.*; *Prosecutor v. Rutaganda*, *ibid.*). – Esta variedad terminológica no terminó con la preferencia de la sentencia Jelisc de Apelación por el término «intención específica» (*Prosecutor v. Jelisc*, Appeal Judgment, Case No. IT-95-10-A, 5 July 2001, párrafo 45). La Sala subrayó que no atribuía a este término el significado que posee en las jurisdicciones nacionales (*ibid.*, párrafo 45 with fn. 81). Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, *supra* nota 9, párrafo 695. Para un uso «intercambiable» del use of *dolus specialis* e intención específica, *Prosecutor v. Stakić*, *supra* nota 8.

16 *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* nota 15, párrafo 498.

17 *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* nota 16, párrafo 518.

18 *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* nota 15, párrafo 518.

19 *Prosecutor v. Rutaganda*, *supra* nota 15, párrafo 61; *Prosecutor v. Bagilishema*, *supra* nota 15, párrafo 62; *Prosecutor v. Musema*, *supra* nota 15, párrafo 164: «clearly intended the result charged».

20 *Prosecutor v. Jelisc*, Prosecutors Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-10-PT, 19 November 1998, párrafo 3.1 (perpetrator «knew the likely consequence» that the committed acts would destroy a group in whole or in part). Véase también *Prosecutor v. Jelisc*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 42; *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párrafo 569 («consciously desired» the destruction of the group or «knew his acts were destroying»).

21 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 20, párrafo 108.

22 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 20, párrafo 106.

23 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 20, párrafo 105.

24 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 20, párrafo 108.

25 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 20, párrafo 52.

26 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 15, párrafo 46.

27 *Prosecutor v. Jelisc*, *supra* nota 15, párrafo 49, citing *Prosecutor v. Tadic*, Appeal Judgment, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, párrafo 269.

del criterio de la Sala de Primera Instancia y de acuerdo con la Fiscalía, que una personalidad perturbada o borderline, como la identificada en Jelusic, no excluye per se «la capacidad de formar una intención de destruir a un grupo protegido particular».²⁸ De forma similar, la Sala consideró que cierta aleatoriedad en los asesinatos cometidos no excluye una intención específica.²⁹ También confirmó la irrelevancia de los motivos³⁰, criticando implícitamente el uso, por parte de la Sala de Primera Instancia, del término «motivado» en relación con la intención.

Siguiendo la misma línea, la Sala de Primera Instancia en Krstic sostuvo que el genocidio sólo incluye actos «cometidos con la intención de destruir todo o parte del grupo».³¹ Así, Krstic fue condenado por genocidio, fundamentando la existencia de su intención de matar «hombres en edad militar bosnios musulmanes de Srebrenica» en el hecho de que estaba «de forma innegable (...) al corriente del terrible impacto» que las matanzas tendrían en la comunidad.³² No obstante, aun constatando el «riguroso requisito de la específica intención» a la luz de la seriedad del delito de genocidio y rechazando explícitamente el mero conocimiento,³³ la Sala de Apelaciones modificó la condena de Krstic por el delito de genocidio. Como no fue posible entender probada la especial intención de Krstic, sino sólo su conocimiento de la intención genocida de los demás sujetos activos, le condenó en calidad de partícipe (aiding and abetting).³⁴ La Sala de Primera Instancia en Sikirica rechazó abiertamente llevar a cabo «un examen de las teorías del dolo», por entender que la especial intención constituía una «cuestión de interpretación relativamente

sencilla» y sostuvo que el delito «identifica expresamente y explica la intención requerida».³⁵ En lo fundamental, la Sala siguió la doctrina de la sentencia en Apelación en el caso Jelusic, que estableció como estándar «tratar de conseguir» («seeks to achieve»).³⁶ Las sentencias en los casos Blagojevic y Brdjanin también asumieron un enfoque orientado a un fin³⁷ y rechazaron que el mero conocimiento fuera suficiente.³⁸

En conclusión, el enfoque de la jurisprudencia se basa en la idea, sugerida originariamente en la sentencia Akayesu, de que la «intención de destruir» implica una especial o específica intención que, en lo fundamental, expresa un elemento volitivo en su forma más intensa y está basada en el propósito. Esta postura ha sido compartida por otras instancias. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia («CIJ») también se refiere a la «especial o específica intención» como una «forma extrema de actos intencionales y deliberados, planeados para destruir al grupo o a parte del grupo».³⁹ El Tribunal de Bosnia-Herzegovina sostuvo en el caso Kravica, que incluye cargos por genocidio referidos a lo acontecido en Srebrenica, que en el genocidio «la intención sólo puede ser el resultado de una intención deliberada y consciente.»⁴⁰ La Comisión Investigadora para Darfur, por una parte, se refiere de forma similar a «una intención criminal agravada o dolus specialis» que «implica que el sujeto activo buscó conscientemente que los actos prohibidos resultaran en la destrucción» del grupo protegido. Sin embargo, por otra parte, también requiere de forma adicional el conocimiento del sujeto activo de «que sus actos destruirían, en todo o en parte, al grupo como tal.»⁴¹

28 *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 70.

29 *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 71.

30 *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 71.

31 *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 20, párrafo 571.

32 *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 20, párrafo 634.

33 *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 134.

34 *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 33, párrafos 135 y ss.

35 *Prosecutor v. Sikirica*, Judgment on defence motions to acquit, Case No. IT-95-8-T, 3 September 2001, párrafos 58 and 59.

36 *Prosecutor v. Sikirica*, supra nota 35, párrafo 59, fn 165; for this standard, véase supra nota 26.

37 *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, Trial Judgment, Case No. IT-02-60-T, 17 January 2005, párrafo 656 (destruction (...) must be the aim of the underlying crime.); *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 695.

38 *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 37 («not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group.»).

39 ICJ, *Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, párrafo 188 (citing *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 636). Véase también *ILC*, supra nota 1, p. 88 («intention ... to destroy»).

40 *Prosecutor v. Milos Stupar et al.*, First Instance Verdict, Case No. X-KR-05/24, 29 July 2008, p. p. 56; available p. <http://www.sudbih.gov.ba/?opcija=predmeti&id=22&jezik=e> (visitado 16 de febrero de 2010).

41 Darfur Report, supra nota 1, párrafo 491. La Comisión rechaza en última instancia la existencia de una intención genocida, por encontrar «elementos más indicativos» en contra de su existencia (ibid., párrafo 513 y ss.), por ejemplo, la matanza selectiva (párrafo 513) y la reclusión de los supervivientes en campos donde recibían ayuda humanitaria (párrafo 515). En consecuencia, la Comisión considera más bien que existía la intención de trasladar a las víctimas en el marco de la lucha contra la insurgencia («intent to drive the victims from their homes, primarily for purposes of counter-insurgency warfare», párrafo 518). Alcanzando la misma conclusión, CAYLEY, Andrew T. «The Prosecutor's strategy in seeking the arrest of Sudanese President Al Bashir on charges of genocide», *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 837 y ss. En contra de las conclusiones alcanzadas en el Informe, véase SHAW, supra nota 14, p. 168 y ss. (essentially following REEVES, Eric, «The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: a critical analysis (Part I)», *H-Genocide*, 2 Febr. 2005).

Por último, en la Decisión de la CPI sobre la Orden de Arresto de Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares I siguió el enfoque tradicional para los principales responsables y negó la existencia de intención genocida, aunque sí tomó nota del enfoque basado en el conocimiento». ⁴²

2.2. Opiniones discrepantes en la doctrina

Mientras gran parte de la doctrina sigue en lo fundamental la jurisprudencia dominante e interpreta la intención de destruir en el sentido de una intención especial ulterior, ⁴³ algunos autores han cambiado recientemente su opinión al respecto. ⁴⁴ En su obra fundamental sobre los elementos del delito, GIL GIL entiende que la intención debe ser interpretada en un sentido más amplio, que abarque el concepto de *dolus eventualis* ⁴⁵ o intención condicional. ⁴⁶ La autora justifica tal planteamiento en el caso del delito de genocidio invocando los paralelismos existentes entre su estructura y la de la tentativa. La tentativa, de acuerdo con Gil Gil requiere, por un lado, intención general, incluyendo *dolus eventualis*, en relación con el *actus reus* del

delito intentado y, por otro lado, voluntad incondicionada o intención entendida como elemento subjetivo trascendente en relación con los actos constitutivos del delito y el resultado criminal. ⁴⁷ En cuanto a los actos típicos, por ejemplo la matanza de miembros del grupo en supuestos de genocidio, sería suficiente que existiera *dolo eventual*, aunque combinado con la intención en el sentido de voluntad incondicional respecto a los restantes actos (la matanza de otros miembros del grupo) necesarios para conseguir el resultado final del delito, o por lo menos conocimiento de la intención de los coautores al respecto, considerando posible la comisión de esos actos. OTTO TRIFFTERER ⁴⁸ llega a la misma conclusión, admitiendo, en principio, el *dolo eventual*, aunque sus argumentos se basan más en consideraciones político-criminales que doctrinales. En lo fundamental, este autor argumenta que la interpretación literal e histórica del requisito de la intención no es concluyente, pero que, desde un punto de vista teleológico, no es relevante a efectos de la destrucción del grupo si el sujeto actúa con especial intención o sólo *dolo eventual* respecto a dicha destrucción. ⁴⁹ Su interpretación se basa en

⁴² *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, supra nota 1, párrafo 139-40, en la nota al pie 154, siguiendo la posición de la CIJ (ICJ, supra nota 39,) y estableciendo que «el enfoque basado en el conocimiento» sólo traería consecuencias para los responsables de rango inferior o medio y ello no es, por tanto, relevante para la CPI. La mayoría de la Sala (con el voto particular de la juez Ušacka) rechaza el cargo por genocidio, argumentando de las pruebas presentadas se extrae que la intención genocida «no es la única conclusión razonable» que puede ser extraída (ibid., párrafo 202 y ss. [205]). En contra, KRESS, Claus, «The crime of genocide and contextual elements», *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 305. Recientemente, la Sala de Apelación revocó la decisión con respecto a genocidio por el (equivocado) estándar probatorio usado por la Sala Preliminar y instruyó a éste de determinar de nuevo si un orden de arresto debe ser decretado con respecto a este crimen (ICC-02/05-01/09-OA, 3 Febr. 2010).

