

TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2ª Edición

GERHARD WERLE

*Catedrático Derecho penal, Derecho internacional,
Derecho procesal penal e Historia del Derecho
Universidad Humboldt (Berlín)*

Colaboradores:

FLORIAN JESSBERGER

BORIS BURGHARDT

VOLKER NERLICH

INES PETERSON

GREGORIA P. SUÁREZ

PAUL BORNKAMM

Traducción:

Coordinación:

MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

Traductores:

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

JAIME COUSO SALAS

MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

tirant lo blanch
Valencia, 2011

80. Es cierto, sin embargo, que corresponde al espíritu y a la intención del Estatuto, que los Estados Partes adecuen su derecho penal al derecho penal internacional material, de modo que queden en las mismas condiciones que la propia Corte Penal Internacional para poder perseguir y sancionar los crímenes internacionales¹⁵². Por eso muchos Estados han empleado la implementación del Estatuto de la CPI como una oportunidad para adaptar los presupuestos jurídicos de derecho interno aplicables a la persecución de crímenes internacionales al desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional¹⁵³; en esta materia los Estados disponen de diversas opciones y formatos¹⁵⁴. En este proceso se ha ido formando una suerte de "derecho penal internacional doméstico", que se traduce en un enraizamiento mucho más firme del derecho penal internacional en el ordenamiento jurídico interno. Este creciente desarrollo de sus cimientos dentro del derecho interno fortalecerá la legitimidad del derecho penal internacional en general y contribuirá a terminar con la impunidad de los crímenes internacionales¹⁵⁵.

Cryer, Prosecuting International Crimes (2005), pág. 171; de otra opinión Kleffner, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), pág. 86. - Los Estados partes, en todo caso, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 70, pfo. 4 a) del Estatuto de la CPI, deben modificar sus preceptos penales sobre crímenes en contra de la administración de justicia, para extender su protección a la administración de justicia por parte de la Corte Penal Internacional. Cfr. Werle, Juristenzeitung 2001, pág. 885 y ss.

Para más detalles sobre la implementación del derecho penal internacional material, véase Eser/Kreicker (editores) (tomos 1-2) y Eser/Sieber/Kreicker (editores) (tomos 3-6), National Prosecution of International Crimes, que contiene informes sobre los siguientes Estados: Alemania (tomo 1, 2003); Finlandia, Polonia, Suecia (tomo 2, 2003); Croacia, Austria, Serbia y Montenegro, Eslovenia (tomo 3, 2004); Costa de Marfil, Francia, Italia, España, América Latina (tomo 4, 2005); Canadá, Estonia, Grecia, Israel, Estados Unidos (tomo 5, 2005); Australia, China, Inglaterra y Gales, Rusia y Bielorrusia, Turquía (tomo 6, 2005), así como, en el tomo 7, la panorámica comparativa de Kreicker, Völkerstrafrecht im Ländervergleich (2006); véase también Bergsmo/Harteni/Hayashi (editores), Importing Core International Crimes Into National Criminal Law (2007); Kress/Lattanzi (editores), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, tomo 1 (2000). Sobre la adaptación del derecho penal alemán al derecho penal internacional, cfr. el número marginal 336 y ss.

Para más detalles sobre las diversas formas de implementación doméstica y las opciones de los Estados, cfr. el número marginal 317 y ss.

Acercas de las consecuencias de esta armonización parcial de los ordenamientos jurídicos internos, así como de la coexistencia entre derecho penal internacional e interno, cfr. número marginal 314 y ss.

B) DEFINICIÓN, FUNCIÓN Y LEGITIMACIÓN

81. Akhavan, Payam: Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?, American Journal of International Law 95 (2001), pág. 7 y ss.; Ambos, Kai/Streier, Christian: Vom Sinn des Straßens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene, Juristische Schulung 2001, pág. 9 y ss.; Ambos, Kai: Möglichkeiten und Grenzen völkerstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, en: Neubacher, Frank/Klein, Anne (editores), Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts? - Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte (2006), pág. 111 y ss.; Bassiouni, M. Cherif: The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework, en: Bassiouni, M. Cherif (editor), International Criminal Law, tomo 1, 2ª edición (1999), pág. 3 y ss.; Bassiouni, M. Cherif: The Philosophy and Policy of International Criminal Justice, en: Vhorah et al. (editores), Man's Inhumanity to Man (2003), pág. 65 y ss.; Beling, Ernst: Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896); Bommer, Felix: Strafzwecke im Völkerstrafrecht, en: MünK, Hans J. (editor), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung (2008), pág. 29 y ss.; Bruer-Schäfer, Aline: Der Internationale Strafgerichtshof, Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik (2001), pág. 21 y ss.; Cassese, Antonio: International Criminal Law, 2ª edición (2008), pág. 3 y ss.; Cryer, Robert/Friman, Hakar/Robinson, Darryl/Wilmshurst, Elizabeth: An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2007), pág. 1 y ss.; Diggelmann, Oliver: Staatsverbrechen und internationale Justiz, Archiv des Völkerrechts 45 (2007), pág. 382 y ss.; Farer, Tom J.: Restraining the Barbarians: Can International Criminal Law Help?, Human Rights Quarterly 22 (2000), pág. 90 y ss.; Fassbender, Bardo: Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 30 (2003), pág. 1 y ss.; Gardocki, Lech: Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, 2ª parte: Rechtliche Probleme der Übernahme völkerrechtlicher Verbrechen in das staatliche Strafrecht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht 30 (1989), pág. 129 y ss.; Gardocki, Lech: Über den Begriff des Internationalen Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986), pág. 703 y ss.; von Hirsch, Andrew: Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle", Goldammer's Archiv für Strafrecht 2002, pág. 2 y ss.; Ipsen, Knut: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht, en: Ipsen, Knut (editor), Völkerrecht, 5ª edición (2004), §§ 39-42; Fletcher, George P.: The Grammar of Criminal Law - American, Comparative and International, Volume One: Foundations (2007); Fronza, Emma: Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 2007, pág. 121 y ss.; Gierhake, Katrin: Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre (2005); Gierhake, Katrin: Zur Legitimation des Völkerstrafrechts, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, pág. 354 y ss.; Jäger, Herbert: Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts, Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte, en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (editores), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen (1995), pág. 325 y ss.; Jäger, Herbert: Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzeptes, Theoretische Aspekte der Einsetzung eines UN-Kriegsverbrechertribunals, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1993, pág. 259 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich: Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen (1952), pág. 190 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich: Verbrechen gegen das Völkerrecht, Deutsche Landesberichte zum IV. Internationalen Kon-

grüß für Rechtsvergleichung in Paris 1954 (1955), pág. 351 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich: International Crimes*, en: Bernhardt, Rudolf (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), pág. 1119 y ss.; *Jeschek, Hans-Heinrich/Wegand, Thomas: Traado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª edición (2002), pág. 124 y ss.; *Kittichaisaree, Krungsak: International Criminal Law* (2001), pág. 3 y ss.; *König, Kai Michael: Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationalen Strafgerichtshofes*, Zeitschrift für die Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), pág. 800 y ss.; *Möller, Christina: Völkerrrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (2003), pág. 413 y ss.; *Ninaga, Saif: An International Conscience Collective? A Dürkheimian Analysis of International Criminal Law*, *International Criminal Law Review* 7 (2007), pág. 561 y ss.; *Oehler, Dietrich: Internationales Strafrecht*, 2ª edición (1983), número marginal 2; *Robinson, Patrick: The Missing Crimes*, en: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, tomo 1 (2002), pág. 497 y ss.; *Rodman, Kenneth A.: Darfur and the Limits of Legal Deterrence*, *Human Rights Quarterly* 30 (2008), pág. 529 y ss.; *Schabas, William A.: An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 82 y ss.; *Schwarzenberger, Georg: The Problem of an International Criminal Law*, 3 *Current Legal Problems* (1950), pág. 263 y ss.; *Szurek, Sandra: Histoire, La Formation du Droit International Pénal*, en: Ascensio, Hervé/Deaux, Emmanuel/Pellet, Alain (editores), *Droit International Pénal* (2000), pág. 7 y ss.; *Triffterer, Otto: Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966), pág. 25 y ss.; *Triffterer, Otto: Völkerstrafrecht im Wandel?*, en: Vogler, Theo (editor), *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag* (1985), pág. 1477 y ss.; *Triffterer, Otto: Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht*, en: Hanel, Gerd/Schub, Gerhard (editores), *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen*, Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen (1995), pág. 169 y ss.; *Triffterer, Otto: Der ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit*, en: Gössel, Karl/Heinz/Triffterer, Otto (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), pág. 493 y ss.; *Tomuschat, Christian: Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof*, Die Friedens-Warte 73 (1998), pág. 335 y ss.; *Verdross, Alfred/Simma, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3ª edición (1984), § 430 y ss.; *Werle, Gerhard: Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 109 (1997), pág. 808 y ss.; *Wiltschko, Peter: Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht* (Bundesrepublik Deutschland), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987), pág. 455 y ss.

I. Concepto de derecho penal internacional y crimen de derecho penal internacional

82. El derecho penal internacional comprende todas las normas de derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Esta (estricta) definición cuenta hoy en día con el apoyo mayoritario de la doctrina de habla alemana. La expresión *Völkerstrafrecht* (derecho penal internacional) empleada por

83. En consecuencia, la pertenencia de un tipo penal al derecho penal internacional requiere de tres condiciones: en primer lugar, la norma debe describir un injusto imputable individualmente¹⁵⁷ y amenazar con una pena como efecto jurídico; en segundo lugar, la norma debe ser parte del ordenamiento jurídico internacional; y en tercer lugar, la punibilidad debe existir con independencia de la recepción del tipo delictivo en el orden jurídico estatal.

84. Los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son crímenes de derecho internacional¹⁵⁸. Estos así llamados "crímenes fundamentales" (*core crimes*)¹⁵⁹ son los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"¹⁶⁰, y están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional¹⁶¹. La cuestión de si

vez primera por *Beijing*. Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896), pág. 40 y s., logró imponerse especialmente gracias a *Jeschek*. Resulta fundamental, *Jeschek*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 8 y s., así como *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg (1966), pág. 21. Para más antecedentes respecto de las publicaciones en lengua alemana, cfr. *Werle*, Völkerstrafrecht, 2ª edición (2007) número marginal 81, nota 153.

¹⁵⁷ El principio de culpabilidad es la base del derecho penal internacional. Ya el Tribunal Militar Internacional había declarado, "[...] well settled legal principles, one of the more important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided". TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting in Nuremberg, Germany, parte 22 (1950) pág. 469. Cfr. también *Cassese*, International Criminal Law, 2ª edición (2008), pág. 587 y s.; *Jeschek*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952), pág. 374.

¹⁵⁸ Cfr. *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7ª edición (2008), pág. 587 y ss.; *Jeschek*, en: Bernhardt (editor), Encyclopedia of Public International Law, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120 y ss.; *Triffterer*, en: Vogler (editor), Festschrift für Jeschek (1985), 1477, pág. 1485 ("tipos delictivos clásicos de un derecho penal internacional"); *Triffterer*, en: Gössel/Triffterer (editores), Gedächtnisschrift für Zipf (1999), 493, pág. 507 y ss.; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3ª edición (1984), §§ 439 y ss. Tomando como base un concepto amplio del derecho penal internacional, *Cassese*, International Criminal Law, 2ª edición (2003), pág. 24, incluye junto a los crímenes mencionados en el texto también la tortura fuera de los conflictos armados, así como los ataques sistemáticos contra la población civil y "algunas formas extremas" ("some extreme forms") de terrorismo internacional.

¹⁵⁹ Sobre el concepto "crímenes fundamentales", cfr. *Kress*, en: Grützmeyer/Pötz (editores), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2ª edición (2006), tomo 4, III 27 número marginal 8, y *Zimmermann*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 58 (1998), 47, pág. 48.

¹⁶⁰ Cfr. pío. 4 y 9 del preámbulo y art. 5 del Estatuto de la CPI.

¹⁶¹ La competencia de la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de tipos penales contra su Administración de Justicia (art. 70 del Estatuto de la CPI) aparece frente a ello como una competencia anexa que completa y asegura la competencia principal, que sigue reglas fundamentalmente distintas en lo tocante al procedimiento y criterios de imputabilidad; al respecto *Triffterer-Pruggoff*, Rome Statute (2008), art. 70 número marginal 1 y ss. Cfr. en cuanto a las normas respectivas en el Estatuto del TPIY (arts. 77 y 91) *Kress*, en: Grützmeyer/Pötz (editores), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, tomo 4, 2ª

otros delitos aparte de los ya considerados dentro de la competencia de la Corte, como el tráfico de estupefacientes o el terrorismo, son punibles directamente por el derecho internacional, es controvertida. En este punto el derecho internacional se encuentra en pleno desarrollo¹⁶². Producto de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, ha vuelto a tener actualidad sobre todo la cuestión de si y bajo qué circunstancias los actos terroristas deben valorarse como crímenes de derecho internacional¹⁶³. Independientemente de la dimensión, en ocasiones considerable, de los delitos terroristas, el terrorismo en cuanto a tal no es un crimen de derecho internacional¹⁶⁴. Las aspiraciones de extender la

edición (2006), III 27 número marginal 8, con referencia a TPY, sentencia de 31 de enero de 2000 (Tadić, AC), parág. 13 y ss. ("The Tribunal does, however, possess an inherent jurisdiction, deriving from its judicial function, to ensure that its exercise of the jurisdiction which is expressly given to it by that Statute is not frustrated and that its basic judicial functions are safeguarded"). – Según algunos de los anteproyectos para un tribunal penal internacional, la competencia material del tribunal debería haber comprendido, además de los "crímenes fundamentales" del derecho penal internacional, otros crímenes, cfr. por ejemplo el art. 20 e) del *Proyecto de Estatuto* de 1994 y el art. 15 y ss. del *Proyecto de Código* de 1991 ("dominación colonial", "reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios", "terrorismo internacional", "tráfico ilícito de estupefacientes"). Al respecto *Zonuscshat*, en: Hinkel/Stuby (editores), *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen* (1995), 270, pág. 278 y ss.). En la Conferencia de Roma se discutió la inclusión del terrorismo y el tráfico de estupefacientes en la competencia de la Corte, sin embargo, las propuestas correspondientes finalmente no lograron imponerse. En el Acta Final (anexo I E) se señaló tan sólo que la ampliación de la competencia de la Corte será objeto de las negociaciones de una futura "Conferencia de Revisión" según el art. 123 del Estatuto de la CPI, cfr. *Robinson*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), pág. 497 y ss.; *Triffterer-Zimmermann*, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 5 número marginal 3 y ss.

¹⁶² La piratería, fenómeno que recientemente ha adquirido renovada importancia en el ámbito internacional, no es un crimen de derecho internacional; vid. *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 12. Es más bien el clásico ejemplo de crimen de derecho interno que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, está sujeto a jurisdicción universal. Vid. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), pág. 3 número marginal 93, 96; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 28; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007), pág. 33; *Garditz*, *Weltrechtsplege* (2006), pág. 294.

¹⁶³ Véanse las contribuciones de *Fletcher*, *Weigend*, *Cassese* y *Sassoli*, compiladas en el número especial del *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 891 y ss., editado por Gaeta y Jessberger. Vid. también *Damgaard*, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), pág. 359 y ss.; *Di Filippo*, *European Journal of International Law* 19 (2003), pág. 533 y ss.

¹⁶⁴ Cfr. *Damgaard*, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), pág. 363 y ss.; *Jessberger*, en: Deutsches Institut für Menschenrechte (editor), *Menschenrechtliche Erfordernisse bei der Bekämpfung des Terrorismus* (2002), pág. 22 y ss.; *Oeter*, *Die Friedens-Warte* 76 (2001), pág. 11 y ss.; *Vogts*, *European Journal of International Law* 14 (2003), pág. 313 y ss. En el sentido de una punibilidad autónoma de los actos terroristas

competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos terroristas no contaron con el respaldo mayoritario en la Conferencia de Roma¹⁶⁵. Aunque los delitos terroristas cumplirán con frecuencia los requisitos típicos de los crímenes de derecho internacional, por ejemplo de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra¹⁶⁶, debe siempre probarse en el caso individual la existencia de los requisitos del crimen de derecho internacional¹⁶⁷.