⁴³ CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, p. 137; NTANDA NSEREKO, supra nota 14, pp. 117, 124; AKHAVAN, Payam, «The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence», *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 992; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 191 y ss.; NERSESSIAN, David, «The Contours of Genocidal Intent», *Texas International Law Journal*, 37, 2002, p. 265; HÜBNER, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, 2004, p. 152 y ss.; VAN DE VYVER, Johan, «Prosecution and punishment of the crime of genocide», *Fordham International Law Journal*, 23, 1999, p. 308; id., «The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law», *University of Miami International and Comparative Law Review*, 12, 2004, p. 84 y ss.; ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, pp. 142, 150; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1ª ed., 2000, pp. 214 y ss., 219, 221; PAUL, *Kritische Analyse und Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention*, 2008, pp. 254, 257 («aimed p. the physical destruction»); SHAW, supra nota 14, p. 82; KIRSCH, Stefan, «Two notions of genocide», *Creighton Law Review*, 42, 2009, pp. 352.

⁴⁴ Además de los autores citados en el texto, también SCHABAS en su última edición, (*Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009), sigue el enfoque basado en el conocimiento, en pp. 252 y ss., 254 («An approach to the knowledge requirement that considers recklessness about the consequences of an act to be equivalent to full knowledge provides an answer to such an argument.»), 264 («The knowledge-based approach, ..., whereby the mens rea of both perpetrator and accomplice is assessed not by their goal or purpose but by their knowledge of the plan or policy, avoids these difficulties.»).

⁴⁵ Acerca del concepto continental de *dolo eventual* que puede ser situado en algún lugar entre *purpose/knowledge* y *recklessness/negligence*, véase FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 123 y AMBOS, Kai, «General principles of criminal law in the Rome Statute», *Criminal Law Forum*, 10, 1999, p. 21 with further references.

⁴⁶ GIL GIL, supra nota 10, pp. 231 y ss. (236 y ss.), 258 y ss. (259) refiriéndose a su mentor Cerezo Mir en las notas al pie 124 y 127 y, con más referencias, en la nota al pie 136. Véase también para una síntesis de su postura GIL GIL, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 395.

⁴⁷ GIL GIL, supra nota 10, pp. 241.

⁴⁸ TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 403 y ss.

⁴⁹ TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 404-405. Véase también id., «Can the 'Elements of Crimes' narrow or broaden responsibility for criminal behavior defined in the Rome Statute?», en STAHN/SLUITER, (eds.), *The emerging practice of the ICC*, 2009, p. 390 donde argumenta que, a efectos del elemento contextual (tal y como ha sido definido en los Elementos de los Crímenes, infra nota 89) que una «intención general» sería suficiente.

la dificultad de probar una especial intención, que acarree una condena por genocidio.⁵⁰

Otros autores han argüido que la «intención de destruir» incluye todo el ámbito de la intención directa, es decir que también incluye conocimiento positivo (dolo directo de segundo grado). ALEXANDER GREENAWALT explica tal enfoque basado en el conocimiento empleando una interpretación histórica y literal del concepto de intención en la Convención contra el Genocidio y en Derecho (Penal) nacional, que este autor no encuentra concluyente por cuanto conduce a «múltiples interpretaciones».⁵¹ Sostiene en este sentido que «la culpabilidad principal debería extenderse a quienes carecen de un propósito genocida específico, pero cometen actos genocidas entendiendo las consecuencias destructivas de sus actos».⁵² En los casos en que un «sujeto es responsable de otro modo» por el delito de genocidio, el requisito de la intención genocida se entiende presente si «actuó en el marco de una campaña de ataque a los miembros de un grupo protegido y sabía que el fin o los efectos manifiestos de tal campaña traerían la destrucción del grupo...».⁵³ La interpretación de Greenawalt del requisito de la intención de la Convención combina dos elementos: la selección de los miembros del grupo basada en su condición de miembro del grupo y el conocimiento de las consecuencias destructivas de la conducta delictiva en la supervivencia del grupo.⁵⁴ HANS VEST sigue la interpretación basada en el conocimiento y la desarrolla, centrándose en la estructura en dos partes de la intención genocida.⁵⁵ Para Vest esta estructura constituye un «punto de referencia mixto individual-colectivo» de la intención: mientras la intención general se refiere a los actos indivi-

duales de la definición del delito de genocidio (Einzeltat), la «intención de destruir» se refiere a la acción colectiva o más amplia inherente a cualquier conducta genocida⁵⁶, es decir, a «la conducta global de la campaña genocida y sus consecuencias» (Gesamtat).⁵⁷ En lo que respecta a esta intención «colectiva» o «contextual», a fin de entender que concurre, basta la «certidumbre práctica» del autor del delito a propósito de las consecuencias genocidas de la operación colectiva en la que toma parte: «el estándar de la intención genocida basado en el conocimiento concurre cuando el conocimiento por parte del autor de los delitos de las consecuencias de la conducta global llega al nivel de certidumbre práctica.»⁵⁸ De hecho, JOHN JONES ya había efectuado una distinción similar con anterioridad, diferenciando entre la intención como atributo del plan genocida y de los individuos que toman parte en él.⁵⁹ Él argüía que la intención de destruir es (sólo) un atributo del plan genocida, mientras el individuo participando en este plan sólo necesita —como en el caso de los crímenes de lesa humanidad— poseer la intención referida a las conductas típicas (por ejemplo, Art. 6 (a)-(e) ICC Statute) y conocimiento con respecto al contexto genocida. CLAUS KRESS sigue, en lo esencial, este enfoque basado en la estructura, distinguiendo entre «el nivel colectivo de actividad genocida» y «la conducta genocida individual.»⁶⁰ Del mismo modo, en el «típico caso» de genocidio, el autor de rango inferior, por una parte, y de forma similar a los crímenes de lesa humanidad, debe actuar con conocimiento del ataque colectivo genocida,⁶¹ y, por otra, (como sostiene Gil Gil), con dolo eventual sobre la destrucción —al menos parcial— del grupo protegido.⁶²

50 TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 405-06 («much more difficult to be proven ...»).

51 GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2265 y ss. (2279).

52 GREENAWALT, *ibid.*, pp. 2259, 2265.

53 GREENAWALT, *ibid.*, pp. 2288 (cursiva añadida).

54 GREENAWALT, *ibid.*, pp. 2289.

55 VEST, Hans, «A structure-based concept of genocidal intent», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 790 y ss. Originalmente en *id.*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101 y ss.; *id.*, «Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 2001, pp. 480 y ss.

56 VEST, supra nota 55, pp. 785-86, 789-90.

57 VEST, supra nota 55, p. 790.

58 VEST, supra nota 55, p. 793 (cursiva en el original).

59 JONES, «Whose intent is it anyway? Genocide and the intent to destroy a group», en VORAH *et al.*, (eds.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, pp. 467-480, p. 468, 471, 473, 477, 479-80.

60 KRESS, Claus, «The Darfur Report and Genocidal Intent», *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 572 y ss.; véase también recientemente *id.*, «§ 6 Völkermord», en JOECKS/MIEBACH, (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2 Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch [VStGB]* (2009) § 6 VStGB, mn. 82 y ss. (pp. 563-64); *id.*, *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 304 y ss. Con prácticamente los mismos argumentos para el enfoque basado en el conocimiento, véase PAUL, supra nota 43, y ss., refiriéndose a Vest (p. 258) y sugiriendo una propuesta concreta de reforma (at 273, 323-4). También, VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 192-93 encuentra el enfoque de KRESS «atractivo» pero en última instancia se adhiere a la pobremente desarrollada perspectiva de TPIY/TPIR, con el argumento formar de que dicha teoría «no puede ser ignorada». También siguiendo la distinción operada por KRESS entre colectivo e individual, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, pp. 352 y ss.