85. Más allá de las definiciones de los delitos en el Estatuto de la CPI existe aún un determinado ámbito de conductas penalizadas directamente por el derecho internacional consuetudinario¹⁶⁸. Esto vale, por ejemplo, para la punibilidad acorde con el derecho internacional consuetudinario de determinados crímenes de guerra cometidos en guerras civiles, que no fueron incluidos de forma general en el Estatuto de la CPI¹⁶⁹. El Estatuto prevé, de forma expresa, que "[n]ada de lo dispuesto [...] afectará la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto" (art. 22.3 del Estatuto de la CPI). Este ámbito no se refiere sin embargo a nuevos grupos de delitos, que se extiendan más allá del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, sino a determinados delitos subyacentes o, en su caso, a hechos individuales de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad.

86. Como rasgo característico, las normas de derecho internacional reclaman validez universal. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son un de ejemplo de ello. Y si bien teóricamente es posible imaginar que la validez de una norma de derecho penal internacional se limite sólo a una región, esta opción no tiene importancia práctica¹⁷⁰.

bajo el derecho internacional, cfr. *Cassese*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 933 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 162 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. nota 161.

¹⁶⁶ Cfr. al respecto, en detalle, *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 259; *Arnold*, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism* (2004); *Robinson*, en: Cassese/Gaeta/Jones (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (2002), 497, pág. 520 y ss.; *Triffterer*, *Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 321, pág. 371; cfr. también *Dahm/Delbrück/Wolfgram*, *Völkerrecht*, tomo 1/3, 2ª edición (2002), pág. 1105 y ss.

¹⁶⁷ Existen buenas razones para calificar los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center como crímenes de lesa humanidad. Cfr. también *Cassese*, *European Journal of International Law* 12 (2001), pág. 993 y ss.; *Tonusschat*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2001, pág. 535 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. también *Triffterer*, en: Gossel/Triffterer (editores), *Gedächtnisschrift für Zipf* (1999), 493, pág. 532 ("El Estatuto de Roma asigna a la Corte una parte de los tipos delictivos del derecho penal internacional").

¹⁶⁹ Por ejemplo, el uso de armas prohibidas. Para más detalles, cfr. los números marginales 979 y 1355 y ss.

¹⁷⁰ Así con razón *Triffterer*, en: Vogler (editor), *Festschrift für Jescheck* (1985), 1477, pág. 1502. En contra, *Becker*, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit* (1996), pág. 59. Posiblemente, también *Jescheck*, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public Inter-*

II. Protección de los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional

87. El derecho penal internacional protege "la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad"¹⁷¹, como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional¹⁷².

88. Los tres bienes jurídicos protegidos paz, seguridad y bienestar de la humanidad, no pueden distinguirse absolutamente entre sí¹⁷³. Con la paz mundial y la seguridad internacional encontramos dos intereses de la comunidad internacional en el centro del derecho penal internacional, que al mismo tiempo se encuentran en el vértice de la determinación de los fines de las Naciones Unidas¹⁷⁴. Al mismo tiempo, un concepto ampliado de la paz sirve de base al derecho penal internacional. Ésta no sólo comprende la ausencia de enfrentamientos militares entre Estados, sino que también incluye la situación dentro del propio Estado¹⁷⁵. Una amenaza a la paz mundial puede suponerse a partir

national Law, tomo 2 (1995), 1119, pág. 1120 ("a treaty would have to be binding on the great majority of States").

171. Preámbulo pfo. 3 del Estatuto de la CPI. En mayor profundidad, *Stadé/Clark*, en: *Loc* (editor), *The International Criminal Court, The Making of Rome Statute* (1999), 421, pág. 426. La referencia a la paz mundial y a la seguridad internacional se encontraba ya en el primer proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, en el que se sancionaban delitos "contra la paz y la seguridad de la humanidad", cfr. por ejemplo art. 1 del *Proyecto de Código de 1954* y art. 1.1 del *Proyecto de Código de 1996*, donde se utiliza el término "crímenes".

172. Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), preámbulo número marginal 9 ("international criminal law is [...] the criminal law of the community of nations, with the function of protecting the highest legal values of this community"). - Cfr. además *Amboß/Steiner*, *Juristische Schulung* 2001, 9, pág. 13; *Jäger*, en: *Hankel/Stuby* (editores), *Stratgerichtliche gegen Menschheitsverbrechen* (1995), 325, pág. 345; *Tomuschat Europa-Archiv* 1994, 61, pág. 62; *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 464.

173. Lo mismo ocurre con los propósitos de la Carta de la ONU. Al respecto *Slimma-Wöhring*, *Charta der Vereinten Nationen* (1991), art. 1 número marginal 4.

174. Art. 1 n° 1 de la Carta de la ONU; cfr. además los arts. 2 n° 6, 11, 12, 18, 39 y ss. de la Carta de la ONU. Para el supuesto de una amenaza a la paz mundial y a la seguridad internacional, se prevé el empleo de distintas medidas colectivas; art. 39 de la Carta de la ONU. Estas pueden incluir también medidas de persecución penal; cfr. supra número marginal 45.

175. Cfr. al respecto ONU Doc. S/RES/608 (1993) — resolución del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIY; ONU Doc. S/RES/955 (1994) — resolución del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIK, en particular los pfs. 4 y 5 del preámbulo: "Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifestas del derecho internacional humanitario, [h]abiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales"; ONU Doc. S/RES/1373 (2001) — resolución sobre medidas tras los atentados del 11 de septiembre

de violaciones graves de los derechos humanos en un Estado. En el preámbulo del Estatuto de la CPI se encuentra recogido el bienestar de la humanidad como un aspecto de protección separado junto a la paz y la seguridad¹⁷⁶.

89. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional le da al delito una dimensión internacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional. Estos crímenes de derecho internacional afectan "a la comunidad internacional en su conjunto"¹⁷⁷. Por esta razón, las normas de derecho penal internacional traspasan el "blindaje de la soberanía estatal"¹⁷⁸.

90. La cuestión de si y en qué medida los crímenes de derecho internacional incluyen al mismo tiempo la protección de bienes jurídicos individuales es controvertida¹⁷⁹. Lo correcto en este caso es diferenciar entre los distintos crímenes de derecho internacional¹⁸⁰.

de 2001; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (1984), § 234, *Tomuschat*, en: *Hankel/Stuby* (editores), *Stratgerichte gegen Menschheitsverbrechen* (1995), 270, pág. 291.

176. Cfr. Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), preámbulo número marginal 11; cfr. también *Fassbender*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), 1, pág. 9 y ss.

177. Preámbulo pfo. 4 y 9, art. 5.1 del Estatuto de la CPI ("crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", "crimes of concern to the international community as a whole"). Sin desviación objetiva, el art. 1 del Estatuto de la CPI se refiere a "crímenes de trascendencia internacional". Cfr. también TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (*Tadić*, AC), parág. 59: "The crimes which the International Tribunal has been called upon to try] affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community". Cfr. además *König*, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgerichts internationaler Strafjustiz* (2003), pág. 26; *Bassiouni*, en: *Vohrah et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 65 y ss.

178. *Jeschke*, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht* (1952), pág. 11; *Bassiouni*, en: *Vohrah et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 65 y ss.

179. Según *Lagodny*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 803, estaría claro que los crímenes de derecho internacional deben proteger exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales. Por el contrario, Triffterer-Triffterer, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), Preliminary Remarks número marginal 21, incluye (también) la protección de los bienes jurídicos individuales. En este sentido, también *Tomuschat*, en: *Cramer et al.* (editores), *Festschrift für Steinberger* (2002), 315, pág. 329 ("Genocide is certainly the worst of all offenses against both human dignity and international peace and security"). En este sentido, también *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 463 y ss. (crímenes contra la humanidad: bien jurídico individual concreto, genocidio: supraindividual). Cfr. también *Gil Güll*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), 381, pág. 382 y ss. Vid. números marginales 709 y ss., 797 y ss., 979 y ss.

III. El "elemento internacional" de los crímenes de derecho internacional

91. La relación con los más altos intereses de la comunidad internacional queda establecida en todos los crímenes de derecho internacional a través de un elemento común (el aquí denominado elemento internacional): todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado.¹⁸¹

92. Este contexto de violencia organizada ("Gesamttat"¹⁸²) consiste, en los crímenes contra la humanidad, en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este hecho global se construye a través de la suma de los actos criminales individuales. Aquí resulta especialmente útil la comparación entre el hecho global y los hechos individuales para describir la estructura del crimen. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. En los crímenes de lesa humanidad el hecho global se encuentra situado en la intención del sujeto activo.

93. En los crímenes de guerra, el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados. El conflicto armado está constituido entonces a partir de acciones violentas, criminales y no criminales. En el crimen de agresión, el ejercicio de la violencia organizada como tal es el objeto de la criminalización¹⁸³. En consecuencia, la agresión es un "crimen contra la paz"¹⁸⁴ en su sentido más directo.

94. Los intereses fundamentales de la comunidad internacional —la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad— están protegidos por el derecho penal internacional frente a ataques provenientes de distintas direcciones. En el caso

181 Cfr. al respecto *Fisenberg*, *Kriminologie* (2005), § 44 número marginal 36 y ss.; *Lagodny* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 800, pág. 802; *Murzen*, en: Lüderssen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3 (1995), 220, pág. 227 y s.; *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 412; *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 458 y s. El hecho de que en los crímenes de derecho internacional normalmente se trate de una criminalidad reforzada por el Estado, (*Naucke*) es uno de los principales motivos de su extendida impunidad. Hasta hoy, por lo general la integración en el aparato de poder estatal y la soberanía nacional protegen a los autores frente a la sanción penal.

Vld. *Werle*, *Völkerstrafrecht* (2003), número marginal 80.

182 Sobre el núcleo de derecho internacional consuetudinario del crimen de agresión cfr. número marginal 1370 y ss.

184 Cfr. art. 6 a) del Estatuto del TMI.

del genocidio, se perturba la paz mundial por medio del ataque (intencional) a la existencia social de un grupo determinado. En los crímenes contra la humanidad la amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil¹⁸⁵. La criminalización de las violaciones de las normas y usos de la guerra buscan reducir en lo posible los efectos de un conflicto armado o impedir que resurja¹⁸⁶. Generalmente, los conflictos armados entre Estados perturban la paz mundial. Su punibilidad depende aquí de si las conductas pueden ser consideradas como una guerra de agresión.

IV. Fundamentación del derecho penal internacional y los fines de la pena

95. Con la consolidación del derecho penal internacional, la discusión sobre los fundamentos de su legitimidad ha adquirido más importancia. En primer lugar se plantea la pregunta sobre el fundamento material de una punibilidad basada directamente en el derecho internacional. Para darle respuesta se han desarrollado principios explicativos especialmente de la mano de la concepción kantiana del derecho¹⁸⁷. De acuerdo con ella, existe un injusto penal internacional "en toda lesión substancial de la libertad en las relaciones interpersonales, a través de la cual se niega la validez del derecho mundial general (*das allgemeine Weltrecht*)"¹⁸⁸. El derecho penal internacional es legítimo porque, y en la medida que, la pena compensa tanto la lesión de la libertad en las relaciones interpersonales cuanto la negación del derecho mundial general. Sobre esa base es posible justificar el contenido esencial de los crímenes internacionales¹⁸⁹.

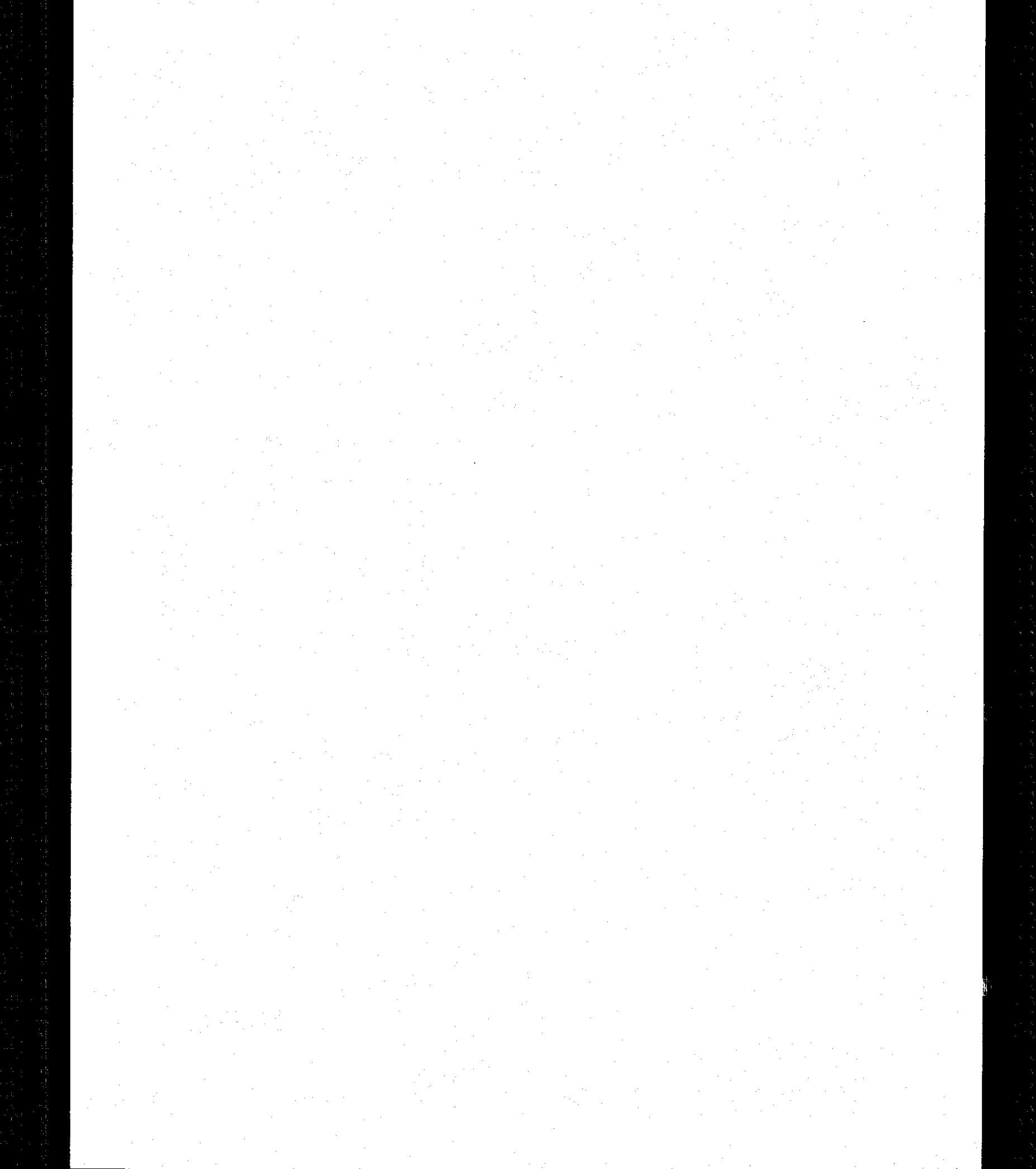
185 Cfr. *Werle*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 808, pág. 814 y s.

186 Cfr. sobre esto, también el número marginal 980, y *Tomuschat*, en: Cremer et al. (editores), *Festschrift für Steinberger* (2002), 315, pág. 344 ("Internal violence [is] prone swiftly to spill over into other countries like a contagious disease").

187 Véase *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005); *Gierhake*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, pág. 354 y ss.; *Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (1999); *Höffe*, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht* (1999); *Köhler*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), pág. 435 y ss.; *Merkel*, en: *Merkel/Wittmann* (editores), *Zum ewigen Frieden* (1996), pág. 344 y ss.

188 Véase *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 297; *Gierhake*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2008, pág. 354 y ss.

189 Véase *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 286 y ss.; *Gierhake*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*



117 (1999), pág. 351 y ss.; *Vest, Hans: Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), pág. 457 y ss.; *Vest, Hans: Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit* (2002); *van den Vyver, Johan D.: Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide*, 23 *Fordham Journal of International Law* (1999), pág. 286 y ss.; *Webb, John: Genocide Treaty – Ethnic Cleansing – Substantive and Procedural Hurdles in the Application of the Genocide Convention to Alleged Crimes in the Former Yugoslavia*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 23 (1993), pág. 377 y ss.; *Werle, Gerhard: German Jurisprudence on Genocidal Intent and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, en: *Kimmi Nuoto* (editor), *Festschrift I. ahti* (2007), pág. 43 y ss.; *van der Wilt, Harmen G.: Genocide, Complicity in Genocide and International vs. Domestic Jurisdiction*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 239 y ss.; *Zülich* (editor): «Ethnische Säuberung», *Völkermord für «Großserbien»* (1993); *Zuhar, Alexander/Sluiter, Göran: International Criminal Law* (2008), pág. 155 y ss.

Un resumen adicional de la bibliografía sobre el elemento intencional del genocidio puede encontrarse en el número marginal 753.

A) INTRODUCCIÓN

I. Formas de aparición del genocidio

698. El exterminio planificado y sistemático de grupos enteros de personas ha dejado un amplio rastro de sangre a lo largo de la historia de la humanidad. Las formas de aparición de este crimen son, por tanto, tan variadas como sus motivos y acontecimientos desencadenantes.¹³⁹⁴ Los genocidios han marcado especialmente la imagen del siglo XX. Así, en los inicios de la Primera Guerra Mundial los armenios que vivían en Turquía fueron víctimas de una agresión exterminadora. Las estimaciones sobre el número de víctimas oscilan entre 500.000 y un millón de personas.¹³⁹⁵ El momento culminante de la historia del

¹³⁹⁴ Cfr. un resumen en *Chalk/Jonassohn*, *The History and Sociology of Genocide* (1990); *Kuper*, *Genocide* (1981); *Ternon*, *Der verbrecherische Staat* (1996); también, *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 19 y ss.; *Selbmann*, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht* (2002), pág. 17 y ss.

¹³⁹⁵ Cfr. *Chalk/Jonassohn*, *The History and Sociology of Genocide* (1990), pág. 249 y ss.; *Cooper/Akcam*, *World Policy Journal* (2005), pág. 81 y ss.; *Kuper*, *Genocide* (1981), pág. 105 y ss.; *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof* (2003), pág. 50 y ss.; *Ohandjian*, *Armenien: der verschwiegene Völkermord* (1989); *Selbmann*, *Der Tatbestand*

genocidio fue el Holocausto, el intento de eliminación de los judíos europeos por los nacionalsocialistas.

699. Más de seis millones de judíos murieron bajo la política de exterminio iniciada por Hitler en el Tercer Reich. Tras la subida al poder de Hitler en 1933, en Alemania los judíos fueron gradualmente despojados de sus derechos y apartados de la sociedad. Se produjeron ataques a las instalaciones judías, detenciones arbitrarias e internamientos en campos de concentración. Luego, durante la Segunda Guerra Mundial, los nacionalsocialistas llevaron a cabo su ataque exterminador contra la población judía de Europa. Tras las fuerzas armadas alemanas, que avanzaban hacia el territorio de la Unión Soviética, los comandos de la SS se encargaban de matar judíos. En las ciudades más grandes, los judíos fueron confinados en guetos y deportados a campos de concentración y exterminio. Muchos ni siquiera sobrevivieron a la dureza de los transportes o murieron a causa de las condiciones inhumanas en los campos o como consecuencia de los trabajos forzados. Millones murieron en las cámaras de gas. No sólo el número de víctimas, sino también la forma de actuación, el exterminio planeado burocráticamente y al final, por así decirlo, de forma industrial, fundamentan la singularidad de este crimen.¹³⁹⁶

700. Como reacción al genocidio nacionalsocialista se adoptó en 1948 la Convención sobre el Genocidio. Pero las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y la proscripción del genocidio no fueron suficientes como disuasión. Al final de los años 60 los sucesos en Nigeria conmovieron al mundo. La región oriental del país, habitada mayoritariamente por ibos, aspiraba a la independencia tras una ola de masacres a los miembros del grupo. En julio de 1967 estalló una guerra civil entre el gobierno y la región oriental en la que los ibos fueron víctimas de una lucha exterminadora: perdieron la vida entre 600.000 y un millón de personas pertenecientes a este grupo. Muchos fueron masacrados o fallecieron como consecuencia de una hambruna pro-

des Genozids im Völkerstrafrecht (2002), pág. 21 y ss.; *Ternon*, *Der verbrecherische Staat* (1996), pág. 139 y ss. – Sobre la clasificación como genocidio de las actuaciones del ejército alemán contra los Hereros en Namibia, vid. *Ternon*, *Der verbrecherische Staat* (1996), pág. 256; *Chalk/Jonassohn*, *The History and Sociology of Genocide* (1990), pág. 230.

¹³⁹⁶ Al respecto, *Hilberg*, *Die Vernichtung der europäischen Juden*, tomo 1-3, 9ª edición (1999). También, *Browning*, *Nazi Policy, Jewish Workers, German Killers* (2000).

vocada dolosamente.¹³⁹⁷ También los sucesos en Bangladesh,¹³⁹⁸ Burundi,¹³⁹⁹ Etiopía¹⁴⁰⁰ y Guatemala¹⁴⁰¹ merecen mención.¹⁴⁰²

701. Al final del siglo XX la opinión pública se vio sobrecogida por los acontecimientos en Ruanda y en la zona de la antigua Yugoslavia. Tras el fallecimiento, en abril de 1994, del primer ministro mandés en un accidente de aviación estalló en el país una guerra civil. Iniciada por militares y milicias e instigada por los medios, en los meses siguientes los hutu acudieron a las armas para eliminar a los tutsi. En controles callejeros se separaba a los tutsi y, muchas veces, se les daba muerte al instante en ese mismo lugar. En los pueblos las personas eran cercadas y liquidadas. En tres meses murieron, según diferentes estimaciones, entre 500.000 y un millón de personas. También durante la guerra en Bosnia se cometió un genocidio, según ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.¹⁴⁰³ En julio de 1995 unidades serbo-bosnias incorporaron a Bosnia-Herzegovina el enclave de Srebrenica catalogado como zona de protección de las Naciones Unidas. Muchos musulmanes habían buscado allí un refugio de la guerra. A los musulmanes se les

dividió: las mujeres, los niños y los ancianos fueron deportados y los hombres aptos para la lucha fueron ejecutados.¹⁴⁰⁴

702. La historia de la respuesta penal al genocidio en el plano internacional puede esbozarse de forma breve.¹⁴⁰⁵ En el juicio contra los principales criminales de guerra alemanes ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, el genocidio cometido contra los judíos europeos tuvo un valor más bien secundario.¹⁴⁰⁶ Tras el fin de los procesos, y a pesar de la adopción de la Convención sobre el Genocidio en 1948, pasaron casi 50 años hasta que con la constitución del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se creó un tribunal internacional —aunque de competencia limitada territorial y temporalmente— competente para la persecución del genocidio.¹⁴⁰⁷ Poco después, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instauró el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en un intento de reaccionar ante el genocidio en ese país.¹⁴⁰⁸ Con la creación de la Corte Penal Internacional existe por primera vez una instancia internacional competente para perseguir y castigar el genocidio en todo el mundo.¹⁴⁰⁹

- ¹³⁹⁷ Cfr. *Balogun*, The Tragic Years: Nigeria in Crisis 1966-1970 (1973); *Kuper*, Genocide (1981), pág. 74 y ss.; *Ternon*, Der verbrecherische Staat (1996), pág. 258 y ss.
- ¹³⁹⁸ Cfr., al respecto, *Chalk/Jonassohn*, The History and Sociology of Genocide (1990), pág. 394 y ss.; *Ternon*, Der verbrecherische Staat (1996), pág. 243 y ss.
- ¹³⁹⁹ Al respecto, *Chalk/Jonassohn*, The History and Sociology of Genocide (1990), pág. 384 y ss.
- ¹⁴⁰⁰ Al respecto, *Ternon*, Der verbrecherische Staat (1996), pág. 267.
- ¹⁴⁰¹ Sobre los sucesos en Guatemala, *Zomischut*, Die Friedens-Warte 74 (1999), pág. 433 y ss.; Guatemala Memoria del Silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 12 tomos (1999).
- ¹⁴⁰² También se suelen mencionar en este contexto los homicidios masivos en la Camboya de Pol Pot y en la Unión Soviética con Stalin. Es, sin embargo, cuestionable que estos sean casos de genocidio, cfr. sobre Camboya, por ejemplo, *Barth/Lezant*, Holocaust in Kambodscha (1980), pág. 7 y ss.; *Chalk/Jonassohn*, The History and Sociology of Genocide (1990), pág. 398 y ss.; *De Nike/Quigley/Robinson*, Genocide in Cambodia (2000); *Williams*, International Criminal Law Review 5 (2005), pág. 447 y ss. Afirman la existencia de un genocidio *Hannum*, Human Rights Quarterly 11 (1989), pág. 82 y ss.; *Ternon*, Der verbrecherische Staat (1996), pág. 158 y ss. En contra se manifiestan, *Neubacher*, Juristische Ausbildung 2007, pág. 849; *Vest*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), 457, pág. 478. Sobre los homicidios masivos en la Unión Soviética de Stalin, *Ternon*, Der verbrecherische Staat (1996), pág. 196 y ss., quien sólo afirma el genocidio de los «Kulaks» o campesinos propietarios de tierras. Cfr., además, sobre la aniquilación de los indios en Norteamérica y los aborígenes en Australia, *Chalk/Jonassohn*, The History and Sociology of Genocide (1990), págs. 173 y ss., 204 y ss.; *Stannard*, American Holocaust (1992), pág. 57 y ss.; *Thornion*, American Indian Holocaust and Survival (1987).
- ¹⁴⁰³ Cfr., por ejemplo, TPYI, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC); TPYI, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC).

- ¹⁴⁰⁴ Vid. al respecto, por ejemplo, *Bogewald/Fetscher* (editores), Srebrenica, Ein Prozess (2002). Sobre los sucesos en la antigua Yugoslavia también *Bassoni/Mantikas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1996), págs. 48 y ss., 608 y ss.; *Lehmder*, Die Strafbarkeit von Vertreibungen aus ethnischen Gründen in bewaffneten nicht-internationalen Konflikten (1999), pág. 68 y ss.
- ¹⁴⁰⁵ Cfr. *van den Vyver*, Fordham Journal of International Law 23 (1999), pág. 286 y ss.
- ¹⁴⁰⁶ Expresamente sobre la importancia del genocidio en el proceso de Nuremberg, *Merttux*, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), pág. 195 y ss. Cfr., también, los números marginales 18 y 22.
- ¹⁴⁰⁷ Una recopilación de las resoluciones emitidas por el TPYI en *Bummel/Selmann*, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften (2006), pág. 58 y ss.
- ¹⁴⁰⁸ Vid. *Asereto*, Netherlands International Law Review 2001, pág. 31 y ss.; *Lee*, Leiden Journal of International Law 9 (1996), pág. 37; *Morris/Scharf*, The International Criminal Tribunal for Rwanda (1998). Cfr. sobre la jurisprudencia del Tribunal, *Mugwanya*, The Crime of Genocide in International Law (2007); *Verdame*, International and Comparative Law Quarterly 49 (2000), pág. 578 y ss. Una sinopsis sobre la persecución nacional en Ruanda en *Schabas*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), pág. 879 y ss.
- ¹⁴⁰⁹ Sobre la persecución del genocidio a través de tribunales estatales, cfr. *Behrendt*, Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte (2005); *Dehnb/Delbrück/Woffum*, Völkerrecht, 10mo U3, 2ª edición (2002), pág. 1075 y ss.; *Kretzker*, International Criminal Law Review 5 (2005), pág. 313 y ss.; también número marginal 295 y ss.

II. Génesis del crimen

703. El concepto «genocidio» se acuñó por *Raphael Lemkin* durante la Segunda Guerra Mundial y se refería a los delitos cometidos por los nacional-socialistas contra los judíos. La palabra se compone de la conjunción del griego *genos* que significa raza y del latín *caedere* que significa matar¹⁴¹⁰. *Lemkin* definió el genocidio como un conjunto de acciones que atacan las condiciones esenciales de vida de un grupo y que van dirigidas a exterminarlo¹⁴¹¹. Pasaron varios años hasta que la Asamblea General de las Naciones Unidas se puso de acuerdo en una definición de este crimen en la Convención sobre el Genocidio.

704. El objeto del proceso contra los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg fue la guerra de agresión llevada a cabo por los nacional-socialistas y las infracciones de las leyes y usos de la guerra¹⁴¹². El genocidio nacional-socialista no fue mencionado como tal, sino como crimen de guerra y crimen contra la humanidad, especialmente como «exterminio» y «persecución»¹⁴¹³. Una vez finalizados los procesos, se incrementaron los esfuerzos para impulsar el desarrollo del derecho penal internacional. En la resolución 96 (II) de 11 de diciembre de 1946¹⁴¹⁴, la Asamblea General de las Naciones Unidas definió por primera vez el genocidio y señaló que se trata de un crimen de derecho internacional. Al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se le encargó trabajar en una propuesta para la formulación de una Convención sobre el Genocidio. Un grupo de expertos, entre los que se incluía *Lemkin*, trabajó conjuntamente con el Departamento de Derechos Humanos de la Secretaría General en un primer borrador de Convención. Éste se presentó al Consejo Económico y Social, que constituyó un comité *ad hoc* que trabajó a fondo sobre el proyecto y lo devolvió al Consejo. El proyecto se entregó entonces a la Sexta Comisión (jurídica)¹⁴¹⁵. Allí se modificó de nuevo el texto y se presentó finalmente a la Asamblea General, que aceptó por unanimidad el proyecto mediante la resolución 260 A (III) el 9 de diciembre de 1948¹⁴¹⁶.

705. En el art. II de la *Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*¹⁴¹⁷ se formuló por primera vez la definición del crimen en un

¹⁴¹⁰ *Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe* (1973), pág. 79. Sobre *Lemkin* y su obra, *vid.*, *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 25 y ss.

¹⁴¹¹ *Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe* (1973), pág. 79.

¹⁴¹² Más al respecto en el número marginal 22.

¹⁴¹³ TMI, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, parte 22* (1950), pág. 463 y ss.

¹⁴¹⁴ ONU Doc. A/RES/96 (I) (1946).

¹⁴¹⁵ Proyectos reproducidos por *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 553 y ss.

¹⁴¹⁶ Resolución 3/260 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1948).

¹⁴¹⁷ Anexo a la res. 260 (III) de la Asamblea General de la ONU (78 UNTS (1949), pág. 277 y s.). Actualmente han ratificado la Convención 140 Estados. Para obtener datos actualizados

instrumento de derecho internacional¹⁴¹⁸. Su validez está reconocida como derecho internacional consuetudinario y como *ius cogens*¹⁴¹⁹. La redacción contenida en la Convención sobre el Genocidio se acogió textualmente en el art. 4.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y en el art. 2.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En las negociaciones sobre el Estatuto de la CPI se produjeron intentos de incluir a los grupos políticos y sociales en el crimen. Sin embargo, la mayoría de los delegados no quisieron alejarse de la definición reconocida por el derecho internacional consuetudinario¹⁴²⁰. Por ello, el art. 6 del Estatuto de la CPI se corresponde literalmente con el art. II de la Convención sobre el Genocidio.

III. Estructura del crimen

706. Como crimen de genocidio son punibles ciertas acciones que tienen como objetivo la extinción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En primer lugar, se protegen la existencia física y la continuidad social de los grupos; el tipo protege, en segundo lugar, la dignidad de las víctimas.

707. Desde un punto de vista objetivo, el genocidio exige la comisión de uno de los hechos individuales recogidos en el art. 6 a) hasta c) del Estatuto de la CPI. Se incluyen acciones que atacan la integridad física o psíquica de los

puede consultarse <http://www.preventgenocide.org> (visitada en enero de 2010). Entre tanto también Andorra, Montenegro y los Emiratos Árabes han ratificado la Convención.

¹⁴¹⁸ Sobre la elaboración de la Convención sobre el Genocidio, *Drost*, *The Crime of State*, tomo II: *Genocide* (1959), pág. 1 y ss.; *Jeschke*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 66 (1954), pág. 193 y ss.; *Kunz*, *American Journal of International Law* 43 (1949), pág. 489 y ss.; *Kuper*, *Genocide* (1981), pág. 19 y ss.; *Lippman*, *Boston University International Law Journal* 65 (1985), pág. 1 y ss.; *Robinson*, *The Genocide Convention, A Commentary* (1960), pág. 17 y ss.; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), págs. 14 y ss., 51 y ss.; *Selbmami*, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht* (2002), pág. 48 y ss.; *Stillschweig*, *Die Friedens-Warte* 1949, pág. 93 y ss.; *Ternon*, *Der verbrecherische Staat* (1996), págs. 17 y ss., 34 y ss.

¹⁴¹⁹ Cf. CIJ, sentencia de 3 de febrero de 2006 (República Democrática del Congo vs. Ruanda, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo – New Application* 2002), parág. 64; CIJ, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Rusia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), parág. 161; TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 495; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 60; TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 541; *Cassese*, *International Criminal Law* (2003), págs. 96 y 98; *Wouters/Vervhoeven*, *International Criminal Law Review* 5 (2005), pág. 401 y ss.