61 KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 573 y ss.

62 KRESS, *ibid.*, pp. 576-77.

2.3. La combinación del enfoque basado en la estructura y en el conocimiento

a. El significado ambiguo del concepto de la intención

El enfoque basado en el conocimiento se asienta en la premisa de que el concepto de «intención» no se limita a una interpretación puramente volitiva o basada en la intención. Esto es correcto. Greenawalt muestra de forma convincente que la interpretación histórica y literal de la interpretación de la Convención contra el Genocidio no es concluyente a este respecto.⁶³ En cuanto a la interpretación literal, la formulación del artículo 6 del Estatuto de la CPI (redactado conforme al artículo 2 de la Convención contra el Genocidio) no es en absoluto clara: mientras las versiones francesa y española parecen sugerir una interpretación volitiva, al emplear una terminología *prima facie* que expresa una conducta basada en el propósito («l'intention de détruire»; «intención de destruir»), la versión inglesa («intent to destroy») resulta poco clara incluso en su formulación, ya que el significado de la «intención» es ambiguo. Aunque el *common law* tradicional prevé delitos de intención específica, que implican propósito (en el sentido de «aim and purpose»), por ejemplo, el robo (*burglary*),⁶⁴ en general, los términos «intent» o «intention» han sido siempre entendidos en sentido volitivo y cognitivo.⁶⁵ El moderno Derecho inglés todavía incluye en la definición de la intención, además del propósito, «foresight of virtual certainty»; a lo sumo, el significado fundamental de la in-

tención está reservado a deseo, propósito, etc.⁶⁶ En el caso de asesinato *R. v Woollin*, la Cámara de los Lores definió la intención refiriéndose a «certeza virtual» respecto a las consecuencias de las acciones del acusado.⁶⁷ La International Criminal Court Act 2001 define la intención en el delito de genocidio en la ley inglesa incluyendo la conciencia de una persona de que una consecuencia se producirá en el curso ordinario de las cosas.⁶⁸ También el Model Penal Code estadounidense, que sirvió como referencia para el Estatuto de la CPI en muchos aspectos, aunque distingue entre «propósito» («purpose») y «conocimiento» («knowledge») (secc. 2.02 (a)), define aquel en un sentido cognitivo, refiriéndose al «objeto consciente» del autor con respecto a la conducta y al resultado.⁶⁹

Pero tampoco en las jurisdicciones del sistema continental o civil law está siempre meridianamente clara la distinción entre propósito y conocimiento —y, en consecuencia, el significado de «intención»—. En Derecho francés, la expresión «intention criminelle» fue introducida en el Código Penal anterior (art. 435) por una ley de 2 de abril de 1892 pero nunca fue definida explícitamente. El Código empleaba expresiones como «à dessein, volontairement, sciemment, frauduleusement, de mauvaise foi». El Nuevo Código Penal se refiere a la intención criminal en su artículo 121.3 pero tampoco la define. Además, los jueces franceses parecen considerarse —en el sentido del famoso proverbio de Montesquieu— simple «bouche de la loi» y, en este sentido, también se abstienen de ofrecer una definición general de la intención criminal.⁷⁰ En la doctrina, «in-

63 Véase GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2265 y ss. (2279). También encuentro correcto en este sentido, TRIFFETTER, *supra* nota 4, p. 404; véase *supra* nota 49 y el texto que acompaña a la cita.

64 WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 1961, p. 34, pero véase también en la página 49, cuando, a propósito del término «intención específica», establece que «el adjetivo específico parece en cierto modo inútil, ya que la intención no es más específica que cualquier otra intención requerida en Derecho Penal.»

65 Véase WILLIAMS, *The mental part of crime*, 1965, p. 20 («Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one's conduct, or else of foresight that the result will certainly follow.»). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 440 remontándose a la teoría doctrinal del siglo diecinueve del utilitarista John Austin. Recientemente, en este sentido, ELEWA BADAR, Mohamed, «The mental element in the Rome Statute of the ICC: a commentary from a comparative criminal law perspective», *Criminal Law Forum*, 19, 2008, p. 479.

66 ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, p. 170 y ss.; SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal law: theory and doctrine*, 2007, p. 120 y ss. (121). En este sentido, también KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, pp. 4 y ss., que distingue entre intención directa y «oblicua» («oblique»).

67 *R. v Woollin* [1999] 1 Cr App R 8, HL, p. 20-21 («... the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant's actions ...»). Según la Corte de Apelaciones en *R v Matthews and Alleyne* [2003] 2 Cr App R 30; no obstante, el jurado no está obligado a comprobar la existencia de la intención basada en certeza virtual (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión). Véase también sect. 12 of the Judicial Studies Board, Specimen Directions, disponible en <www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm>

68 International Criminal Court Act 2001 (UK) s 66(3) (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión).

69 La parte correspondiente a la sección 2.02 (a) dice así: «A person acts purposely with respect to a material element of an offense when ... if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his *conscious object* to engage in conduct of that nature or to cause such a result...» (cursiva añadida). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 440 y ss.

70 PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 468.

ention» se define tanto en un sentido volitivo,⁷¹ como cognitivo.⁷² Bajo este presupuesto, se establece una distinción entre el dolo directo volitivo y el dolo indirecto volitivo.⁷³

En Derecho alemán y español, el dolo directo de primer grado («*dolus specialis*», «intención», «*Absicht*») se interpreta en general como expresión de un elemento volitivo fuerte (determinación, deseo) y un elemento cognitivo débil (conocimiento, conciencia).⁷⁴ El dolo, en este sentido, implica el deseo de producir el resultado y puede ser definido como un «propósito vinculado a la voluntad» («*purpose-bound-will*»).⁷⁵ Con todo, esta interpretación aparentemente clara no está en absoluto exenta de controversia. En España, la «intención» se interpreta por una parte importante de la doctrina bien como intención en un sentido general («*dolus*», «*dolo*»)⁷⁶ o bien abarcando ambas formas de dolo directo (deseo y conocimiento).⁷⁷ Incluso el término alemán «*Absicht*», que en su sentido ordinario posee una clara tendencia volitiva, en términos legales, no siempre se interpreta en el sentido de propósito.⁷⁸ Además, por otro lado, la «*Absicht*» no necesariamente se refiere a todas las precondiciones, fases transicionales, objetivos intermedios o efectos colaterales que están inevitablemente conectados con el objetivo en última instancia deseado (por ejemplo, la destrucción de un grupo) y son pasos necesarios para alcanzarlo. Estos pasos intermedios o efectos colaterales inevitablemente interconectados están incluidos en la «*Absicht*» si el autor sabe de su concurrencia con certeza virtual.⁷⁹ Por otra parte, el autor puede pretender la destrucción del grupo únicamente como objetivo intermedio, es decir, como medio para otro fin.⁸⁰ Por ejemplo, puede perseguir la ocupación militar de una región habitada

por el grupo afectado y, para conseguir este fin, matar o deportar a miembros del grupo con la intención de destruirlo. Mientras, en este caso, el objetivo intermedio todavía sería parte de las consecuencias principales producidas por los actos del autor, y como tales serían producidas dolosamente como medio para un fin, la situación sería distinta si la destrucción del grupo solo fuera un efecto colateral no deseado, resultante, por ejemplo, de los actos del autor para obtener el control de una región, es decir, no serían parte de las consecuencias pretendidas por el autor, sino sólo un efecto colateral desafortunado y subsidiario.⁸¹

Desde este punto de vista, está claro que una interpretación literal del término «intención» no indica una preferencia clara por un enfoque basado en el propósito o en el conocimiento.⁸² El genocidio requiere una «intención de destruir» general, y no una «especial» o «específica» intención en el sentido de un «dolo especial». Mientras la intención de destruir puede ser entendida como una intención ulterior en el sentido de la estructura doble de la intención genocida tal y como fue explicada al inicio de este trabajo,⁸³ esto es muy distinto a darle a este requisito un significado basado en el propósito, lo cual otorgaría al delito el calificativo de «especial» o «específico». Aun cuando este calificativo fuera parte de la definición del delito, no necesariamente se refiere al grado o intensidad de la intención;⁸⁴ en su lugar, también podría ser interpretado como lo opuesto a una intención «general», en el sentido de la estructura doble de la intención; es decir, simplemente clarificaría que la intención «especial» debe ser distinguida de la «general», que se refiere a los actos típicos.⁸⁵

71 BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, 2006, p. 238: «volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale» («voluntad dirigida a conseguir un objetivo ilegal»).

72 Véase Crim. 7 janvier 2003, Bull. n°1: «la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite» («el conocimiento o conciencia del agente de que comete un acto ilegal»). Véase también GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 1, n°77; MERLE/ITU, *Traité de droit criminel*, vol. 1, 1997, n°579.

73 PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 463; HENNAU/VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2003, n° 350 y ss.

74 ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, t. I*, 4th ed., 2006, § 12 mn. 7 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 7th ed. 2006, p. 244, mn. 82-83.

75 ELEWA BADAR, Mohamed, «*Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*», *International Criminal Law Review*, 5, 2005, p. 222.

76 Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 1998, p. 153; GIL GIL, citado en *supra* nota 46 con más referencias.

77 LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal: parte general*, 2004, p. 416.

78 Véase de modo general, sobre Derecho alemán, GEHRIG, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*, 1986; y sobre Derecho suizo, GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1968, p. 20 y ss.

79 Véase VEST, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 788 con referencias en la nota 20.

80 GROPENGISSER, «The Criminal Law of Genocide. The German Perspective», *International Criminal Law Review*, 5, 2005, pp. 329, 339. En general, sobre tal posibilidad, KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 4.

81 Véase en general sobre la relación entre un objetivo inmediato y la intención específica, JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 2003, § 16 mn. 12; ROXIN, *supra* nota 74, § 12 mn. 10 y ss.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2008, § 5 mn. 35.

82 De la misma opinión, KRESS, *supra* nota 61, p. 567 y ss. (570, 572); id., *supra* nota 60, mn. 83.

83 *Supra* nota 6 y el texto al que se refiere.

84 Esta es, sin embargo, la opinión preponderante en Derecho Penal general sobre el significado de la «intención general», véase, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 5th ed., 2008, p. 328 y ss.

85 En éste sentido, véase TRIFFTERER, *supra* nota 1, p. 1423, 1438 y ss.

b. Una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior

Si se acepta la conclusión señalada más arriba —esto es, que una interpretación literal del concepto de intención no determina inequívocamente el significado de la «intención de destruir»—, la solución habría de venir por una interpretación sistemática y teleológica de este requisito. Desde luego, una interpretación de esta naturaleza no debe ir más allá de los límites fijados por el texto de la ley, a riesgo de infringir el principio *nullum crimen* (principio que obliga a una interpretación estricta y a la prohibición de la analogía, según el artículo 22(2) del Estatuto de la CPI):⁸⁶ pero si estos límites no son determinados precisamente, como se demostró en la sección anterior, el recurso a otros métodos de interpretación no solo es legítimo sino también necesario.