¹⁴²⁰ Vid. Triffterer-Schabas, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 6, número marginal 6.

miembros del grupo o que afectan a su existencia o continuidad biológica; el art. 6 e) del Estatuto de la CPI define además una forma de genocidio cultural. El objeto de la acción es el miembro individual del grupo. En sentido objetivo, el genocidio no exige que el hecho individual se integre en un hecho global¹⁴²¹, aunque el ataque sistemático o de gran alcance contra un grupo sea la forma de aparición más usual de este delito.

708. En el plano subjetivo todas las acciones típicas exigen, junto al dolo en relación con los hechos individuales¹⁴²², la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso en su calidad de tal: la destrucción efectiva del grupo o de una parte del mismo no es necesaria. Esta intención de destruir da cuerpo al mismo tiempo al elemento sistemático del crimen de genocidio, que le otorga su dimensión internacional.

IV. Intereses protegidos

709. El crimen de genocidio protege el derecho a la existencia de determinados grupos¹⁴²³. Esto es consecuencia, principalmente, del proceso de creación de la Convención sobre el Genocidio. Así, la Asamblea General definió en su resolución 96 (I) de 1946 el genocidio como «una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir»¹⁴²⁴.

¹⁴²¹ Más al respecto en el número marginal 749 y ss.

¹⁴²² Vid., número marginal 394 y ss.

¹⁴²³ Vid. CJ, Informe de 28 de mayo de 1951 (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), ICI Reports 1951, págs. 15 y 23; TPRI, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 469; TPY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 69 y ss. bajo la rúbrica «protected groups»; TPY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parágs. 551 y s., 553. Cf. también, District Court of Jerusalem, sentencia de 12 de diciembre de 1961 (Eichmann), parág. 190 y s., en: IIR 36 (1968), 232 y ss., sobre el tipo de «delitos contra el pueblo judío», basado en el tipo de genocidio; *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 17, pfo. 6 y s.; *Prost*, The Crime of State, tomo II: Genocide (1959), pág. 84 y s., 86; *Essey*, en: Festschrift für Goyke (editores), Festschrift für Meyer-Gossner (2001), 3, pág. 16; *Froma*, en: Lattanzi/Schabas (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (1999), pág. 118 y s.; *Gil Gil*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 112 (2000), 381, pág. 393; *Krieger*, Genocide (1981), pág. 30; *Robinson*, The Genocide Convention, A Commentary (1960), pág. 58.

¹⁴²⁴ ONU Doc. A/RES/96 (I) (1946), donde además se señala: «[T]al negación del derecho a la existencia [...] causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por esos grupos humanos [...]». *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtapparate (2002), pág. 99 («variedad de grupos y con ello indirectamente la composición de la humanidad»).

710. El Tribunal de Yugoslavia mantiene que el tipo sólo protege la existencia física¹⁴²⁵. Sin embargo, la destrucción de un grupo «como tal» puede conseguirse mediante la destrucción de la identidad de grupo¹⁴²⁶, porque ésta conduce, al igual que la exterminación física del grupo, a la desaparición del grupo y tiene como consecuencia su pérdida para la humanidad. La interpretación que sostiene que el genocidio sólo protege la existencia físico-biológica del grupo es, por tanto, demasiado estrecha¹⁴²⁷.

711. En especial, carece de validez la consideración de que la inclusión de la existencia social del grupo contradice el principio *nullum crimen sine lege*¹⁴²⁸: el principio de taxatividad se respeta si la existencia social del grupo se protege sólo frente a las acciones concretas de agresión contenidas en el tipo. Los ataques que sólo eliminan las características culturales específicas del grupo (el denominado genocidio cultural) han sido excluidos consistentemente del tipo.

712. También se discute si el crimen protege además los intereses individuales de los miembros del grupo. Los miembros en sí son, por lo general, el objeto de la agresión, sin embargo, las lesiones o puestas en peligro de intereses individuales sólo se tienen en cuenta por el derecho penal internacional cuando el individuo es atacado, precisamente, como consecuencia de su pertenencia al grupo. Sólo la voluntad de producir el hecho global —la destruc-

¹⁴²⁵ Vid. TPY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 25; TPY, sentencia de 9 de mayo de 2007 (Blagojević y Jokić, AC), parág. 123, nota 337; TPY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 580. Vid., también, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General de 25 de enero de 2005, ONU Doc. S/2005/60, parágs. 515 y ss. Para una discusión sobre estas sentencias, número marginal 766.

¹⁴²⁶ La aniquilación de la existencia social puede producirse, por ejemplo, mediante el traslado forzoso de la población y la dispersión de los miembros del grupo, mediante la destrucción sistemática de su conciencia de pertenencia a una unidad o mediante la eliminación de las clases dirigentes políticas o espirituales, como apuntan *Kohlmann-Lange*, StGB, 43ª edición (1961), § 220a número marginal IV. En sentido similar, TPY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 666.

¹⁴²⁷ *Ambo*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 129; *Froma*, en: Lattanzi/Schabas (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (1999), pág. 118 y ss.; *Jeschke*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 66 (1954), pág. 213; *Lüders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (2004), pág. 45 y ss.; *Triffert*, en: Schünemann et al. (editores), Festschrift Roxin (2001), pág. 1433; *Vest*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), pág. 457, 476; *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtapparate (2002), pág. 99.

¹⁴²⁸ Cf. TPY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parágs. 574 y ss., 580.

ción del grupo como tal— hace que la lesión de los intereses individuales se convierta en un crimen de genocidio¹⁴²⁹.

713. Al mismo tiempo es evidente que la dignidad humana de la víctima de un crimen de genocidio es lesionada de forma grave: el individuo sólo es víctima del crimen debido a su pertenencia a un determinado grupo, de forma que aparece despersonalizado y convertido en un mero objeto. Junto al bien jurídico primario, la existencia del grupo, aparece la dignidad de la víctima como interés protegido de forma adicional¹⁴³⁰.

B) ASPECTO EXTERNO DEL HECHO

I. Los grupos protegidos

714. Un grupo es una pluralidad de personas unidas de forma duradera por características comunes, que se diferencia del resto de la población. El tipo protege tan sólo aquellos grupos que se constituyen a través de características «nacionales», «étnicas», «raciales» o «religiosas». Esta enumeración es exhaustiva¹⁴³¹. Los autores de la Convención sobre el Genocidio limitaron conscientemente su art. II a la protección de los cuatro grupos menciona-

¹⁴²⁹ Cfr. TPY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 66. También TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 522: «The perpetration of the act charged therefore extends beyond its actual commission, for example, the murder of a particular individual, for the realisation of an ulterior motive, which is to destroy, in whole or in part, the group of which the individual is just one element».

¹⁴³⁰ Afriman también la protección de bienes jurídicos individuales, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 130; *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (editores), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo I (1999), pág. 119; *Kress*, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 473; *Planzer*, *Le crime de genocide* (1956), pág. 79 y s.; *Tomuschat*, en: Cremer et al. (editores), *Festschrift für Steinberger* (2002), pág. 329; *Triffler*, en: Schünemann et al. (editores), *Festschrift Roxin* (2001), pág. 1432 y s.

¹⁴³¹ TPY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 554. También, *Drost*, *The Crime of State, tomo II: Genocide* (1959), pág. 80; *Kress*, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 473; *Lüders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 65 y ss; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), 102, pág. 130; *Triffler-Schabas*, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 6, número marginal 9. En otro sentido, TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 701: «protection of any stable and permanent group»; Audiencia Nacional, sentencia de 5 de noviembre de 1998, ILR 1999 (2002), 331, pág. 341; puede consultarse en <http://www.ua.es/lup/pinchoet/> (visitada en enero de 2010); *van*

dos¹⁴³². Nota común de estos grupos es el hecho de que la pertenencia al mismo se produce generalmente por el nacimiento, de modo que el grupo manifiesta un carácter permanente y estable. En consecuencia, una definición puramente negativa del grupo no es defendible. El grupo debe ser definido por sus particulares características positivas (nacional, étnico, racial o religioso) y no por su falta de concurrencia¹⁴³³.

715. No es posible llevar a cabo una delimitación conceptual precisa de cada uno de los grupos, debido a que para su constitución son decisivos los procesos de percepción social; también en muchas ocasiones se superponen los ámbitos de aplicación de las definiciones. De este modo, el grupo perseguido puede reunir características de distintos grupos. Debido a que todos los grupos que se incluyen en la descripción típica gozan de la misma protección, no es preciso llevar a cabo una adscripción exhaustiva de un grupo victimizado a una determinada característica común. Tampoco es necesario que todos los miembros pertenezcan al grupo debido a la misma característica¹⁴³⁴.

1. Modelos de constitución de grupos

716. La calificación de una pluralidad de personas como grupo nacional, étnico, racial o religioso puede producirse desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, debe pensarse en criterios objetivos, como, por ejemplo, costumbres culturales colectivas, lengua común, fe común o en similares características corporales externas como el color de la piel o la constitución física. Sin embargo, también es imaginable acudir a criterios subjetivos y determinar el grupo en función de procesos sociales de adscripción, es decir, a partir de la percepción propia o ajena de un grupo como nacional, étnico, racial o reli-

Schaack, *Yale Law Journal* 106 (1997), pág. 2282 y *van den Vyver*, *Fordham Journal of International Law* 23 (1999), pág. 303 y ss.

¹⁴³² La base de esta decisión se encuentra en que estos grupos han sido históricamente los más atacados y en las características que los definen: homogeneidad, involuntariedad de la pertenencia y continuidad. Cfr. *Ippman*, en: Bassiouni (editor), *International Criminal Law*, 2ª edición (1999), 589, pág. 597. Sobre la expansión del círculo de grupos protegidos a través de la legislación y jurisprudencia internas, número marginal 729.

¹⁴³³ CJJ, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 192 y ss.; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 147 y ss.; TPY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 20 y ss.; *Kress*, *European Journal of International Law* 18 (2007), pág. 623.

¹⁴³⁴ Según *Schabas* estos cuatro grupos de características no sólo se superponen, sino que además se precisan de forma recíproca y son, en cierto modo, las cuatro piedras angulares que delimitan el ámbito de protección de la norma, *Genocide in International Law* (2000), pág. 111 y s. También *Shaw*, en: Dinstein (editor), *International Law at a Time of Perplexity* (1989), pág. 807.

gioso. Ambos puntos de vista encuentran acogida en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales.

717. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda siguió decididamente un criterio objetivo en su primera decisión fundamental sobre el crimen de genocidio en la sentencia del caso *Akayesu*.¹⁴³⁵

718. En esta decisión, el Tribunal llegó a una conclusión parcial que debe ser destacada, según la cual los tutsi no constituyen un grupo de los expresamente mencionados en la definición de genocidio. Si bien dentro de la población civil de Ruanda los tutsi y los hutu son considerados como dos unidades étnicas distintas¹⁴³⁶, esto no puede ser afirmado sin más desde el punto de vista objetivo. Tutsi y hutu hablan la misma lengua, comparten la misma fe y tienen una identidad cultural común. La clasificación como «tutsi» o como «hutu» no depende entonces tanto de criterios objetivos como de un proceso social de adscripción. El Tribunal reconoció este proceso social de adscripción, pero no lo consideró determinante para la constitución del grupo. Finalmente, la Cámara estimó que el genocidio debe ser aplicado a todos los denominados «grupos estables», también a los no mencionados expresamente en el crimen¹⁴³⁷, un resultado que es incompatible con el principio de taxatividad¹⁴³⁸, que también es válido en el derecho penal internacional.¹⁴³⁹

719. La Cámara de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para Ruanda no siguió en la sentencia del caso *Kayishema-Ruzindana* el enfoque puramente objetivo que había mantenido en la sentencia *Akayesu* y consideró determinante para la definición de grupo étnico atender, junto a características objetivas, a los procesos sociales de adscripción: «An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)».¹⁴⁴⁰

720. Desde entonces, los elementos subjetivos han sido tenidos en cuenta de forma constante por el Tribunal de Ruanda. Sin embargo, el Tribunal continúa adhiriéndose a la

posición que mantiene que los procesos de adscripción social por sí solos no son suficientes para clasificar el grupo como étnico. Los autores de la Convención sobre el Genocidio, en este sentido, intentaron limitar la definición a los grupos estables. No es, por tanto, posible prescindir de los criterios objetivos. Así, el Tribunal de Ruanda opta por solucionar caso por caso en función de criterios objetivos y subjetivos, interpretando el concepto de grupo a la luz del correspondiente contexto político, social, histórico y cultural.¹⁴⁴¹

721. Hasta el momento el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha defendido en sus sentencias una posición similar: el «grupo» es una construcción social y, por tanto, sus propiedades deben determinarse en función de cada contexto de vida socio-cultural. La percepción de una pluralidad de personas como un grupo determinado es decisiva, puesto que el concepto de grupo no sería definible desde un punto de vista científicamente objetivo. Para la clasificación de un grupo como nacional, étnico, racial o religioso es, por tanto, determinante qué características han sido tenidas en consideración por el autor o por terceros.¹⁴⁴² Sin embargo, los grupos protegidos no pueden ser definidos sobre una base exclusivamente subjetiva.¹⁴⁴³

722. Debe ser bienvenido el abandono por parte de la jurisprudencia internacional de la determinación exclusivamente objetiva de las características del grupo¹⁴⁴⁴, porque, en definitiva, son las percepciones sociales las que deci-

¹⁴³⁵ TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parágs. 510 y ss. – Más ampliamente, al respecto, *Liiders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), págs. 52 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), págs. 139, habla en relación con la sentencia *Akayesu* de una mezcla de criterios objetivos y subjetivos. Apoyan lo aquí sostenido, en cambio,

¹⁴³⁶ *Dahm/Delbrück/Wolfgram*, *Völkerrecht*, tomo II/3, 2ª edición (2002), págs. 1078.

¹⁴³⁷ TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parágrafo 702.

¹⁴³⁸ Cf. el número marginal 102 y ss.

¹⁴³⁹ También se muestra crítico *Akhavan*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 989, págs. 1000 y ss.; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), págs. 139 («unconvincing»), así como Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General de 25 de enero de 2005, ONU Doc. S/2005/60, parágrafo 498.

¹⁴⁴⁰ TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parágrafo 98.

¹⁴⁴¹ TPIV, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jesilić, TC), parágrafo 70; TPIV, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parágrafo 557.

¹⁴⁴² TPIV, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parágrafo 25.

¹⁴⁴³ También defienden un punto de vista subjetivo, *Arvanit*, *American Journal of International Law* 93 (1999), 195, págs. 198; *Fromm*, en: *Lautan/Schabas* (editores), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (1999), 105, págs. 118 y ss.; *Liiders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), págs. 60 y ss.; *Selmann*, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht* (2002), págs. 187 y ss.; *Verdine*, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 578, págs. 588 y ss., 592. También, *Lehter*, *Die Strafbarkeit von Verbrechen aus ethnischen Gründen in bewaffneten nicht-internationalen Konflikten* (1999), págs. 72 y ss.; *Vest*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 117 (1999), págs. 357 y ss. Por el contrario, defienden un punto de vista puramente objetivo, *Pfister*, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht* (1979), págs.

den sobre la clasificación de un grupo como nacional, étnico, racial o religioso. El punto de partida para la determinación de las peculiaridades del grupo en el sentido del crimen de genocidio debe por ello estar constituido por las atribuciones que se hagan tanto por los miembros del grupo como por terceros; por lo general, especialmente, los propios autores definen al grupo de víctimas. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que los conceptos de los distintos grupos son elementos objetivos del crimen y, por tanto, la cuestión sobre su presencia no puede dejarse al libre albedrío. Por ello deben tomarse en consideración sólo aquellas atribuciones sociales que muestran a una pluralidad de personas como grupo nacional, étnico, racial o religioso como una dimensión perceptible.¹⁴⁴⁵ Según el criterio de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, el enfoque subjetivo-objetivo se ha convertido incluso en derecho internacional consuetudinario.¹⁴⁴⁶

2. Grupo nacional

723. Elemento constituyente de un grupo nacional es, en primer lugar, la posesión de la misma nacionalidad¹⁴⁴⁷. Además, entran en consideración la existencia de una historia, costumbres, cultura y lengua comunes¹⁴⁴⁸. Ejemplos

230; Schabas, *Genocide in International Law* (2000), pág. 109 y ss.; el grupo es un elemento objetivo del crimen y debe, por consiguiente, determinarse de forma objetiva. En sentido similar, Kress, *European Journal of International Law* 18 (2007), pág. 623 y ss.; MK-Kress, StGB, vol. 6/2 (2009), § 6 VStGB, número marginal 33, quien, sin embargo, considera que en los casos dudosos, los tribunales pueden basarse en la percepción de los autores para delimitar el grupo (número marginal 46).

¹⁴⁴⁵ A favor de un enfoque subjetivo con correcciones objetivas también Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2ª (2008), § 7 número marginal 133; Lüders, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 60 y ss.; Meltraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), § 15 número marginal 12. Cfr., también, sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007 (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), parág. 191.

¹⁴⁴⁶ Cfr. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General de 25 de enero de 2005, ONU Doc. S/2005/60, parág. 501.

¹⁴⁴⁷ TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 512. Ampliamente al respecto, Lüders, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 72 y ss.

¹⁴⁴⁸ Vid. Nsereko, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 117, pág. 131; Planzer, *Le crime de genocide* (1956), pág. 97. Un resumen sobre la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* Meltraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 227 y ss.

típicos de grupos nacionales son las denominadas minorías nacionales; por el contrario, no se incluyen los grupos políticos o sociales¹⁴⁴⁹.

3. Grupo étnico

724. Con la inclusión de los grupos étnicos en la definición, los autores de la Convención sobre el Genocidio querían abarcar a pluralidades de personas similares a los grupos nacionales, raciales o religiosos. Así, se defendió la postura según la cual el grupo étnico no sería más que una subespecie del grupo nacional; según otra versión el concepto de etnia sería idéntico al de raza.¹⁴⁵⁰ Un grupo étnico se caracteriza, principalmente, por la existencia de una determinada tradición cultural y un desarrollo histórico común. Los miembros del grupo hablan la misma lengua, tienen usos y costumbres comunes y una forma de vida también común¹⁴⁵¹. A menudo el grupo se encuentra localizado en una región geográfica. No se exigen características «raciales» comunes para afirmar la existencia de una etnia¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ Cfr. Schabas, *Genocide in International Law* (2000), pág. 114 y ss. – Por el contrario, la Audiencia Nacional española entiende que los grupos políticos y sociales dentro de un Estado son también protegidos por el crimen dentro de los grupos «nacionales». Además de miembros de formaciones políticas se incluyen como grupos protegidos también a los enfermos de SIDA, a las personas mayores o simplemente a «los poderosos», Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998, ILR 119 (2002), 331, pág. 340 y ss., puede consultarse en <http://www.ua.es/ap/pinchoel/> (visitada en enero de 2010). Este punto de vista va más allá del tipo y contradice su tenor literal y su significado histórico. Cfr. Kress, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 476; Lüders, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 74. Más detalles y referencias a la legislación interna en el número marginal 729.

¹⁴⁵⁰ Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, prepared by Mr. Nicodème Ruhashyankiko, Special Rapporteur, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/416, pfo. 69; más detalles en Lüders, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 76 y ss.

¹⁴⁵¹ Cfr. TPIR, sentencias de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 513 y de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 98; Lippman, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15 (1998), 415, pág. 456; Lüders, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 78; Pfeiler, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht* (1979), pág. 30; Planzer, *Le crime de genocide* (1956), pág. 97. Wiesner, en: Shelton (editor), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, tomo I (2005), pág. 304 y ss.

¹⁴⁵² Así, sin embargo, Campbell, § 220a StGB: Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid? (1986), pág. 103; Nsereko, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras),

4. Grupo racial

725. La definición de raza, problemática debido a su uso incorrecto, se utiliza para la descripción de un grupo social cuyos miembros poseen las mismas características corporales visibles y hereditarias como, por ejemplo, el color de la piel o la constitución física¹⁴⁵³. También las tribus se incluyen en la definición¹⁴⁵⁴.

5. Grupo religioso

726. Ya en el año 1946 en la resolución 96 (I) de la Asamblea General¹⁴⁵⁵, el grupo religioso fue mencionado como grupo que podía ser víctima de un delito de genocidio y apareció también en todos los proyectos de formulación del crimen¹⁴⁵⁶. Los autores de la Convención sobre el Genocidio partieron de la base de que un grupo religioso, aun cuando se constituye sobre una base voluntaria, se ha formado históricamente, demuestra características constantes y con ello un carácter estable, de forma similar a los grupos nacionales o étnicos¹⁴⁵⁷.

Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, tomo 1 (2000), pág. 131.

¹⁴⁵³ TPiR, sentencias de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), párag. 514, y de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), párag. 98; *Lippman*, en: Bassouni (editor), *International Criminal Law*, tomo 1, 2ª edición (1999), 589, pág. 598; *Liders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 78 y s.; Kress, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 476; *Nseréko*, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 117, pág. 131; *Pircher*, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht* (1979), pág. 30 y s.; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 123.

¹⁴⁵⁴ *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 17, pto. 9. También, *Planzer*, *Le crime de genocide* (1956), pág. 97. La Comisión Internacional de Investigación para Darfur se muestra reticente aunque en el caso concreto lo acepta, vid., ONU Doc. S/2005/60, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General de 25 de enero de 2005, párag. 495 y ss.

¹⁴⁵⁵ ONU Doc. A/RES/96 (I) (1946).

¹⁴⁵⁶ Algunos proyectos pueden consultarse en *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 553 y ss.

¹⁴⁵⁷ Vid. *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 127. Sobre las objeciones que se plantearon durante las negociaciones de la Convención sobre el Genocidio, vid., Kress, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 478 y ss.

727. Los miembros de una comunidad religiosa tienen la misma confesión, creen en la misma imagen espiritual¹⁴⁵⁸, secundan una misma idea espiritual¹⁴⁵⁹ o practican formas comparables de culto¹⁴⁶⁰. No sólo las grandes comunidades religiosas, sino también las pequeñas y las sectas¹⁴⁶¹ están protegidas por el tipo, cuando "persisten en el tiempo y con independencia de las posibilidades de abandonarla, en una consideración global, despliegan una fuerza de unión suficiente"¹⁴⁶². No se incluyen en cambio los grupos ateos, porque no se protege la libertad de no profesar ninguna religión¹⁴⁶³. Tampoco se pueden equiparar las creencias religiosas a las políticas. Si se considerara a los grupos políticos dentro de los religiosos, aquellos entrarían por la puerta de atrás en el ámbito de protección del tipo¹⁴⁶⁴.

6. Otros grupos

728. Grupos diferentes de los que se mencionan expresamente en el precepto no se encuentran protegidos por el tipo de genocidio, ni por el derecho internacional de los tratados ni por el derecho internacional consuetudinario. La restricción del ámbito de protección del crimen de genocidio a las comunidades mencionadas se explica, por una parte, por las elevadas necesidades de protección de los miembros del grupo. Por lo que se refiere a los grupos nacionales, raciales o étnicos, sus miembros no pueden romper con el grupo mediante su mero distanciamiento; más bien al contrario, el destino de cada

¹⁴⁵⁸ Vid. *Lippman*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15 (1998), pág. 456; *Planzer*, *Le crime de genocide* (1956), pág. 98.

¹⁴⁵⁹ Vid. *Planzer*, *Le crime de genocide* (1956), pág. 98.

¹⁴⁶⁰ Vid. TPiR, sentencia de 2 de septiembre de 1999 (Akayesu, TC), párag. 515; en la misma línea, TPiR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), párag. 98.

¹⁴⁶¹ Vid. *Nseréko*, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 117, pág. 132; *Shaw*, en: Dinstein (editor), *International Law at a Time of Perplexity* (1989), 797, pág. 807.

¹⁴⁶² Así también, MK-Kress, SiGB, vol. 6/2 (2009), § 6 VSiGB, número marginal 47.

¹⁴⁶³ Así también, MK-Kress, SiGB, vol. 6/2 (2009), § 6 VSiGB, número marginal 43. *Liders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 80 y s.; *Shaw*, en: Dinstein (editor), *International Law at a Time of Perplexity* (1989), 797, pág. 807, señala que los grupos ateos a menudo son grupos políticos, que justamente no son objeto de protección del genocidio. Además los grupos ateos no serían fáciles de delimitar. De otra opinión, *Lippman*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15 (1998), 415, pág. 456; *Safferting*, *Juristische Schulung*, 2001, 735, pág. 738.

¹⁴⁶⁴ Vid. *Pircher*, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht* (1979), pág. 37.

uno de ellos se encuentra indisolublemente unido al del grupo. Por otra parte, las comunidades estables se reconocen claramente, mientras que los grupos políticos, sociales, económicos u otros similares se encuentran sometidos a cambios constantes en sus relaciones, por lo que no se protegen como tales.¹⁴⁶⁵ Desde un punto de vista de política-jurídica internacional es controvertida, sobre todo, la exclusión de los grupos políticos.¹⁴⁶⁶

729. Algunas legislaciones y práctica judicial estatales expanden de forma considerable el tipo de genocidio para incluir los grupos sociales y políticos.¹⁴⁶⁷ Así la *Audiencia Nacional* española interpreta de forma amplia el elemento "grupo nacional" y lo aplica a grupos políticos y sociales.¹⁴⁶⁸ En las legislaciones internas se incluyen también en parte los grupos sociales¹⁴⁶⁹ políticos¹⁴⁷⁰ o ambos.¹⁴⁷¹ Francia extiende la protección del tipo de genocidio a los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos y también a cualquier otro

¹⁴⁶⁵ Sobre esta argumentación, *Becker*, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit* (1996), pág. 182; *Heintze*, *Humanitäre Völkerrechts-Informationsschriften* 2000, 225, pág. 227; *LeBlanc*, *Yale Journal of International Law* 13 (1988), 268, pág. 273 y ss.; *Nserenko*, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 117, pág. 130.

¹⁴⁶⁶ Sobre la discusión acerca de la inclusión de los grupos políticos en el art. II de la Convención sobre el Genocidio, *Drast*, *The Crime of State*, tomo II: *Genocide* (1959), pág. 60 y ss.; *Kabatzi*, *International Criminal Law Review* 5 (2005), 387, pág. 390; *Kuper*, *Genocide* (1981), pág. 24 y ss.; *van Schaack*, *Yale Law Journal* 106 (1997), 2259, pág. 2262 y ss.; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 134 y ss.; *Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (2002), pág. 129.

¹⁴⁶⁷ Un resumen en *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 351; *Selbmann*, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht* (2002), pág. 180.

¹⁴⁶⁸ Cfr. Audiencia Nacional, sentencia de 5 de noviembre de 1998, ILR 119 (2002), págs. 331 y 340-341. En el mismo sentido, Tribunal Oral Federal n° 1 de La Plata, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Miguel Etchecolatz). Vid., también, número marginal 723, nota 1449.

¹⁴⁶⁹ Cfr. § 90 Código Penal estonio: "A person who, with the intention to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, a group resisting occupation or any other social group [...]" (cursiva añadida). Cfr., también, § 71 Código penal letonio, art. 319 Código penal de Paraguay, art. 3190 Código penal del Perú.

¹⁴⁷⁰ Cfr. art. 281 Código Penal etíope: "Whosoever, with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, religious or political group [...]" (cursiva añadida). Cfr., también, art. 3 pfo. 2 c) International Crimes Tribunals Act (Bangladesh), art. 137 Código penal de Costa de Marfil, art. 311 Código Penal de Panamá. Las normas citadas pueden consultarse en <http://www.preventgenocide.org> (visitada en enero de 2010). El Tribunal Superior Federal de Etiopía se basó en el art. 281 en el caso Mengistu, vid., Tiba, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pág. 513 y ss.; International Crimes Tribunal Act (Bangladesh), art. 3.2.c); art. 137 Código Penal de Costa de Marfil, art. 311 Código Penal panameño.

¹⁴⁷¹ El art. 127 del Código Penal de Costa Rica señala: "Quien tome parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razones de raza, nacionalidad,

grupo definido a través de cualquier otro criterio arbitrario ("d'un groupe défini à partir de tout autre critère arbitraire")¹⁴⁷². El derecho internacional público permite que los Estados puedan llevar a cabo una ampliación del tipo como ésta. Sin embargo, el principio de jurisdicción universal no debe aplicarse a estas ampliaciones; sólo debe ser utilizado en relación con la definición de genocidio que se deriva del derecho internacional consuetudinario.¹⁴⁷³ Es todavía una incógnita si, y en qué medida, esta práctica estatal va a ser asumida por otros Estados.

730. Si bien el tipo de genocidio protege solamente a «grupos estables», no protege a todos los grupos con esta característica. Sin perjuicio de lo anterior, en la ya mencionada sentencia *Akayesu*¹⁴⁷⁴, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda intentó englobar todos los grupos que tengan un carácter permanente y cuyos miembros vengan determinados por el nacimiento.¹⁴⁷⁵ Acertadamente, esta decisión no tuvo ningún reconocimiento en las sentencias posteriores de los Tribunales Penales Internacionales. Tal ampliación del tipo no es compatible con el principio de taxatividad, que también rige en derecho internacional (art. 22 del Estatuto de la CPI). Asimismo, esta ampliación no resulta aceptable a la luz del proceso de creación de la Convención sobre el

género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil [...]" (cursivas añadidas). Cfr., también, art. 373 del Código Penal eslovaco.

¹⁴⁷² Cfr., el art. 211-1 del Código Penal francés. El Código Penal francés señala que el genocidio además de a los grupos que se mencionan expresamente puede ser aplicable a otros grupos similares, § 6 capítulo 11: "Quien para el exterminio de un grupo nacional, racial, étnico o religioso o un grupo internacional equiparable [...]" Una traducción al alemán de este texto se encuentra en: *Cornils/Frände/Matikkala*, *Das finnische Strafgesetz-Rikoslaki/Strafflag* (2006), pág. 163.

¹⁴⁷³ Es cuestionable, por tanto, que se amplie en la legislación nacional el tipo de genocidio y que al mismo tiempo se disponga del principio de jurisdicción universal, por ejemplo, cfr. Estonia (§ 8 Código Penal) o España (Art. 23 pfo. 4 Ley Orgánica del Poder Judicial).

¹⁴⁷⁴ Vid., número marginal 717 y ss.

¹⁴⁷⁵ TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (*Akayesu*, TC), págs. 511, 516, 701 y ss. Para expandir de esta forma el genocidio el Tribunal se basó en la Convención sobre el Genocidio: "On reading through the *travaux préparatoires* of the Genocide Convention, it appears that the crime of genocide was allegedly perceived as targeting only stable groups, constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth" (párg. 511). "[T]he Chamber considered whether the groups protected by the Convention [...] should be limited to only the four groups expressly mentioned and whether they should not also include any group which is stable and permanent like the said four groups [...] [I]t is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the *travaux préparatoires*, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group" (párg. 516).

Genocidio. El tipo se limitó conscientemente a las formas ya mencionadas de «grupos estables»¹⁴⁷⁶.

II. Acciones típicas

731. Las acciones típicas de homicidio (art. 6 a) del Estatuto de la CPI), de causar graves lesiones físicas o mentales (art. 6 b) del Estatuto de la CPI), así como la de imposición de condiciones de vida destructivas (art. 6 c) del Estatuto de la CPI, constituyen formas de genocidio físico. La adopción de medidas para evitar nacimientos, que se castiga en el art. 6 d) del Estatuto, debe clasificarse como una forma de genocidio biológico, mientras que el traslado forzado de niños a otros grupos, contemplado en el art. 6 e), es una forma especial de genocidio cultural, que de otro modo no sería punible¹⁴⁷⁷.

732. El objeto material de la agresión es siempre un miembro individual del grupo, cuya integridad física o existencia social se lesiona o se pone en peligro¹⁴⁷⁸. Esto se desprende, en parte, directamente del tenor literal de la norma¹⁴⁷⁹. No obstante, aunque el tipo exige acciones contra el «grupo»¹⁴⁸⁰, éstas se producen a través de las agresiones a sus miembros. Aunque el art. 6 a), b), d) y e) del Estatuto de la CPI utilice el plural y se refiera a las víctimas como «miembros» o «niños», basta con que tan sólo uno de los miembros del grupo se vea afectado por la conducta¹⁴⁸¹. Además, la víctima debe, de forma

efectiva y no sólo hipotética, pertenecer al grupo cuya eliminación se pretende¹⁴⁸². En otro caso, sólo cabe considerar una tentativa¹⁴⁸³.

1. Homicidio

733. El art. 6 a) del Estatuto de la CPI exige que el autor cause la muerte al menos de uno de los miembros del grupo¹⁴⁸⁴.

2. Lesión grave de la integridad física o mental

734. El art. 6 b) del Estatuto de la CPI exige que el autor lesione física o psicológicamente de forma grave al menos a uno de los miembros del grupo¹⁴⁸⁵. La jurisprudencia internacional entiende por lesiones graves a la integridad física, la violencia física no letal capaz de causar deformidades y daños graves de órganos internos o externos y de los sentidos¹⁴⁸⁶. Como ejemplos de acciones típicas la sentencia *Akayesu* menciona, entre otras, las mutilaciones y el uso

¹⁴⁷⁶ Vid., también, *Hübner*, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht* (2004), pág. 108 y ss.; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 109 y ss., pág. 130 y ss.