Dicha interpretación debe comenzar, sistemáticamente, asumiendo el enfoque basado en la estructura tal y como ha sido desarrollado por Vest y Kreß. Un enfoque de estas características se basa en la distinción entre intención general referida a los actos individuales (*Einzeltaten*) y la «intención de destruir» referida a la acción genocida colectiva (*Gesamtat*).⁸⁷ Ambas formas de intención incluyen la mens rea del delito de genocidio pero, como fue explicado al inicio de este trabajo, deben ser distinguidas. La —aquí relevante— «intención de destruir» adicional se refiere a la acción colectiva genocida y abarca el elemento contextual del delito de genocidio. En otras palabras, mientras la definición objetiva del delito carece de un elemento con-

textual,⁸⁸ —al contrario de la definición de los Elementos de los Crímenes de la CPI⁸⁹— este elemento se convierte en parte de la definición (subjéctiva) del delito, siendo su «portador» la «intención de destruir».⁹⁰ Desde un punto de vista teleológico, la cuestión fundamental reside en la justificación última del requisito de la «intención de destruir». Como ya fue establecido al inicio de este trabajo, el principal objetivo de este requisito es distinguir entre genocidio y otros crímenes, en particular de los crímenes de lesa humanidad «generales». Este objetivo, sin embargo, no predetermina el significado concreto o el contenido de este requisito. De hecho, mientras este requisito específico convierte al genocidio en un crimen de lesa humanidad especial —es decir, un delito no sólo dirigido contra individuos sino contra un grupo como tal—, en realidad, cumple esta función independientemente de que se adopte el enfoque basado en el propósito o en el conocimiento. En otras palabras, el estatus del genocidio como «crimen de crímenes», caracterizado por una especial antijuridicidad, no es el resultado de una interpretación del delito basada en el propósito o en el conocimiento⁹¹, sino de su especificidad al proteger a ciertos grupos de ataques y la destrucción total.⁹²

Así las cosas, es posible establecer una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior.⁹³ En cuanto a los primeros, esto es, los fácilmente intercambiables «soldados de a pie» de una campaña genocida, que, por lo general, carecen de los medios para destruir al grupo solos,⁹⁴ no es necesario ni rea-

86 Véase, con más detalle, sobre la interpretación de este principio en DPI AMBOS, «Nulla poena sine lege in international criminal law», en HAVEMAN/OLUSANYA, (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, 2006, pp. 17 y ss.

87 La Sala de Primera Instancia en *Krstić* también distinguió, aunque sin la debida precisión, también distinguió entre, «intención individual» y «la intención implicada en la concepción y comisión del delito» y, por otra parte, la «intención de destruir» y «la intención de concretos responsables» (véase *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 20, párrafo 549; véase también, VEST, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 794 y la nota 47 y KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 573 junto con la nota 45).

88 Véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2008, § 7 mn. 145. En contra de un elemento contextual, por este mismo motivo, véase TRIFFTERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 407.

89 Véase el último elemento (número 4 o 5) de cada acto, que requiere que «[T]he conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct ...» (Preparatory Commission for the ICC. Addendum. Part II. Finalized draft text of the Elements of Crimes. PCNICC/2000/1/Add. 2., 2 November 2000).

90 Véase, DEMKO, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, pp. 228-29. De modo similar, para KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pp. 304-05, el elemento contextual de los Elementos (supra nota 89) constituye un punto de referencia de la intención genocida (también, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, pp. 354-55). En todo caso, el elemento contextual no debe ser interpretado como equivalente a un plan o política genocida, sino que la conducta relevante debe producirse en un contexto de una «pauta manifiesta de conducta similar» (véase CRYER, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 291).

91 Sobre la doctrina dominante en Alemania, véase, por ejemplo, ROXIN, supra nota 74, donde analiza la disposición alemana (antes, el § 220a del Código Penal alemán [Strafgesetzbuch], actual § 6 VStGB). De otra opinión, TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 404-405 quien, sin embargo, no discute el argumento teleológico.

92 De forma similar, KRESS, supra nota 61, p. 576.

93 También sosteniendo un «enfoque diferencial» aunque sin desarrollarlo completamente, VAN DER WILT, Harmen, «Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 239, 243 y ss. Una distinción similar ya fue defendida por JORGENSEN, Nina, «The definition of genocide: Joining the dots in the light of recent practice», *International Criminal Law Review*, 1, 2001, p. 309. Presentando una tipología más sofisticada de responsables de delitos internacionales, que también puede aplicarse al genocidio, SMEULERS, «Perpetrators of international crimes: towards a typology», en SMEULERS/HAVEMAN, *Supranational criminology – towards a criminology of international crimes*, 2008, pp. 240 y ss.

94 KRESS, supra nota 61, p. 577 y la nota 61, que se refiere al «caso típico».

lista esperar que actúen con el propósito y el deseo de destruir. En realidad, es posible imaginar una campaña genocida colectiva en la que sólo algún autor de rango inferior, o incluso ninguno, actúe con un propósito destructivo.⁹⁵ De hecho, como estos individuos no pueden contribuir en solitario de forma relevante al fin último de la destrucción del grupo, tampoco pueden expresar ningún propósito significativo en relación con el resultado general. Por tanto, es suficiente para determinar responsabilidad por el delito de genocidio que los autores actúen con conocimiento, es decir, sabiendo que forman parte de la campaña genocida y que, por tanto, contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir.⁹⁶ En otras palabras, un acusado de rango inferior debe saber al menos que los «cerebros» de la campaña genocida actúan con intención genocida entendida en sentido estricto.

Hay al menos cuatro argumentos que corroboran esta interpretación. En primer lugar, la incorporación del elemento de contexto a la definición del delito con base en el especial requisito subjetivo corresponde a la realidad criminológica de la conducta genocida; es decir, que el genocidio no puede ser cometido por unos pocos individuos aislados, sino que precisa de autores intelectuales y un aparato organizacional para implementar los perversos planes.⁹⁷ En segundo lugar, aunque estos autores de rango inferior llevan a cabo los actos típicos con sus propias manos, en términos de su contribución general a la campaña genocida, son sólo partícipes secundarios o, más concretamente, cómplices o cooperadores necesarios.⁹⁸ Dicho de otro modo, aunque son

ejecutores directos del plan genocida y por tanto deben ser considerados como tales (es decir, como autores), sus actos ejecutivos sólo adquieren su «significado genocida» porque existía un plan. Como los ejecutores no estaban involucrados en diseñar el plan sino que son, en sentido normativo, sólo un mero instrumento para implementarlo, no deben poseer la especial intención de destrucción sino simplemente saber de su existencia; tal interpretación es coherente con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en DPI (infra III.1.). Esto podría ser distinto en supuestos de genocidio «espontáneo», si se admite que tales supuestos puedan existir en contra de lo establecido en este primer argumento. De cualquier modo, en este tipo de casos los autores directos poseen una especial intención por sí mismos y por tanto presentan los requisitos subjetivos del autor de genocidio. En tercer lugar, aunque, como fue explicado, hay una diferencia estructural entre genocidio y crímenes de lesa humanidad en cuanto al ámbito de protección, el genocidio se ha desarrollado a partir de los crímenes de lesa humanidad⁹⁹ y es, en esencia, una forma (especial) de crimen de lesa humanidad.¹⁰⁰ Esta «congruencia estructural»¹⁰¹ justifica una construcción del genocidio desde el punto de vista de la estructura como un crimen de lesa humanidad con respecto al requisito del «conocimiento del ataque» (Art. 7 Estatuto de la CPI). Cuarto, en cuanto a la (hostil) actitud del autor directo respecto al grupo, no existe diferencia alguna si actúa con intención genocida o con conocimiento del propósito genocida general.¹⁰² Incluso puede que actúe con alguna forma de propósito indirecto no distanciándose completa-

95 Véase VEST, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, p. 486; KRESS, *supra* nota 61, p. 573.

96 La distinción subyacente fue reconocida en un primer borrador de los Elementos de los Crímenes de la CPI; así, véase el último elemento (número 3 o 4) de cada acto subyacente, en este caso, «genocidio por matanza»: «The accused knew ... that the conduct would destroy ... such group ...» (Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Annex III. Elements of Crimes. PCNICC/1999/L.5/Rev. 1/Add. 2., 22 December 1999). La versión final sólo retuvo el requisito de la intención (especial) (véase Elements of Crime, *supra* nota 89, art. 6, tercer elemento en cada caso). SHAW, *supra* nota 14, p. 86 y ss. reconoce la naturaleza organizada del genocidio pero se muestra crítico con la idea de una intención colectiva. En lo fundamental, sigue el enfoque de Max Weber de una sociología centrada en la acción, con su respectivo marco teórico («Genocidists invariably have multiple goals and deviate from their rationalistic pursuit. The ideal-typical concept of 'rational', 'intentional' genocide can be no more than a heuristic tool enabling us to grasp the complexity of real cases.» *ibid.*, p. 88).