¹⁴⁷⁷ Para más información vid., número marginal 743.

¹⁴⁷⁸ Por ejemplo, *Drost*, *The Crime of State*, tomo II: Genocide (1959), pág. 86; *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), 381, pág. 396; *Triffler*, en: Schünemann et al. (editores), *Festschrift Roxin* (2001), 1415, pág. 1433.

¹⁴⁷⁹ Cfr. art. 6 a), b) y e) del Estatuto de la CPI.

¹⁴⁸⁰ Cfr. art. 6 del Estatuto de la CPI.

¹⁴⁸¹ Vid. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, vol. 1/3, 2ª edición (2002), pág. 1080; *Drost*, *The Crime of State*, tomo II: Genocide (1959), pág. 85 y s.; *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), pág. 395 y s. (con amplias referencias); *Jeschke*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 66 (1954), pág. 212 y s.; *Jørgensen*, *International Criminal Law Review* 1 (2001), 285, pág. 299; *Koch*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2007, pág. 152; *Robinson*, *The Genocide Convention, A Commentary* (1960), pág. 62 y s.; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 158; *Triffler*, en: Schünemann et al. (editores), *Festschrift Roxin* (2001), pág. 1433.

¹⁴⁸² Elementos de los Crímenes para el art. 6 a) hasta e) del Estatuto de la CPI, TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (*Akayesu*, TC), párag. 712: el Tribunal sólo ha aceptado el genocidio cuando la víctima era un tutsi. Vid. también *MK-Kress*, StGB, vol. 6/2 (2009), § 6 VStGB, número marginal 46; *Métraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 232; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 158. En el asunto *Bagilishema*, el TPIR defendió un punto de vista diferente, sentencia de 7 de junio de 2001 (*Bagilishema*, TC), párag. 65. Igualmente, TPIR, sentencia de 15 de julio de 2004 (*Ndinabahizi*, TC), párag. 486 y s.

¹⁴⁸³ *Ambo*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 154; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Jahrbuch*, 11ª edición (1999), § 220a número marginal 10; *MK-Kress*, StGB, vol. 6/2 (2009), § 6 VStGB, número marginal 103; *Lüders*, *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof* (2004), pág. 65.

¹⁴⁸⁴ TPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (*Bagilishema*, TC), párgs. 55 y 57 y ss.; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (*Seranza*, TC), párag. 319; TPIR, sentencia de 12 de septiembre de 2006 (*Muvunyi*, TC), párag. 486.

¹⁴⁸⁵ En las negociaciones sobre el art. II de la Convención sobre el Genocidio fue controvertida la inclusión del daño psíquico (*mental harm*). Vid. *Corove*, *Washington University Law Quarterly* 28 (1951), pág. 174; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 160. La iniciativa para su inclusión provino de China. Mediante este elemento puede ser especialmente abarcada por el tipo la administración de drogas.

¹⁴⁸⁶ TPIR, sentencia de 12 de marzo de 2008 (*Seromba*, AC), párag. 46; TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (*Akayesu*, TC), párgs. 504, 711, 720 y ss.; TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (*Kayishema y Ruzindana*, TC), párag. 109, así como TPIR, sentencia de 2 de agosto de 2001 (*Krstić*, TC), párag. 543 con remisión a la exposición sobre los crímenes contra la humanidad en los párgs. 507 y ss. y 513.

99 (1999), pág. 2264 y ss.; Jones, *John R.W.D.*: Whose intent is it anyway? - genocide and the Intent to Destroy a Group, en: Vohrah, Lal Chand et al. (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 467 y ss.; Kress, *Claus*: The Darfur Report and Genocidal Intent, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pág. 562 y ss.; LeBlanc, *Lawrence J.*: The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding, *American Journal of International Law* 78 (1984), pág. 369 y ss.; Mettraux, *Guénail*: International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), pág. 208 y ss.; Nersisyan, *David D.*: The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals, *Texas International Law Journal* 37 (2002), pág. 231 y ss.; Schabas, *William A.*: Genocide in International Law: The Crime of Crimes (2000), pág. 206 y ss.; Schabas, *William A.*: The Jelacic Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide, *Leiden Journal of International Law* 14 (2000), pág. 125 y ss.; Tourme, *Cécile*: Genocidal Intent before the ICTY, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003), pág. 447 y ss.; Vest, *Hans*: A Structure-Based Concept of Genocidal Intent, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pág. 781 y ss.; van der Wilt, *Harmen G.*: Genocide, Complicity in Genocide and International vs. Domestic Jurisdiction, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 239 y ss.; Zahar, *Alexander/Staiger, Göran*: International Criminal Law (2008), pág. 197 y ss.

754. En lo subjetivo, el crimen de genocidio exige "intención y conocimiento" en el sentido del art. 30 del Estatuto de la CPI en relación con cada una de las acciones típicas, además de la intención de destruir total o parcialmente un grupo protegido como tal.

I. Dolo (art. 30 del Estatuto de la CPI)

755. Requisito subjetivo de punibilidad es, en primer lugar, que el autor cometa los elementos externos del tipo de genocidio con intención y conocimiento. Resulta determinante, básicamente, el art. 30 del Estatuto de la CPI¹⁵³³.

756. El hecho de que el art. 6 c) del Estatuto de la CPI exija que el autor imponga las condiciones de vida destructivas de forma «intencional» («deliberately»), no supone ninguna desviación respecto de la regla general sobre el aspecto interno del hecho, establecida en el art. 30 del Estatuto de la CPI. El art. 6 d) del Estatuto de la CPI también se limita a confirmar las exigencias subjetivas generales cuando establece que las medidas que el autor lleve a cabo deben estar «destinadas» («intended») a impedir nacimientos. En consecuencia, *dolus eventualis* y *recklessness* son insuficientes para satisfacer los requisitos subjetivos de estos crímenes.

757. En algunos de los hechos individuales del genocidio, sin embargo, se produce una merma de los requisitos subjetivos derivada de los Elementos de

los Crímenes y del derecho consuetudinario¹⁵³⁴. Ésta afecta, en primer lugar, a las acciones de homicidio, que, según el art. 6 a) del Estatuto de la CPI, deben llevarse a cabo con un ánimo destructivo. En este caso, existen muchos argumentos a favor de que los requisitos internos desarrollados por la jurisprudencia para las acciones de homicidio que se llevan a cabo en el marco de un ataque contra la población civil o de un conflicto armado¹⁵³⁵, sean también aplicables a los homicidios realizados con intención exterminadora¹⁵³⁶. En consecuencia, el conocimiento de la probabilidad sustancial de que de la conducta realizada resulte la muerte de la víctima es suficiente. Esto mismo es aplicable a la causación de lesiones graves del art. 6 b)¹⁵³⁷.

758. También los Elementos de los Crímenes para el art. 6 e) n° 6 suponen una merma de los requisitos generales en cuanto al aspecto interno del crimen cuando disponen —separándose del art. 30 del Estatuto de la CPI que exige el conocimiento cierto de las circunstancias concomitantes— que es suficiente, respecto a la minoría de edad de la víctima trasladada a otro grupo, con que el autor hubiera debido conocer esta circunstancia («should have known»)¹⁵³⁸.

II. Intención de destruir

759. El aspecto interno del crimen de genocidio exige además que el sujeto actúe con la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal. La exigencia de este ánimo destructivo supone una restricción del ámbito de punibilidad expresamente permitida en el art. 30 del Estatuto de la CPI¹⁵³⁹.

¹⁵³⁴ Sobre la relación entre el art. 30, los Elementos de los Crímenes y el derecho consuetudinario, vid., número marginal 419 y ss.

¹⁵³⁵ Más ampliamente al respecto, números marginales 832 y 1039.

¹⁵³⁶ Demasiado extensiva es en todo caso la apreciación de *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1083, según la cual el dolo eventual es suficiente sin más para todas las acciones de genocidio.

¹⁵³⁷ Vid., al respecto, número marginal 401 y s., donde también se aborda la cuestión de las consecuencias que resultan de los pronunciamientos más recientes del TPIY en relación con los requisitos de la parte interna del hecho. En contra, *Ambos, Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 147.

¹⁵³⁸ Más sobre la discusión, Kress, *International Criminal Law Review* 6 (2006), pág. 485.

¹⁵³⁹ Vid., número marginal 435.

¹⁵³³ Una discusión más en detalle sobre los requisitos generales del aspecto interno en el número marginal 394 y ss.

1. Definición de la intención

760. La intención característica del aspecto interno del hecho, la intención de destruir total o parcialmente el grupo como tal («specific intent»), debe ser entendida en el sentido de una voluntad orientada a un fin. La destrucción total o parcial del grupo debe ser el objetivo (mediato o inmediato) del autor.¹⁵⁴⁰ Sólo cuando el autor se representa la acción individual como un paso para la consecución de la destrucción del grupo, el hecho aparece como lesión de la paz mundial y adquiere una dimensión internacional.¹⁵⁴¹ Es suficiente con que la intención destructiva esté presente en el momento de la ejecución de la acción típica; no se exige la planificación previa por parte del autor.¹⁵⁴² El conocimiento del autor de que participa en una agresión exterminadora no puede sustituir la intención genocida, pero puede ser un indicio de su existencia.¹⁵⁴³ Siempre debe poder determinarse que el propio autor ha actuado con esa intención.¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴⁰ TPIY, sentencia de 5 de julio de 2001 (Jelisić, AC), párrs. 46 y 50 y ss.; TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayasu, TC), párr. 520; TPIR, sentencia de 6 de diciembre de 1999 (Rutaganda, TC), párr. 59; TPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagilishema, TC), párr. 61; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), párr. 86; TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), párr. 550. Cfr. entre las publicaciones, por ejemplo, *Clark*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), pág. 336; *Drost*, *The Crime of State*, tomo II: Genocide (1959), pág. 82; *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), pág. 393 y s.; *Triffler-Schabas*, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 6 número marginal 7; *Tourange*, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003), pág. 453.

¹⁵⁴¹ Cfr., también, *Akhavan*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pág. 992; *Triffler*, *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pág. 404.

¹⁵⁴² Cfr. TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), párr. 572; *Drost*, *The Crime of State*, tomo II: Genocide (1959), pág. 82; *Lippman*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15 (1998), pág. 455; *Robinson*, *The Genocide Convention*, A Commentary (1960), pág. 60. En otro sentido, TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), párr. 91.

¹⁵⁴³ Vid. BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* (2001), pág. 2732 y ss.

¹⁵⁴⁴ Vid. TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), párr. 549. As a preliminary, the Chamber emphasises the need to distinguish between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime. The gravity and the scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its perpetration. Although the motive of each participant may differ, the objective of the criminal enterprise remains the same. In such cases of joint participation, the intent to destroy, in whole or in part, a group as such must be discernible in the criminal act itself, apart from the intent of particular perpetrators. It is then necessary to establish whether the accused being prosecuted for genocide shared the intention that a genocide be carried out». Una aproximación similar se encuentra en *Jones*, en: *Vohrath et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), 467, pág. 471 y ss. Vid., número marginal 771.

761. En la doctrina se defiende, en parte, la opinión según la cual la intención de destruir existe cuando el autor sabe que se intenta eliminar al grupo.¹⁵⁴⁵ Esta interpretación se fundamenta, sobre todo, en las particularidades de la comisión sistemática del hecho típico del genocidio. El argumento sería que no es posible separar los objetivos de la acción, las condiciones previas y los efectos colaterales en los delitos de sistema. Por eso, en estos casos sería suficiente para poder afirmar la existencia del aspecto interno del hecho con el conocimiento certero por parte del autor de la intención destructiva del autor principal o del autor de la organización. Se afirma además que un sujeto que sabe que va a exterminar al grupo es más peligroso que uno que tiene la intención de hacerlo pero no sabe si lo podrá llevar a cabo. Teniendo en cuenta lo anterior el enfoque basado en el conocimiento debe ser rechazado.¹⁵⁴⁶ Esta interpretación podría coexistir con el tenor literal de la norma, pero no se corresponde con el sentido histórico del tipo. Sólo deben ser considerados típicos los supuestos en los que el autor pretende la destrucción total o parcial del grupo.¹⁵⁴⁷ Un enfoque basado en el conocimiento mezcla tres aspectos diferentes: en primer lugar, la definición de la intención específica de destruir, en segundo lugar, la cuestión de si todos los intervinientes en la empresa genocida deben compartir la intención específica de destruir para poder castigarlos por genocidio.¹⁵⁴⁸ Y, por último, aspectos de prueba.¹⁵⁴⁹ Sólo aquellos que actúan con el propósito de destruir el grupo tendrán la intención específica exigida por el tipo. Incluso los autores que defienden el enfoque basado en el conocimiento distinguen entre los autores principales y organizadores que actúan con esta intención de destrucción definida en términos estrictos, de aquellos que solamente se encuentran al corriente de los propósitos genocidas de los demás o de la existencia de una actividad global impersonal.¹⁵⁵⁰

¹⁵⁴⁵ Vid. *Greenwalt*, *Columbia Law Review* 99 (1999), pág. 2265 y ss.; *Kress*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), págs. 567 y 577; *Kress*, *International Criminal Law Review* (2006), pág. 492 y ss.; *Triffler*, en: *Schunemann et al.* (editores), *Festschrift Roxin* (2001), pág. 1440 y ss.; *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), pág. 482 y ss.; *Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (2002), págs. 104 y ss., pág. 107; *Vest*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pág. 788 y ss. Una aproximación similar en *Jones*, en: *Vohrath et al.* (editores), *Man's Inhumanity to Man* (2003), pág. 471 y ss. Un resumen en *Ambo*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 151 y s. Algunos autores consideran que el dolo eventual es suficiente, cfr. *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112 (2000), pág. 395; también, *Jørgensen*, *International Criminal Law Review* 1 (2001), pág. 309; *Schabas*, *Genocide in International Law* (2000), pág. 221.

¹⁵⁴⁶ Este punto de vista ha sido adoptado recientemente en la decisión de la CPI de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), párr. 139, nota 154.

¹⁵⁴⁷ Vid. *Ariel*, *Criminal Law Forum*, 13 (2002), pág. 277 y ss.

¹⁵⁴⁸ Sobre esta cuestión, número marginal 767 y ss.

¹⁵⁴⁹ Sobre los asuntos de prueba, número marginal 771.

¹⁵⁵⁰ En sentido similar, CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), párr. 139, nota 154; *van Sliedregt*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pág. 193; *van der Wolf*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 243 y ss.

2. El grupo como objeto de la intención destructiva

762. El objeto del ánimo destructivo del autor es el grupo nacional, étnico, racial o religioso «como tal». Esta apostilla precisa el punto de referencia de la intención exterminadora, mediante la exigencia de que el autor tenga intención de matar a la víctima precisamente por su pertenencia al grupo¹⁵⁵¹. Al autor le debe importar la destrucción del grupo y no de la víctima en su individualidad. No es preciso, por el contrario, probar que el autor actúa por motivos discriminatorios¹⁵⁵². Tampoco excluye la intención genocida el hecho de que el autor actúe también por otros motivos¹⁵⁵³. La intención de llevar a cabo conductas discriminadoras individuales contra miembros del grupo no es suficiente¹⁵⁵⁴.

763. Debido a que el grupo se protege por sus específicas particularidades como nacional, étnico, racial o religioso, no basta con que el autor ataque a personas de la mis-

¹⁵⁵¹ TPTR, sentencia de 9 de julio de 2004 (Niyitegeka, AC), parág. 47 y ss; sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 521 y s.; sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), parág. 165, y sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagilishema, TC), parág. 61. También, TPIY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 669; sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 856. Igualmente, sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007 (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 187. Vid., también, *Vest*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 117 (1999), pág. 356 y s.

¹⁵⁵² TPIY, sentencia de 5 de julio de 2001 (Jelisić, AC), parág. 49; según la cual el motivo es insignificante para la punibilidad. *Drost*, The Crime of State, tomo II: Genocide (1959), pág. 83 y s.; *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (1999), 105, pág. 129; *Hamum*, Human Rights Quarterly 11 (1989), 82, pág. 108; *Lippman*, Arizona Journal of International and Comparative Law 15 (1998), 415, pág. 454; *Planzer*, Le crime de genocide (1956), pág. 94 y s.; *Vest*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 117 (1999), 351, pág. 355. En otro sentido, TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 98: «[O]n these discriminatory grounds»; *Schabas*, Genocide in International Law (2000), pág. 253 y ss.