97 Véase, *Prosecutor v. Krstić*, *supra* nota 20, párrafo 549 («The gravity and scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its perpetration»). Véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 243 y ss., p. 243 (a 'knowledge-based' approach highlights «the collective dimension of the crime of genocide»), p. 244 («genocide presents itself as the archetypical crime of State, requiring organization and planning»); SHAW, *supra* nota 14, p. 82 («Genocide has been seen legally as an organized, not a spontaneous, crime; it could not be committed by an individual acting alone.»). He profundizado más en el estudio de la realidad criminológica del genocidio en mi trabajo 'Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the intent to destroy requirement', que aparecerá publicado en SMEULERS/VAN SLIEDREGT, (eds.), *Collective violence and international criminal justice – an interdisciplinary approach*, 2010.

98 Para un enfoque similar sobre la complicidad, véase también KRESS, *supra* nota 61, pp. 574-75.

99 Acerca de los orígenes de la prohibición legal del genocidio, véase SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 17 y ss.; véase también *ibid.*, p. 59 y ss., a propósito de la Convención contra el Genocidio y la normativa desarrollada posteriormente.

100 JONES, en VORAH *et al.*, (eds.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, pp. 479; KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 575-76. Insistiendo en la distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, pero, aún así, reconociendo su afinidad, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 11, 13 y ss., p. 15 («genocide stands to crimes against humanity as premeditated murder stands to intentional homicide. Genocide deserves its title as the 'crime of crimes'.»).

101 KRESS, *supra* nota 61, pp. 575-76; *id.*, *supra* nota 60, mn. 87; *id.*, KRESS, *Journal of Criminal Justice*, 7, 2009, p. 301.

102 Véase también PAUL, *supra* nota 43, p. 259 y ss. con más referencias al respecto.

mente del propósito genocida general. En todos estos casos, el autor de rango inferior expresa su desprecio por el grupo y toma una decisión clara contra el interés protegido por el delito de genocidio.

Esto implica que un simple genocida de rango inferior, así como un criminal contra la humanidad (simplemente) debe actuar con conocimiento del elemento contextual requerido en ambos crímenes, además de con intención general respecto a las conductas típicas subyacente. También puede poseer una intención basada en el propósito, por ejemplo en el caso de un genocidio «espontáneo», pero esto no constituye un pre-requisito para determinar su responsabilidad (subjética). El contexto sirve en ambos casos como objeto de referencia del conocimiento del autor; esto es, el conocimiento no debe dirigirse a la destrucción última del grupo en el futuro —de hecho, ello constituye simplemente una expectativa futura que como tal no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada¹⁰³—, sino únicamente al contexto general genocida. En cuanto al genocidio, esto implica que el autor de rango inferior participa en el plan o empresa genocida general, es decir, que sus actos individuales constituyen, junto con los actos de los restantes autores de rango inferior, la realización de la intención o el propósito genocida representada por los líderes o cerebros del plan. La existencia de tal plan conecta los actos de los responsables de rango inferior y, a la vez, los une a la intención del líder, de modo que los actos de los subordinados y las ideas de los superiores se complementan.

De ello se extrae que el enfoque basado en el propósito debe ser sostenido en el caso de los autores de rango superior, es decir, los líderes intelectuales y fácticos de la empresa genocida. Ellos son el cerebro de la operación genocida y tienen el poder de ponerlo en marcha en un primer momento. Ellos son los que pueden y deben actuar con la intención ulterior que, como fue explicado al inicio de este trabajo, es característica del delito de genocidio y lo convierte en un delito orientado a un fin. ¿Quién si no los autores de rango inferior puede poseer de forma realista la intención ulterior de destruir al grupo protegido? Lo más complejo es determinar lo que debe requerirse en el caso de los autores de rango intermedio, o sea, para las personas que, como Adolf Eichmann, tienen una función organizacional o administrativa sin la que la campaña genocida no podría ser implementada. Estas personas deben actuar do-

losamente, ya que no ejecutan actos subyacentes —como los autores de rango inferior— pero son más bien autores intelectuales y por tanto pueden ser comparados con los responsables de rango superior. Por tanto, sólo pueden ser considerados genocidas si comparten la intención basada en el propósito de los responsables de rango superior.

La distinción según el estatus entre autores de rango superior e intermedio y rango inferior y el papel desarrollado en la empresa genocida también es convincente desde un punto de vista político-criminal. Al entender aplicable a los responsables de rango superior e intermedio el requisito de la intención basada en el propósito, se impide una expansión arbitraria y una politización del delito de genocidio, y a su vez se evita entrar en una peligrosa dinámica que traería consigo la calificación de «simples» crímenes de lesa humanidad como genocidio,¹⁰⁴ lo cual terminaría por devaluar el detestable carácter de este último. En este sentido, el enfoque basado en el propósito tiene una importante función de «baluarte preventivo».¹⁰⁵ Así, contrariamente a lo que un enfoque absoluto basado en el conocimiento parece sugerir,¹⁰⁶ la selección discriminatoria y las persecuciones selectivas de personas o miembros de un grupo no constituyen de por sí genocidio, sino «sólo» persecución como crimen de lesa humanidad.

La combinación aquí sugerida de enfoque basado en la estructura y basado en el conocimiento implica una interpretación basada en el conocimiento del requisito de la «intención de destruir» en el caso de autores de rango inferior respecto al contexto genocida como objeto de referencia de la intención de destruir. En este sentido, un estándar mental menor, por ejemplo, dolo eventual o incluso imprudencia,¹⁰⁷ no puede ser admitido porque cambiaría radicalmente el carácter del delito de genocidio en términos de su antijuridicidad y de su especialidad respecto a los crímenes de lesa humanidad. Además, el argumento de la estructura paralela del delito de genocidio a la de la tentativa, como sostiene Gil Gil al defender la admisibilidad del dolo especial,¹⁰⁸ no es convincente: aunque se puede argumentar que el tipo objetivo del genocidio es estructuralmente idéntico al de un delito en grado de tentativa, esto no implica que deba tener los mismos requisitos subjetivos. Al contrario, un delito en tentativa no necesariamente contiene un elemento subjetivo especial en alguna forma comparable a la intención de destruir. Por lo demás, reconocer dolo even-

103 Para un análisis del conocimiento de los riesgos causados por un acto y los meros deseos o expectativas respecto a resultados futuros, véase, FRISCH, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes etc.*, 1983, p. 222 y ss. Véase también TRIFFTERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 406, quien admite que «la intención particular está dirigida a la realización en el futuro de las expectativas del autor» pero no reconoce que estas expectativas futuras sólo pueden ser deseadas o buscadas, es decir, ser objeto de expectativas, pero no de certitud o conocimiento.

104 La distinción también aparece enfatizada en *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 469.

105 Véase en el mismo sentido, RAJKOVIC, Nikolas, «The politics of the ICJ Genocide case and its interpretation», *Leiden Journal of International Law*, 21, 2008, p. 904.

106 GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2287-88 and 2293-94 (subrayando el peligro para la supervivencia del grupo).

107 También contra el dolo eventual, PAUL, op.cit. en supra nota 43, pp. 262-63.

108 Véase supra nota 46 y el texto principal.

tual respecto al contexto genocida estaría en contradicción con la coherencia estructural sugerida entre genocidio y crímenes de lesa humanidad. Aunque esta congruencia permite, por una parte, un enfoque basado en el conocimiento para los autores de rango inferior del delito de genocidio —extrayéndolo del requisito del conocimiento del ataque en los crímenes de lesa humanidad—, por otra parte, este estándar constituye un mínimo imprescindible que sería infringido por un estándar menor, como el dolo eventual, en lo que respecta al elemento contextual.

No obstante, esta interpretación de la «intención de destruir» referida a la destrucción final del grupo en el futuro es un asunto distinto. Como ha sido argumentado, tal expectativa futura no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada.¹⁰⁹ Tomemos el caso del soldado que participa conscientemente en la destrucción de un grupo étnico, es decir, que satisface la interpretación basada en el conocimiento para el contexto genocida, pero actúa con indiferencia respecto a su destrucción final, es decir, con dolo eventual;¹¹⁰ en este supuesto, no tendría sentido requerir de este soldado conocimiento de la destrucción final, ya que él no puede poseer tal conocimiento. Como acontecimiento futuro que es, sólo puede actuar con propósito o deseo, es decir, con dolo directo en primer grado. Por supuesto, puede que el sujeto tenga además en cuenta esta posibilidad e incluso la apruebe en un sentido de dolo eventual,¹¹¹ pero admitir el dolo eventual no sólo sería inconsistente con la interpretación de los términos «intent», «intention», «intención» o «Absicht» que fue defendida más arriba¹¹², sino que constituiría además una analogía prohibida contra reo y que por tanto infringiría el principio nullum-crimen.¹¹³ Así, si se requiere algún estado mental respecto al fin último, este habrá de estar basado en el propósito.

3. Consecuencias del enfoque combinado basado en la estructura y el conocimiento para otras formas de participación en el delito de genocidio

3.1. La jurisprudencia

Si bien la jurisprudencia, como fue mostrado más arriba, requiere una intención basada en el propósito para cualquier forma de comisión del delito de genocidio, no está del todo claro si los partícipes que no ejecuten directamente los actos también deberán actuar con este tipo de intención. En el caso de la complicidad, la Sala de Primera Instancia del caso Akayesu sostuvo que un cómplice en el delito de genocidio en el sentido del artículo art. 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR no necesariamente debe poseer por sí mismo *dolus specialis*,¹¹⁴ sino que sólo debe saber o haber debido saber que el autor principal actuó con la específica intención¹¹⁵, en la medida en que la responsabilidad del partícipe es accesoria a la del autor principal:

«[L]a complicidad es una criminalidad prestada (*criminalité d'emprunt*). En otras palabras, el cómplice toma prestada la criminalidad del autor principal. Por criminalidad prestada debe entenderse que el acto físico que constituye el acto de complicidad no tiene su propia criminalidad inherente, sino más bien toma prestada la criminalidad del acto cometido por el autor principal de la empresa criminal. Por tanto, la conducta del cómplice es delictiva cuando el delito ha sido consumado por el autor principal. El cómplice no ha cometido un delito autónomo, sino que simplemente ha facilitado la empresa criminal cometida por otro.»¹¹⁶

109 Supra nota 103 y el texto principal.

110 Véase GIL GIL, supra nota 14, pp. 262-63 y 261 y ss. para otros ejemplos.

111 Véase también KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 577 quien considera «más realista» requerir dolo eventual en lugar de conocimiento positivo con respecto a la efectiva destrucción del grupo».