¹⁵⁵³ Cfr. TPIR, sentencia de 9 de julio de 2004 (Niyitegeka, AC), parág. 53: «The term 'as such' clarifies the specific intent requirement. It does not prohibit a conviction for genocide in a case in which the perpetrator was also driven by other motivations that are legally irrelevant in this context. Thus the Trial Chamber was correct in interpreting 'as such' to mean that the proscribed acts were committed against the victims because of their membership in the protected group, but not solely because of such membership" (en cursiva en el original). En sentido similar, las sentencias del TPIY de 5 de julio de 2001 (Jelisić, AC), parág. 49 y de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parágs. 26 y 226.

¹⁵⁵⁴ TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 79; TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 553; *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 17, pfo. 7.

ma nacionalidad, etnia, etc., que estén unidas por otras características determinadas¹⁵⁵⁵. La intención destructora típica del genocidio falta, por ejemplo, en los crímenes de los Jemeres Rojos en Camboya. Lo determinante para la elección de las víctimas no era la pertenencia a la etnia de los Jemeres, sino, entre otras circunstancias, la posición social de la víctima, su nivel educacional o, simplemente, la arbitrariedad¹⁵⁵⁶.

764. El autor debe actuar con la intención de destruir el grupo «total o parcialmente». La determinación del grupo como un todo, y con ello el verdadero objeto de la agresión, se hace depender de la representación del autor. Al mismo tiempo, el grupo puede ser a su vez parte de una unidad mayor. Un hecho de genocidio puede dirigirse, por ejemplo, contra los habitantes de una región concreta que pertenezcan a un grupo mayor¹⁵⁵⁷.

765. Es suficiente con que el autor pretenda la destrucción de una parte sustancial del grupo¹⁵⁵⁸. Según la acertada jurisprudencia de Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el adjetivo «sustancial» puede ser entendido tanto en un sentido cuantitativo como cualitativo¹⁵⁵⁹. Por consiguiente, basta tanto la intención de eliminar a un número elevado de integrantes del grupo como la intención de exterminar a una parte representativa del grupo.

¹⁵⁵⁵ Distinta fue sin embargo la interpretación de la Audiencia Nacional española en el caso *Pinochet*, vid. Audiencia Nacional, Auto de 5 de noviembre de 1998, II.R. 119 (2002) pág. 331.

¹⁵⁵⁶ En este sentido, *Vest*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 117 (1999), 351, pág. 356; *Vest*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), 457, pág. 478. En contra, *Hamum*, Human Rights Quarterly 11 (1989), 82, pág. 111 y s.; *Tennon*, Der verbrecherische Staat (1996), págs. 158 y ss., 167 y s.

¹⁵⁵⁷ TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 83. Vid., también, TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 590; confirmada por TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 15 y ss.; sobre la anterior versión del § 220a StGB, BGHSt. 45, 6 y 78. Se muestra crítico, *Kress*, International Criminal Law Review 6 (2006), pág. 489 y ss., en el supuesto de que las consideraciones cuantitativas deban ser abandonadas por completo.

¹⁵⁵⁸ Vid. TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 8 y ss.; CIJ, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 198; Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General de 25 de enero de 2005, ONU Doc. S/2005/60, parág. 492.

¹⁵⁵⁹ Vid. TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 12 y ss.; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 82; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 702. Vid., también, *Ambo*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 159 y ss.; *Lüders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (2004), pág. 138 y ss. Por el contrario, se muestra crítica la CIJ en sentencia de 26 de febrero de 2007 (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 200.

—por ejemplo, a sus líderes espirituales—. Lo decisivo es la eficacia que sobre la existencia del grupo deba tener la eliminación parcial que se persigue.¹⁵⁶⁰

3. Intención “de destruir”

766. El elemento intencional siempre se cumple cuando la destrucción físico-biológica del grupo depende del autor. Es discutible si también basta con que el autor aspire a destruir la existencia social del grupo.¹⁵⁶¹ El Tribunal

¹⁵⁶⁰ Vid. TPV, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parágs. 8 y ss.; TPV, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 595; TPIR, sentencia de 17 de junio de 2004 (Gacumbizi, TC), parág. 258; sentencia de 28 de abril de 2005 (Muhimana, TC), parág. 498; ONU Doc. S/1994/674, Final Report of the Commission of Experts, Established Pursuant Security Council Resolution 780 (1992), de 27 de mayo de 1994, parág. 94. También, *Amigos*, Internacionales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 162; *Meinhart*, Internacionales Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), págs. 222. En cualquier caso, las posibilidades reales de actuación del autor respecto de la destrucción del grupo sí pueden ser indicativas; al respecto, TPV, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 13, así como *Atkavara*, Journal of International Criminal Justice 5 (2005), págs. 998 y s. Vid., asimismo, *Barnett/Selmann*, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften 2006, págs. 62 y 65, quienes correctamente critican el fundamento 98 bis de la decisión del TPV en el caso *Sikirica*, en el que el número de víctimas se considera demasiado escaso, para conseguir una destrucción de una parte sustancial del grupo, vid., TPV, sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Sikirica et al., TC), parág. 66 y ss. El crimen de genocidio no exige la destrucción de una parte sustancial del grupo, sino la intención del autor de destruir una parte sustancial del grupo. En contra *Kress*, International Criminal Law Review 6 (2006), págs. 489 y ss., quien por lo general considera que es preciso que exista un gran número de víctimas (“erheblicher Teil”), ya que sólo así mantiene el genocidio su condición de delito de masas.

¹⁵⁶¹ Este punto de vista se defiende también por los tribunales alemanes, así el Tribunal Constitucional alemán, decisión de 12 de diciembre de 2000, Neue Juristische Wochenschrift 2001, págs. 1850; Tribunal Supremo alemán, sentencia de 22 de abril de 1999, BGHSt. 45, págs. 81 y ss. La opinión mayoritaria en la doctrina es afirmativa; cfr., por ejemplo, *Amigos*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, págs. 404; *Amigos*, Internacionales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 129, págs. 157; *Brehmer*, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen (1999), págs. 232; *Froma*, en: Latanz/Schabas (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (1999), págs. 118 y s.; *Hübner*, Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht (2004), págs. 211 y ss.; *LK Jähne*, StGB, 11ª edición (1999), § 220a, número marginal 8; *Jeschek*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 66 (1954), págs. 213; *Kress*, European Journal of International Law 18 (2007), págs. 627; *Linders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (2004), págs. 45 y 49 y ss.; *Satzger*, Internacionales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 15 número marginal 15; *Schabas*, Genocide in International Law (2000), págs. 229; *Toungue*, International and Comparative Law Quarterly 52 (2003), 447, págs. 454 y ss.; *Triffterer*, en: Lüderssen (editor), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? (1998), págs.

Penal Internacional para la ex Yugoslavia rechazó una interpretación de este tipo acudiendo al principio *nullum crimen sine lege*.¹⁵⁶² La definición de genocidio acuñada por *Lemlin* abarca según sus intenciones todas las formas de destrucción de un grupo como unidad social.¹⁵⁶³ La destrucción física del grupo era, en consecuencia, el caso más grave de genocidio, pero no el único.¹⁵⁶⁴ También del tenor literal de la Convención sobre el Genocidio, que exige que la intención genocida se dirija contra el grupo “como tal”, parece desprenderse que no sólo se protege la existencia física del grupo, sino también la social.¹⁵⁶⁵ La descripción de los hechos individuales que se incluyen en el tipo de genocidio abona esta interpretación. Así, el tipo contiene acciones de traslado de niños de un grupo a otro que no inciden en la existencia física de los miembros del grupo. También se incluyen en el crimen de genocidio casos en los que se impiden nacimientos que no repercuten en los miembros vivos del grupo en el sentido de un exterminio físico. Además, si el ámbito de protección se debiera limitar a la existencia física del grupo, sería redundante la limitación del ámbito de aplicación del art. 6 c) del Estatuto de la CPI a las condiciones de vida aptas para producir la “destrucción física” del grupo.¹⁵⁶⁶ A favor de la inclusión de la existencia social del grupo se muestra sobre todo el espíritu de la Convención sobre el Genocidio de conservar para la comunidad internacio-

¹⁵⁶² 347. *Triffterer*, en: Schünemann et al. (editor), Festschrift Roxin (2001), págs. 1433; *Vest*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), págs. 476; *Vest*, Genozid durch organisierte Machtparallele (2002), págs. 99.

¹⁵⁶³ Cfr. TPV, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parágs. 574 y ss. y 580. La Cámara de Apelaciones ha confirmado esta interpretación, cfr. sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 25: “The Genocide Convention, and customary international law in general, prohibit only the physical or biological destruction of a human group”. Los principios de la decisiones adoptadas en este asunto no han sido, sin embargo, corroborados por el propio Tribunal, tal y como se desprende de las decisiones más recientes, cfr., por ejemplo, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević und Jokić, TC), parágs. 659 y ss. y 666 y de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 854.

¹⁵⁶⁴ *Lemlin*, Axis Rule in Occupied Europe (1944), págs. 82 y ss.

¹⁵⁶⁵ *Lemlin*, Axis Rule in Occupied Europe (1944), págs. 79; *Schabas*, Genocide in International Law (2000), págs. 229.

¹⁵⁶⁶ Cfr. Tribunal Constitucional alemán, decisión de 12 de diciembre de 2000, Neue Juristische Wochenschrift 2001, págs. 1848 y 1850; Tribunal Supremo alemán, sentencia de 2 de abril de 1999, BGHSt. 45, 65, 81; *Hübner*, Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht (2004), págs. 211; de forma detallada, *Werle*, en: Hettinger et al. (editores), Festschrift Kipert (2007), págs. 682; *Werle*, en: Nuoto (editor) Festschrift Lahti (2007), págs. 43 y ss.

¹⁵⁶⁷ Vid. Tribunal Constitucional alemán, decisión de 12 de diciembre de 2000, Neue Juristische Wochenschrift 2001, págs. 1848 y 1850; *Hübner*, Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht (2004), págs. 211; *Jeschek*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 66 (1954), págs. 213; en contra, *Kress*, International Criminal Law Review 6 (2006), págs. 486 y ss.

nal los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos como tales¹⁵⁶⁷. Esto no se puede garantizar si sólo se protege la existencia física del grupo¹⁵⁶⁸.

4. Intención de destruir en casos de varios intervinientes

767. En la comisión del crimen de genocidio, al igual que en el derecho penal internacional en general, suelen intervenir una pluralidad de personas. No todos los intervinientes van a compartir necesariamente la intención genocida del autor principal. Es imaginable que alguno de los intervinientes, pese a conocer la intención de destrucción del autor principal o el carácter genocida de la campaña exterminadora, no la considere el objetivo de su actuación. Se discute si en estos casos también debe condenarse a estos intervinientes por genocidio¹⁵⁶⁹.

768. En opinión de los Tribunales *ad hoc*, algunas formas de intervención delictiva no exigen que cada uno de los intervinientes actúe con intención destructiva. Según la jurisprudencia esto sucede tanto en la complicidad como en la tercera categoría de *joint criminal enterprise* y en la responsabilidad del superior¹⁵⁷⁰. En estos casos, según esta jurisprudencia, tan sólo es necesario que el interviniente cumpla con los requisitos subjetivos de la correspondiente figura de intervención.

¹⁵⁶⁷ En el mismo sentido *Vest*, *Genozid durch organisierte Machtiapparate* (2002), pág. 99, quien correctamente describe el bien jurídico protegido como el derecho a la existencia, integridad y reproducción de todos los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, incluido el derecho a la educación cultural de sus descendientes, y con ello la diversa composición de la humanidad.

¹⁵⁶⁸ Al respecto, de forma expresa, *Werle*, en: *Hettinger et al.* (editores), *Festschrift Küper* (2007), pág. 684 y ss.

¹⁵⁶⁹ Cfr., al respecto, *Akhavan*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pág. 989 y ss.; *Kalere*, *International Criminal Law Review* 5 (2005), pág. 472; *Kamayas*, *International Criminal Law Review* 5 (2005), pág. 613; *Mettraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 215; *van der Wilt*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), pág. 243 y ss.

¹⁵⁷⁰ Sobre la complicidad, vid., TPY, sentencias de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 140, y de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 727; y TPIR, sentencia de 13 de diciembre de 2004 (Ntakirutimana y Ntakirutimana, AC), parág. 501. Sobre la tercera categoría de la figura *joint criminal enterprise* vid., la decisión del TPY de 19 de marzo de 2004 (Brdanin, AC), parág. 5; y la del TPIR de 22 de octubre de 2004 (Rwamakuba, AC), parág. 6. Sobre la responsabilidad del superior, TPY, sentencias de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parágs. 717 y ss. y 721, y de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 779.

769. El Estatuto de la CPI parece contemplar las distintas formas de intervención como barómetro del alcance de la responsabilidad individual¹⁵⁷¹. En un sistema como éste de intervención sólo puede atribuirse la mayor responsabilidad por el crimen internacional a aquellos que cumplen los elementos subjetivos del crimen internacional. En consecuencia, la responsabilidad a título de autoría en un genocidio exige en todas sus variantes que el autor actúe con intención destructiva. Esto sucede sobre todo en la coautoría. Las reglas de la coautoría sólo posibilitan una imputación de las aportaciones objetivas al hecho, pero no de los elementos subjetivos. La imputación que hace el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de la intención destructiva a los otros intervinientes en distintos niveles acudiendo a la doctrina de la *joint criminal enterprise* no es trasladable al modelo de intervención contenido en el art. 25.3 del Estatuto de la CPI¹⁵⁷².

770. En la inducción o instigación a un genocidio (art. 25.3 b) del Estatuto de la CPI) no se exige, por el contrario, que el interviniente actúe con intención genocida; basta con el conocimiento de la intención genocida del autor principal¹⁵⁷³. Lo mismo es aplicable al cómplice de un crimen de genocidio (art. 25.3 c) del Estatuto de la CPI)¹⁵⁷⁴, y a la contribución a un delito de grupo (art. 23.3 d) del Estatuto de la CPI)¹⁵⁷⁵. Por último, tampoco los supuestos de responsabilidad del superior exigen que éste comparta la intención genocida¹⁵⁷⁶.

5. Cuestiones de prueba

771. La prueba del ánimo destructivo es difícil en la práctica¹⁵⁷⁷. Según la jurisprudencia internacional la intención genocida puede desprenderse de una serie de hechos y circunstancias. El indicador más importante de la existencia de esta intención es el hecho de que el acusado haya actuado en el marco de un plan global o de una política de cometer genocidio¹⁵⁷⁸. En efecto, la práctica de los tribunales penales internacionales demuestra que es prácticamente imposible acreditar la intención genocida en los supuestos en los que

¹⁵⁷¹ Vid., al respecto, número marginal 452 y ss.

¹⁵⁷² Vid., al respecto, número marginal 461 y ss.

¹⁵⁷³ Vid., al respecto, números marginales 491 y 494.

¹⁵⁷⁴ Vid., al respecto, número marginal 498.

¹⁵⁷⁵ Vid., al respecto, número marginal 501.

¹⁵⁷⁶ Vid., al respecto, número marginal 524.

¹⁵⁷⁷ Un claro ejemplo, CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 147 y ss. Una valoración crítica de esta decisión, *Burghardt/Geneuss*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, pág. 126 y ss.

¹⁵⁷⁸ Cfr. TPY, sentencia de 5 de julio de 2001 (Jelisić, AC), parág. 48; TPY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Krstić, TC), parág. 572. *Cassese*, en: *Cassese/Gaceta/Jones* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1 (2002), pág. 349.

783. La concurrencia del genocidio con la instigación pública al genocidio (cfr. art. 25 pfo. 3 del Estatuto de la CPI) es posible¹⁶⁰⁴. Existen aún cuestiones sin aclarar en relación con la aplicación conjunta de diversas formas de intervención en el crimen de genocidio según los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*¹⁶⁰⁵. De forma correcta, la conspiración para cometer un genocidio (según el art. 2 pfo. 3 b) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda) no se aplica si el genocidio llega a consumarse¹⁶⁰⁶. Al igual que sucede con la complicidad (según el art. 2 pfo. 3 e) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda) en relación con la autoría individual¹⁶⁰⁷.

Cuarta Parte

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

¹⁶⁰⁴ Esto resulta de la aplicación del Test de *Čelebići*, debido a que ambos tipos tienen diferentes elementos; vid., por todas, la sentencia del TPIR de 3 de diciembre de 2003 (Nahimana et al., TC), parágs. 1015 y 1030. Este resultado es además apropiado, debido a que la prohibición de la incitación pública persigue un fin diferente: evitar que el conflicto se expanda. Vid., los detalles sobre el Test de *Čelebići* en el número marginal 678 y ss.

¹⁶⁰⁵ Al respecto, también, *Hünnerbein*, *Strafatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht* (2005), págs. 91 y s.