112 Supra notes 63 y ss. y el texto principal.

113 Aparte de esto, se discute si el DPI, tal y como ha sido codificado en el Estatuto de la CPI reconoce el dolo eventual como un tipo separado de intención. En mi opinión (Ambos, supra nota 88, § 7 mn. 67 with further references), no es así, ya que el sujeto que actúa con este tipo de intención, no sabe que un determinado resultado o consecuencia se producirá en el curso ordinario de los acontecimientos, como lo requiere el art. 30 (2) (b) del Estatuto de la CPI. Este estándar de conocimiento sólo correspondería al dolo eventual si uno interpreta este concepto de forma similar a las teorías cognitivas que aumentan el umbral del dolo eventual a probabilidad respecto a la concurrencia de la respectiva consecuencia (Véase ROXIN, op.cit.en supra nota 74; against the inclusion now also ICC, Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision pursuant to Art. 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute etc., 15 June 2009, ICC-01/05-01/08, párrafo 360 y ss.; al respecto, AMBOS, Kai, «Critical issues in the Bemba confirmation decision», *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, p. 718. De todos modos, esto no resulta relevante si uno considera que la fórmula «salvo disposición en contrario» del art. 30 admite un estándar mental (mayor o menor) en las definiciones de los delitos.

114 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafos 540, 545, 548.

115 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 541.

116 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 528: «[C]omplicity is borrowed criminality (*criminalité d'emprunt*). In other words, the accomplice borrows the criminality of the principal perpetrator. By borrowed criminality, it should be understood that the physical act which constitutes the act of complicity does not have its own inherent criminality, but rather it borrows the criminality of the act committed by the principal perpetrator of the criminal enterprise. Thus, the conduct of the accomplice emerges as a crime when the crime has been consummated by the principal perpetrator. The accomplice has not committed an autonomous crime, but has merely facilitated the criminal enterprise committed by another».

No obstante, de forma un tanto sorprendente, la Sala Akayesu exigió prueba de la intención especial cuando una persona es acusada de planear, preparar, ejecutar o ayudar en la comisión del delito de genocidio, en el sentido del artículo 6(1) del Estatuto del TPIR.¹¹⁷ Es decir, rechazó el requisito de la intención específica para la complicidad pero la exigió para formas generales de participación secundaria. Esta inconsistencia fue correctamente rechazada por la Sala de Primera Instancia en Musema, que sostuvo que la complicidad en el delito de genocidio —independientemente de su base legal o forma— requiere sólo conocimiento de la intención genocida.¹¹⁸ En cuanto a la asistencia en la comisión del delito (*aiding and abetting*) la Sala, siguiendo en este aspecto a la Sala del caso Akayesu,¹¹⁹ consideró suficiente incluso el conocimiento posible, esto es, la ignorancia culpable («had reason to know»).¹²⁰ Ahora bien, aunque puede ser discutible el contenido adecuado de la intención en el caso de la complicidad, no tiene sentido distinguir entre complicidad en el sentido del artículo 2(3)(e) y el art. 6 (1) del Estatuto del TPIR. Así, la Sala de Apelaciones en Krstić estableció correctamente que la disposición sobre la participación general del art. 7 (1) del Estatuto del TPIY debe ser interpretada en concordancia con la disposición especial del art. 4 (3) del Estatuto de la TPI, conduciendo a una forma común de asistencia en la comisión del genocidio («aiding and abetting genocide»).¹²¹ Como resultado, la jurisprudencia ha adoptado

unánimemente la postura de que el cómplice no debe poseer la intención específica sino, simplemente, estar al tanto de tal intención subyacente¹²².

En cuanto a la instigación para cometer genocidio, la Sala de Primera Instancia en Akayesu requirió una intención específica en el sentido del art. 2 (3) (c) del Estatuto del TPIR:

«La mens rea requerida para el delito de instigación directa y pública a cometer genocidio reside en la intención de impulsar o provocar directamente a otro a cometer genocidio. Supone un deseo por parte del autor de crear con sus acciones un particular estado mental necesario para cometer tal crime en la mente de la persona/s a quien/es involucra. Es decir que la persona que está instigando a cometer genocidio debe tener por sí misma la específica intención de cometer genocidio, esto es, de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.»¹²³

Esto fue confirmado por otras sentencias del TPIR.¹²⁴ No hay motivo para sostener una postura diferente con respecto a la «instigation» como forma de participación (secundaria) en el sentido del art. 6 (1) del Estatuto del TPIR, si se considera, como lo hace la Sala de Apelaciones basándose en la versión francesa del Estatuto («incitation»), que ésta debe ser entendida como sinónimo de «incitement».¹²⁵

117 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 546. El artículo 6(1) del Estatuto del TPIR reza: «La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen».

118 *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 181 y ss.

119 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 541.

120 *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 182.

121 *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 33, párrafo 138-39. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 8, párrafo 531; *Prosecutor v. Semanza*, Trial Judgment and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 May 2003, párrafo 394; *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 37, párrafo 679.

122 ICTY: *Prosecutor v. Krstić*, op.cit.en supra nota 33, párrafo 140; *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 27, párrafo 229; *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 37, párrafo 782; Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 May 2007, para 127; *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 730; *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Motion for Acquittal pursuant to Rule 98bis, Case No. IT-99-36-T, 8 November 2003, párrafo 66; *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case No. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7. *Prosecutor v. Krnojelac*, Appeal Judgment, Case No. IT-97-25-A, 17 September 2003, párrafo 52 sobre el crimen de persecución: «(...) the aider and abettor in persecution, an offence with a specific intent, must be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not share the intent but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed (...).» Véase también *Prosecutor v. Vasiljević*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-32-A, 25 February 2004, párrafo 142. - ICTR: *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 15, párrafo 71; *Prosecutor v. Ntakirutimana et al.*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 December 2004, párrafo 500; *Prosecutor v. Semanza*, supra nota 121, párrafos 394-395; *Prosecutor v. Seromba*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, 12 March 2008, párrafo 56.

123 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 560: «The mens rea required for the crime of direct and public incitement to commit genocide lies in the intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetrator to create by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person(s) he is so engaging. That is to say that the person who is inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.»

124 Véase, *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 11, párrafo 14; *Prosecutor v. Nahimana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-99-52-T, 3 December 2003, párrafo 1012.

125 *Prosecutor v. Akayesu*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-96-4-A, 1 June 2001, párrafos 474 y ss.

Igualmente, en *Musema*, la Sala de Primera Instancia se refirió a la intención específica en el caso de la conspiración para cometer genocidio:

«Respecto a la *mens rea* del delito de conspiración para cometer genocidio, la Sala toma nota de que esta reside en la decidida intención de cometer genocidio, esto es, de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Por tanto, es la opinión de esta Sala que la intención requerida en el delito de conspiración para cometer genocidio es, *ipso facto*, la intención requerida para el delito de genocidio, es decir, el *dolus specialis* del genocidio.»¹²⁶

En cuanto a la Empresa Criminal Común (ECC), no existe controversia respecto al hecho de que todos los miembros de una ECC I deben «compartir» la intención (específica) del correspondiente delito;¹²⁷ por el contrario, sí es muy polémico el estándar requerido en el caso de una ECC III.¹²⁸ La Sala de Primera Instancia en *Stakić* adoptó una interpretación doctrinal estricta:

«(...) la aplicación de un título de imputación no puede reemplazar a un elemento fundamental del delito. (...) La combinación de la tercera variante de la empresa criminal conjunta y el delito de genocidio traería consigo tal descenso del *dolus specialis* que se extinguiría. Por tanto, la Sala de Primera Instancia encuentra que a fin de «cometer» genocidio, deben concurrir los elementos de este delito, incluyendo el *dolus specia-*

lis. Las nociones de «escalada» al genocidio o genocidio como una «consecuencia natural y previsible» de una empresa que no se dirige específicamente al genocidio no son compatibles con la definición del genocidio del art. 4(3)(a).»¹²⁹

No obstante, esta postura no fue acogida por la Sala de Apelaciones. En *Brdjanin* sostuvo que la ECC III es «como un título de imputación» («as a mode of liability»), no pudiendo distinguirse de otras formas de imputación criminal que no requieren prueba de la intención.¹³⁰ En consecuencia, un miembro de una ECC III puede ser condenado por genocidio si razonablemente podía prever que se cometería uno de los actos objetivos del delito de genocidio y que sería cometido con intención genocida.¹³¹

Es aún más confuso el caso de la responsabilidad del superior. Mientras para la Sala de Primera Instancia en *Stakić* el superior debe presentar una intención específica,¹³² la Sala de Apelaciones en *Brdjanin* encontró que no había:

«razón inherente por la que, habiendo verificado que esto [la responsabilidad del superior, K.A.] se aplica al genocidio, el artículo 7(3) debiera aplicarse de forma distinta al delito de genocidio que a cualquier otro delito en el Estatuto. (...) En el caso del genocidio, esto implica que el superior debió haber sabido o tenía motivos para conocer la intención específica de sus subordinados. (...) [L]a responsabilidad penal del superior es un título de imputación que no requiere prueba de la intención de cometer un crimen por parte del superior (...)»¹³³

126 *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 192: «With respect to the *mens rea* of the crime of conspiracy to commit genocide, the Chamber notes that it rests on the concerted intent to commit genocide that is to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such. Thus, it is the view of the Chamber that the requisite intent for the crime of conspiracy to commit genocide is, *ipso facto*, the intent required for the crime of genocide, that is the *dolus specialis* of genocide.»

127 Véase la reciente decisión *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Judgement TC III, IT-05-87-T, 26 February 2009, párrafo 109.

128 Sobre las formas de ECC, basado en la decisión de la Sala de Apelación de la ICTY en *Tadic* véase por ejemplo *AMBOS, Kai*, ««Joint criminal enterprise» y la responsabilidad del superior», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2da Epoca, t. 19 (enero 2007), 39-78.

129 *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 8, párrafos 530 and 558: «(...) the application of a mode of liability can not replace a core element of a crime. (...) Conflating the third variant of joint criminal enterprise and the crime of genocide would result in the *dolus specialis* being so watered down that it is extinguished. Thus, the Trial Chamber finds that in order to 'commit' genocide, the elements of that crime, including the *dolus specialis* must be met. The notions of 'escalation' to genocide, or genocide as a 'natural and foreseeable consequence' of an enterprise not aimed specifically at genocide are not compatible with the definition of genocide under Art. 4(3)(a).» Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-97-24-T, 31 October 2002, para 93; *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 122, párrafo 57.

130 *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 122, párrafo 7. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Appeal Judgment, Case No. IT-97-24-A, 22 March 2006, párrafo 38.

131 *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 709; *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-02-54, 16 June 2004, párrafos 291, 292, 300; CAYLEY, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 839.

132 *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-97-24-T, 31 October 2002, párrafo 92.

133 *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case No. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7: «inherent reason why, having verified that it [superior responsibility, K.A.] applies to genocide, Article 7(3) should apply differently to the crime of genocide than to any other crime in the Statute. (...) In the case of genocide, this implies that the superior must have known or had reason to know of his or her subordinate's specific intent. (...) [S]uperior criminal responsibility is a form of criminal liability that does not require proof of intent to commit a crime on the part of a superior (...)». Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 720.

Por tanto, mientras (sólo) los subordinados deben contar con una intención específica, el superior no¹³⁴; de este modo, la jurisprudencia convierte un delito que debe ser cometido intención específica en un delito negligente.

3.2. La posición defendida: una distinción dual, por una parte, entre responsables de rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria

El punto de partida de la interpretación aquí propuesta es dual.¹³⁵ En primer lugar, está en consonancia con el enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento, teniendo en cuenta el estatus y el papel de los responsables. Si la interpretación basada en el propósito del requisito de la «intención de destruir» sólo se aplicara a responsables de rango superior e intermedio, surgiría únicamente en estos casos la duda de si la mera participación en un genocidio de modo diferente a la comisión directa debe ser tratada de forma distinta. Por el contrario, en lo que respecta a los responsables de rango inferior, el enfoque basado en el conocimiento defendido más arriba también debe ser aplicado a otras formas de participación.

En segundo lugar, es preciso distinguir entre las diferentes formas de «comisión» y «participación». En concreto, habría de diferenciarse entre formas de participación prin-

cipales y otras formas de participación secundaria. En consecuencia, todas las formas de comisión que no impliquen comisión directa o inmediata, en concreto, la coautoría (incluyendo la ECC) y autoría mediata, así como formas similares de control mental o intelectual de la conducta genocida (proposición, inducción, instigación, conspiración) deben ser tratadas como comisión directa.¹³⁶ Esto significa que en el caso de responsables de rango superior e intermedio se requiere una intención basada en el propósito, mientras en el caso de responsables de nivel inferior el conocimiento del contexto genocida sería suficiente. Por el contrario, la participación secundaria en su forma más débil, es decir, colaborando con el autor principal, sólo requiere conocimiento de la existencia de la intención especial del autor principal.¹³⁷ Este estándar inferior también se extrae de la propia lógica de cualquier forma de participación secundaria, en particular colaboración para la comisión del delito. Si tal participación secundaria es, como fue correctamente establecido por la Sala de Primera Instancia en Akayesu,¹³⁸ una forma de responsabilidad derivada o accesoria («borrowed criminality») respecto al acto o conducta principal¹³⁹, es suficiente que el cómplice actúe con conocimiento del propósito genocida de los responsables principales.

Si se aplican estos principios a las formas de participación tratadas por la jurisprudencia, el resultado es el si-

134 *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, supra nota 37, párrafo 686; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, supra nota 15, párrafo 92; *Prosecutor v. Ntagerwa et al.*, Trial Judgment, Case No. ICTR-99-46-T, 25 February 2004, párrafo 653-654.

135 Sobre las formas de participación en DPI, véase AMBOS, Kai, «Article 25 Individual criminal responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed., 2008, pp. 743 y ss.

136 También para ECC III, MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, pp. 131-2; para conspiración, CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, 2007; con otro punto de vista sobre la instigación, WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2a ed., 2007, mn 438 (conocimiento es suficiente).

137 En el mismo sentido, *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 140 y ss., con referencias de la jurisprudencia (fn. 235) y del Derecho nacional (fn. 236 y ss.); sobre el conocimiento, véase *Prosecutor v. Nindabahizi*, Trial Judgment, Case No. ICTR-2001-71-I, 15 July 2004, párrafo 457 con otras referencias; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 May 2007, párrafo 127 y nota 122 con otras referencias; *Prosecutor v. Seromba*, AJ, supra nota 122, párrafo 146; *Prosecutor v. Frans van Anraat*, Judgment, AX6406, Rechtbank 's-Gravenhage, 09/751 003-04, 23 December 2005, párrafo 6.5.1. and 8, (en la que el acusado solo fue condenado por crímenes de lesa humanidad y no por genocidio, por falta de conocimiento). Véase también VAN DER BORGH, Erwin, «Prosecution of international crimes in the Netherlands: an analysis of recent case law», *Criminal Law Forum*, 18, 2007, 87, 125-6; VAN DER WILT, Harmen, «Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: Reflections on the van Anraat case», *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, pp. 239, 246-7; GROPIENESSER/KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen: Deutschland*, t. 1. 2003, pp. 107-8; EBOE-OSUJI, Chile, «'Complicity in Genocide' versus 'Aiding and Abetting Genocide': Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes», *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 63 y ss.; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 194; AKHAVAN, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 994; FOLGUEIRO, «El crimen de genocidio», en PARENTI et al., (eds.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, 2007, p. 176; MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, pp. 132-3 (diferente en la página 2011). IA favor de una intención basada en el propósito METTRAUX, *International crimes and the ad hoc tribunals*, 2005, pp. 259-60, 287; OBOTE-ODORA, Alex, «Complicity in genocide as understood through the ICTR experience», *International Criminal Law Review*, 2, 2002, pp. 377, 382 y ss., 387, 397 y ss.; y, al parecer, también, CLARK, Roger S., «Drafting a general part to a penal code: some thoughts inspired by the negotiations on the Rome Statute of the ICC and by the Court's first substantive law discussion in the Lubanga Dyilo confirmation proceedings», *Criminal Law Forum*, 19, 2008, pp. 547 y ss. referring to Art. 25 (3)(c) and (d) ICC Statute.

138 Supra nota 116 y el texto principal.

139 Obviamente, hay varias teorías sobre la lógica de la participación secundaria (véase, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 26 mn. 11 y ss.) pero todas están de acuerdo en el hecho de que existe una relación de dependencia entre la participación secundaria y la actividad principal o conducta.

guiente. En lo que respecta a la complicidad, la distinción operada en Akayesu no puede sostenerse.¹⁴⁰ No tiene sentido tratar la complicidad basada en la Convención contra el Genocidio de forma distinta a la complicidad general. Con la adopción del Estatuto de Roma, podemos operar desde el presupuesto de que existe una complicidad general que es aplicable a todos los crímenes internacionales por igual. En este sentido, hubiera sido correcto y perfectamente coherente con las consideraciones expuestas, que la Sala en Akayesu y la jurisprudencia subsiguiente hubieran interpretado que el cómplice sólo debe saber de la especial intención de los responsables principales, sin poseerla por sí mismo. Por ejemplo, si A organiza una campaña genocida contra los judíos con la intención de destruir este grupo religioso y B le asiste en la matanza de algunos judíos siendo consciente del propósito genocida de A, B actúa con el conocimiento suficiente del contexto genocida. Esta interpretación también encuentra su apoyo en el Derecho nacional¹⁴¹ y en la doctrina.¹⁴² Y esto se aplicaría a todos los cómplices, independientemente de su estatus en la organización genocida. El aspecto decisivo en estos casos no es el nivel jerárquico del cómplice, sino el hecho de que sólo actúa como un cómplice y por ello no necesita poseer por sí mismo la intención basada en el propósito.

Esta aplicación del estándar basado en el conocimiento en casos de mera complicidad también es aconsejable desde un punto de vista político-criminal. Requerir una intención basada en el propósito por parte del cómplice implicaría la impunidad en los numerosos casos donde la destrucción de un grupo no es el objetivo principal del cómplice, sino que simplemente constituye un efecto cola-

teral que acepta.¹⁴³ Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compañía que utilice a miembros de un grupo para trabajos forzados y les impone condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física total o parcial del grupo en cuestión (art. 6 (c) Estatuto de la CPI), pero cuyo objetivo principal no es la destrucción del grupo, sino maximizar los beneficios a través de este abuso de una mano de obra barata. Efectivamente, la frecuente complicidad de las grandes compañías en prolongados conflictos armados y, por tanto, en genocidios cometidos en estos contextos, constituye un argumento de peso para aceptar el estándar basado en el conocimiento.¹⁴⁴ Incluso es posible aceptar un nivel inferior, como por ejemplo, el dolo eventual, —como hizo la Corte de Apelaciones de Países Bajos en el caso Van Anraat¹⁴⁵— o la ignorancia culpable —como hicieron las Salas en Akayesu y Musema¹⁴⁶—, siempre que este nivel inferior se incluya en el concepto de intención aplicable. No obstante, resulta confuso equiparar el estándar de «hubiera debido saber» («had reason to know») con el dolo eventual¹⁴⁷, ya que esto sólo sería correcto si se reduce esta forma de intención a un estándar puramente cognitivo sin ningún elemento volitivo subyacente.

En lo que respecta a la instigación y la conspiración, el carácter particular de estas formas de participación como formas de criminalización «anticipada» de la conducta (*Vorverlagerung*) debido al peligro (abstracto) o el riesgo que presentan para los intereses legalmente protegidos —en este caso, el ataque contra la existencia del grupo— habría de implicar una restricción, que sólo puede ser alcanzada en el nivel subjetivo requiriendo una intención de destruir basada en el propósito.¹⁴⁸ Tal restricción

140 En este sentido, me distancio de la opinión expresada previamente en AMBOS, «Art. 25. Individual criminal responsibility», en TRIFFTERER, (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, mn 30; Véase *ibid.*, 2nd ed. (2008), special print, mn 32. También se muestra crítico al respecto, GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2282 y ss.; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 244 y ss.; DAWSON, Grant/ BOYNTON, Rachel, «Reconciling complicity in genocide and aiding and abetting genocide in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals», *Harvard Human Rights Journal*, 21, 2008, pp. 256 y ss.; GREENFIELD, D., «The crime of complicity in genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong and why it matters», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, pp. 945 y ss.

141 BayObLG (Bayerisches Oberstes Landesgericht), (1998) 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 392 y ss., con comentario de AMBOS, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18, 1998, p. 139.

142 ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, pp. 145, 151; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 246; id., «Genocide v. war crimes in the Van Anraat appeal», *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, p. 560. En contra, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 221, 259, 300 y ss., que critica la distinción de Akayesu, pero en última instancia deficiente un requisito de especial intención para destruir para toda forma de participación.

143 De acuerdo con HEINE/VEST, «Murder/Willful Killing», en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, p. 186, el resultado, efectos colaterales y precondiciones no pueden ser distinguidas debido a la naturaleza colectiva del genocidio; el requisito del conocimiento debe, por tanto, ser mantenido.

144 Véanse las excelentes observaciones al respecto de VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 256-57.

145 Sin embargo, esto no trajo consigo diferencias para el caso en concreto, ya que el tribunal consideró que el empresario Van Anraat ni siquiera dispuso de información suficiente de la que hubiera podido inferir intención genocida de sus socios (el gobierno iraquí de Saddam Hussein); véase, VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 557 y ss. a favor de la postura adoptada por la Corte (p. 561; Id., *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 247-48); véase también ZAHAR/SLUITER, *International Criminal Law: A critical Introduction*, 2007, p. 494-96.

146 Supra notes 119, 120 y el texto principal.

147 Véase VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 247 junto con la nota al pie 34.

148 Cf. también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 275 sobre la instigación.

no crearía una laguna de punibilidad, porque tanto quien instiga como quien conspira actúan, en general, con la intención de destruir requerida; en el caso de la instigación, con frecuencia, esta intención está generada por la propia conducta inductora. En cuanto a nuestra distinción entre niveles de responsables, parece obvio que quienes instigan y quienes conspiran normalmente pertenecen a los rangos superiores o intermedios de la organización criminal.

En cuanto a la ECC III y la responsabilidad del superior, la interpretación jurisprudencial en función de la cual se rebaja la intención específica a mera posibilidad de prevenir (ECC III) o negligencia (responsabilidad del superior) muestra el papel común atribuido a la ECC III y la responsabilidad del superior para superar problemas de prueba.¹⁴⁹ Con todo, tal interpretación, implica en última instancia que el superior (que por definición es un responsable de rango superior o, al menos, intermedio), en base a la ECC o a la responsabilidad del superior, ya no es castigado como (co)autor (por omisión en el último caso), sino sólo como mero cómplice, ya que sólo en este caso se puede considerar suficiente el conocimiento del contexto genocida —en lugar de la intención basada en el propósito de destruir por parte del autor mismo (de rango superior o, al menos, intermedio)—;¹⁵⁰ no ocurre así en el caso del cómplice, ya que para ser caracterizado como tal el sujeto habrá de poseer por sí mismo el elemento subjetivo (específico) del acto antijurídico.¹⁵¹ De otro modo, si se mantiene que el superior es responsable por no haber supervisado de forma adecuada a sus subordinados (responsables de rango inferior), mostrando, por tanto, negligencia, éste no podrá ser castigado por la comisión del delito de genocidio por omisión, sino sólo por dicho fallo negligente de control, es decir, por una conducta que constituye una

forma de participación secundaria.¹⁵² Por tal motivo, el Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*)¹⁵³ distingue entre una comisión principal por omisión por no haber alcanzado a impedir los crímenes de los subordinados (sección 4) y la responsabilidad del partícipe por no haber supervisado de forma adecuada (intencional o negligeramente) a sus subordinados (sección 13) y no haber comunicado la comisión de estos crímenes (sección 14).¹⁵⁴

4. Conclusión

La interpretación tradicional del requisito de la intención de destruir basada en el propósito parte de una interpretación demasiado restringida del concepto de la intención que la equipara con el elemento volitivo del dolo. Además, no toma suficientemente en cuenta la particular estructura del delito. Esta estructura dual —en lo que respecta a los dos elementos mentales y al doble objeto de referencia (los actos individuales y el contexto genocida)— requiere una diferenciación de acuerdo con el estatus y el papel del partícipe en la empresa genocida (supra II.3). Mientras la interpretación tradicional de la intención de destruir basada en el propósito puede sostenerse en el caso de responsables de rango superior e intermedio, en lo que concierne a los responsables de rango inferior una interpretación basada en el conocimiento es más convincente desde un punto de vista doctrinal y político-criminal. Como consecuencia, un responsable de rango inferior no debe actuar con una intención «especial» (propósito o deseo) de destruir a un grupo protegido, sino sólo con el conocimiento de que sus actos forman parte de un contexto o una campaña genocida general. En la práctica, un enfoque como el propuesto lograría superar, o cuando menos mitigar, los problemas

149 De forma similar, DANNER, ALISON/ MARTINEZ, Jenny, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law», *California Law Review*, 93, 2005, p. 152.

150 De la misma opinión, CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, p. 216; véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1ª ed., 2000, p. 312, donde, en este caso, considera que concurre «complicidad, no responsabilidad del superior» como «forma adecuada de su responsabilidad»; en la nueva edición, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 365-66. SCHABAS también critica la condena a Nahimana por el TPIR (Case N° ICTR-99-52-A) en base a la responsabilidad del superior y establece que «pudo haber sido acusado por formar parte de una empresa criminal común para instigar el genocidio, por lo que hubiera podido ser hallado culpable como líder de una famosa estación de radio cuyas emisiones contribuyeron de forma dramática a la masacre. Una interpretación de esta naturaleza describiría de forma más precisa su culpabilidad». Sobre la jurisprudencia relevante, siguiendo en apariencia la misma línea, véase VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 193 y ss.

151 Alcanzando la misma conclusión, van Sliedregt, *supra* nota 1, p. 203-04, quien considera que una ECC es una forma de participación y la trata, de hecho, como a la complicidad; también, SCHABAS, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 132 que establece que «el superior que simplemente debió saber no puede posible [!] tener una intención específica...» (aunque sin distinguir específicamente entre autoría y complicidad). En apariencia, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 270 cambió de opinión al respecto, ya que asume que «la simple formulación de los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI, donde se reconoce la aplicación de la responsabilidad del superior en el delito de genocidio, posibilita, al menos teóricamente, que un superior sea condenado por genocidio, cuando el elemento mental sólo fuera de negligencia.»

152 In this sense ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, p. 151.

153 *Bundesgesetzblatt* 2002 I 2254; for an English translation Véase <http://jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html>

154 Concurring CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, pp. 244-47; CHANTAL, Meloni, «Command responsibility: mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence of the superior?», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 637 y la nota 108.

de prueba vinculados al concepto de intención basada en el propósito. En cuanto a la destrucción final del grupo, el responsable de rango inferior puede, por definición, no conocer, sino sólo desear este resultado en el futuro. En todo caso, su actitud hacia esta consecuencia final no es decisiva para el requisito de la intención de destruir.

En cuanto a los títulos de imputación en el delito de genocidio, distintos de la autoría, se sugiere una distinción dual, por una parte, entre rango superior e intermedio y

rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria (III.2). En el caso de autores de rango superior e intermedio la intención de destruir requerida depende de la forma de intervención (si es una forma de autoría o una forma de participación semejante se requerirá una intención basada en el propósito); en el caso de responsables de rango inferior, el conocimiento del contexto genocida general será siempre suficiente.