¹⁶⁰⁶ Así, TPIR, sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), parág. 196 y ss. En contra, TPIR, sentencias de 4 de septiembre de 1998 (Kambanda, TC), parágs. 40 y 60 y s. y de 3 de diciembre de 2003 (Nahimana et al., TC), parágs. 1069 y 1090.

¹⁶⁰⁷ TPIR, sentencias de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 532; de 3 de diciembre de 2003 (Nahimana et al., TC), parág. 1056, y de 25 de febrero de 2004 (Ntagerura, TC), parág. 695; otra solución en la sentencia de este mismo Tribunal de 4 de septiembre de 1998 (Kambanda, TC), parág. 40.

Tercera Parte

GENOCIDIO

795. En las sesiones de Roma existía unanimidad sobre la inclusión de los crímenes contra la humanidad en el catálogo de crímenes fundamentales del derecho penal internacional. A pesar de la existencia de un núcleo del tipo válido como derecho internacional consuetudinario, la formulación de los crímenes de lesa humanidad fue una tarea difícil. En definitiva, ponderando las definiciones previas y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el art. 7 del Estatuto de la CPI pudo formularse un tipo comparativamente más preciso.¹⁶³⁶

III. Estructura del crimen

796. El aspecto externo de los crímenes contra la humanidad entraña la realización al menos de una de las acciones (hechos individuales) que se describen en el art. 7.1 del Estatuto de la CPI. Estos hechos individuales se consideran crímenes contra la humanidad si se cometen en el marco de un ataque que generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global). Los hechos individuales deben, por tanto, formar parte de una relación funcional de conjunto.¹⁶³⁷ El aspecto interno del hecho exige dolo (art. 30 Estatuto de la CPI) respecto de los elementos objetivos del crimen, incluyendo el elemento contextual.¹⁶³⁸

IV. Intereses protegidos

797. En el caso de los crímenes contra la humanidad, la amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar mundiales consiste en el ataque sistemático y masivo a los derechos humanos de la población civil.¹⁶³⁹ El hecho global

¹⁶³⁶ o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves». Vid., al respecto, *Tomuschat*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1998, pág. 5 y s.

¹⁶³⁷ Sobre las negociaciones del art. 7 del Estatuto de la CPI, cfr. especialmente, *Robinson*, *American Journal of International Law* 93 (1999), pág. 43 y ss.; *Robinson*, en: *Lattanzí/Schabas* (editores), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (1999), pág. 139 y ss. También *Clark*, en: *Politi/Nesi* (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity* (2001), pág. 75 y ss.; *Cryer*, *Prosecuting International Crimes* (2005), pág. 255; *Donat-Cattin*, *L'Astree*, *Revue de Droit Penal et des Droits de l'Homme* (1999), pág. 83 y ss.; *Hwang*, *Fordham International Law Journal* 22 (1998), pág. 457 y ss.; *McAuliffe de Guzman*, *Human Rights Quarterly* 22 (2000), pág. 335 y ss.

¹⁶³⁸ Vid., al respecto, TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brđanin, TC), parág. 132.

¹⁶³⁹ Sobre el concepto "elemento contextual", vid., número marginal 378.

Sobre los intereses protegidos por el derecho internacional, vid. el número marginal 87 y ss.

cuestiona a la humanidad como tal.¹⁶⁴⁰ en el sentido de un «estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana».¹⁶⁴¹ El hecho no afecta, por tanto, exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad.¹⁶⁴² Junto a estos intereses supraindividuales el tipo también protege intereses individuales, a saber: la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las víctimas concretas.¹⁶⁴³

B) HECHO GLOBAL (ATAQUE CONTRA UNA POBLACIÓN CIVIL)

798. Son crímenes contra la humanidad, según el art. 7.1 del Estatuto de la CPI, únicamente los hechos individuales mencionados en el tipo, siempre que se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una

¹⁶⁴⁰ Para una discusión instructiva sobre la interpretación de la humanidad como bien jurídico, *Radbruch*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1947, columna 131 y ss.; también, *Cassese*, en: *Cassese/Gaeta/Jones* (editores), *Rome Statute*, tomo 1 (2002), 353, pág. 360; «constitute a serious attack on human dignity»; *Cassese*, *International Criminal Law* (2003), pág. 65; «constitute an attack on humanity»; *Meseke, Stephan*, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs* (2004), pág. 117 y ss. Sobre el bien protegido por el tipo de crímenes de lesa humanidad desde el punto de vista de la teoría jurídica kantiana, *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre* (2005), pág. 271 y ss.

¹⁶⁴¹ Así explícitamente *Jeschke*, en: *Schroeder/Zipf* (editores), *Festschrift für Maurach* (1972), 579, pág. 590.

¹⁶⁴² TPIY, sentencia de 7 de octubre de 1997 (Erdemović, AC), voto particular de *Kirk McDonald* y *Vohrah*, parág. 21: «rules proscribing crimes against humanity address the perpetrator's conduct not only towards the immediate victim but also towards the whole of humankind. [...] It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity [...] Because of their heinousness and magnitude they constitute an egregious attack on human dignity, on the very notion of humanness. They consequently affect, or should affect, each and every member of mankind, whatever his or her nationality, ethnic group and location. [...] This aspect of crimes against humanity as injuring a broader interest than that of the immediate victim [...] is shown by the intrinsic elements of the offence [...]».

¹⁶⁴³ Acertadamente sobre este punto, *Lampe*, en: *Hirsch et al.* (editores), *Festschrift für Kohlmann* (2003), 147, pág. 153 y ss.; también, *Vest*, *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 113 (2001), 457, pág. 463 y s.; - Sin embargo, el carácter internacional del crimen se pierde cuando se le reduce a la lesión de «bienes jurídicos individuales», así, sin embargo, *Gil Gil*, *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 112 (2000), 381, pág. 382.

población civil». Solo cuando se dé este elemento contextual, que de forma resumida se puede denominar hecho global, puede considerarse la existencia de un crimen contra la humanidad. El «ataque contra una población civil» significa, según la definición legal contenida en el art. 7.2 a) del Estatuto de la CPI «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política». A continuación se analiza el aspecto externo del hecho global, es decir, la definición de «población civil», el elemento «ataque generalizado o sistemático» y el significado de los «elementos políticos» contenidos en el art. 7.2 del Estatuto de la CPI. Las consideraciones finales se refieren al círculo de autores y al aspecto interno del hecho global.

1. La población civil como objeto del hecho

799. Los crímenes contra la humanidad se dirigen contra cualquier población civil («any civilian populations») y no sólo contra individuos. El término «población civil» incluye a cualquier grupo de personas que se encuentran unidas por unas características comunes, que le hacen ser objetivo del ataque; una característica de este tipo puede ser, por ejemplo, el hecho de cohabitar en una determinada región.¹⁶⁴⁴ Sin embargo, esto no significa que toda la población de un Estado o de un territorio deba verse afectada por el ataque. Lo que se quiere poner de relieve es el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴⁴ Vid. la definición de *Mettraux*, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), pág. 166: '[A] "population" may be defined as a sizeable group of people who possess some distinctive features that mark them as targets of the attack. The "population" must form a somewhat self-contained group of individuals, either geographically or as a result of other common features' (pág. 166).

¹⁶⁴⁵ Resulta fundamental, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), párr. 644: «The requirement [...] "population" does not mean that the entire population of a given State or territory must be victimised by these acts in order for the acts to constitute a crime against humanity. Instead the "population" element is intended to imply crimes of a collective nature and thus exclude single or isolated acts which, although possibly constituting war crimes or crimes against national legislation, do not rise to the level of crimes against humanity. [T]he requirement [...] "directed against any civilian population" ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct [...] Thus the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimised not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population». También TPIY, sentencia de 7 de junio

800. El crimen puede ser cometido tanto en tiempos de guerra como de paz. Se protege, a diferencia de lo que sucede en los crímenes de guerra, no sólo a la población civil del otro bando sino, precisamente, a la propia población civil. La nacionalidad de las víctimas no tiene ninguna importancia, como tampoco la tiene la del autor.¹⁶⁴⁶ Tampoco la presencia de un cierto número de soldados o combatientes entre la población civil atacada modifica su carácter civil.¹⁶⁴⁷

801. El hecho global debe dirigirse contra una población civil y el hecho individual contra los civiles. El carácter «civil» de la población y de las personas atacadas debe ser determinado con los mismos criterios tanto en tiempos de guerra como de paz. Precisamente por esto la delimitación no se puede llevar a cabo de forma exclusiva e inmediata mediante la aplicación de los conceptos del derecho internacional humanitario. El derecho internacional humanitario protege de forma específica a todas las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades.¹⁶⁴⁸ Para definir el término población civil en el marco de los crímenes de lesa humanidad debe tomarse en consideración el objetivo que el tipo persigue, esto es, la protección de los derechos

de 2001 (Baglishena, TC), párr. 80; TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), párr. 90; TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Štakić, AC), párr. 247; TPIY, sentencia de 31 de marzo de 2003 (Nalečić y Martić, TC), párr. 235; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), párr. 134; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), párr. 187.

¹⁶⁴⁶ CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), párr. 399; TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), párr. 635: «The inclusion of the word "any" makes it clear that crimes against humanity can be committed against civilians of the same nationality as the perpetrator or those who are stateless, as well as those of a different nationality». TPIY, decisión de 19 de marzo de 2007 (Gotovina, TC), párr. 54 y ss. Vid., también, *Ceyer/Friman/Robinson/Williams*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2007), pág. 192 y ss.; *Mettraux*, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), pág. 164 y s.

¹⁶⁴⁷ Art. 50.3 del Protocolo Adicional I. También, TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), párr. 50: «The civilian population comprises all persons who are civilians and the presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character»; en sentido similar, TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC), párr. 144; TPIY, sentencia de 8 de octubre de 2008 (Martić, AC), párr. 303 y ss. La Cámara de Segunda Instancia del TPIY en el caso *Blasčić* ha puesto de relieve, sin embargo, que no deben encontrarse entre la población civil un número elevado de soldados preparados para la lucha, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blasčić, AC), párr. 115.

¹⁶⁴⁸ Más en número marginal 1020 y ss.; TPIY, sentencia de 22 de febrero de 2001 (Kunarac et al., TC), párr. 423: «[A]ll persons who are civilians as opposed to members of the armed forces and other legitimate combatants».

humanos de todos los hombres frente a cualquier forma de violación sistemática¹⁶⁴⁹.

802. La jurisprudencia más antigua interpretó de forma correcta que para determinar la pertenencia a una población civil era necesario tener en cuenta la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto a la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo¹⁶⁵⁰. Por tanto, deben considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva¹⁶⁵¹. Por tanto, de conformidad con la idea contenida en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, también se protege a los miembros del ejército o de grupos armados que hayan dejado las armas o que se encuentren fuera de combate; lo mismo se aplica en caso de conflicto armado internacional para los soldados que se hallen fuera de combate y los prisioneros de guerra, que son especialmente protegidos por parte del derecho internacional humanitario¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁹ Cfr. TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 639: "[T]his definition of civilians contained in Common Article 3 is not immediately applicable to crimes against humanity because it is a part of the laws or customs of war and can only be applied by analogy. The same applies to the definition contained in Protocol I and the Commentary, Geneva Convention IV, on the treatment of civilians, both of which advocate a broad interpretation of the term 'civilian'". También, TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 186; TPIY, sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 706.

¹⁶⁵⁰ Sobre el fin de protección de la norma, *Amibos/Wirth*, Criminal Law Forum 13 (2002), 1, pág. 22 y ss.

¹⁶⁵¹ TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 214. En el mismo sentido, *Swagak-Goldman*, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000) 141, pág. 154.

¹⁶⁵² TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 214: «Crimes against humanity therefore do not mean only acts committed against civilians in the strict sense of the term, but include also crimes against two categories of people: those who were members of a resistance movement and former combatants – regardless of whether they were uniforms or not – but who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left army or were no longer bearing arms or, ultimately, had been placed *hors de combat*, in particular, due to their wounds or their being detained». También, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 643; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 54; TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 210; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2001 (Kordić y Čerkez, TC), parág. 180; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 186; TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 582; TPIR, sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Kajelijeli, TC), parág. 873 y ss.; TPIR, sentencia de 13 de abril de

803. La Cámara de Apelaciones se distanció parcialmente de estos principios en el proceso contra *Blaskić*. La Cámara argumentó que tanto del art. 4 a) de la Tercera Convención de Ginebra como del art. 50 del Protocolo Adicional I se deriva que los miembros de las unidades militares armadas y de grupos organizados de resistencia no pueden ampararse en el estatus de civiles. Según la Cámara de Apelaciones, no sería acertado, por tanto, basarse en la situación específica de la víctima; la clave es la pertenencia a una organización armada¹⁶⁵³.

804. En el caso *Martić*, la Cámara de Apelaciones se planteó de nuevo el asunto y volvió a una interpretación basada en la necesidad de protección de las víctimas¹⁶⁵⁴. La Cámara de Apelaciones, sin revocar formalmente su razonamiento contrario del caso *Blaskić*, señaló que ni el tenor literal ni las definiciones previas exigían que las víctimas individuales de los crímenes de lesa humanidad fuesen civiles. En efecto, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la cuestión del estatus civil o militar sólo era relevante respecto al elemento *chapeau* "población civil"¹⁶⁵⁵. Mientras que la aproximación metodológica de la Cámara de Apelaciones es cuestionable, su reconsideración del estatus de la víctima es loable. Debe rechazarse este traslado automático de las definiciones del derecho internacional humanitario al ámbito de los crímenes contra la humanidad, como se propuso en *Blaskić*, porque no reconoce el objeto y los fines de protección del crimen, i.e., la protección de los individuos¹⁶⁵⁶.

2006 (Bisengimana, TC), parág. 48 y ss. Un resumen de la jurisprudencia, *Amibos/Wirth*, Criminal Law Forum 13 (2002), 1, pág. 22 y ss.; *Meske*, en: Chiavaro (editor), *La justice pénale internationale entre passé et avenir* (2003) 173, pág. 197 y ss.

¹⁶⁵³ Vid. TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaskić, AC), parág. 114: "As a result, the specific situation of the victim at the time the crimes are committed may not be determinative of his civilian or non-civilian status. If he is indeed a member of an armed organization, the fact that he is not armed or in combat at the time of the commission of crimes, does not accord him civilian status". Confirmada por TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC), parág. 144. También *Metrax*, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2005), pág. 168 y s. En otro sentido, TPIY, sentencias de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 186, y de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 706. TPIY, sentencia de 8 de octubre de 2008 (Martić, AC), parág. 303 y ss.

¹⁶⁵⁴ TPIY, sentencia de 8 de octubre de 2008 (Martić, AC), parág. 307 y ss. También, TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 82.

¹⁶⁵⁵ En sentido similar, TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreškić, TC), parág. 547: "One fails to see why only civilians and not also combatants should be protected by these rules... given that these rules may be held to possess a broader humanitarian scope and purpose than those prohibiting war crimes. [T]he explicit limitation... constitutes a departure from customary international law". Más allá, *Amibos*, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 números marginales 189 y 191, quien propone la supresión del término "civil" del art. 7 del Estatuto de la CPI. También, *Werle/Burchard*, en: Joicks/

805. Al contrario de lo que sucede en el derecho internacional humanitario, a la hora de proteger a los civiles no es relevante el que las personas se encuentren bajo la custodia de uno u otro bando. Justamente tanto los actantes como los antiguos integrantes de las propias fuerzas armadas, que no se encuentran protegidos por el derecho internacional humanitario, pueden ser objeto directo de las acciones que constituyen los hechos individuales de los crímenes contra la humanidad¹⁶⁵⁷. Con ello se les concede a estas personas una protección que el derecho internacional humanitario les niega. Sin embargo, si la conducta es legal en el contexto de un conflicto armado según el derecho internacional humanitario es dudoso que esa conducta sea constitutiva de un crimen contra la humanidad¹⁶⁵⁸.

806. Los crímenes contra la humanidad fuera de los conflictos armados se caracterizan porque generalmente implican una actuación unilateral en contra de la población civil por parte del poder estatal o de otras fuerzas armadas organizadas. Aquí deben excluirse del concepto de población civil a los detenedores del poder estatal o de la organización, siempre que lo ejerzan contra la población civil. A este círculo pueden pertenecer, por ejemplo, miembros de aparatos policiales estatales o de organizaciones de poder no estatales en las que existan competencias facticias comparables¹⁶⁵⁹.

Miebach (editores), Münchener Kommentar zum Strafrechtbuch, Vol. 6/2 (2009), § 7 VStGB, números marginales 18 y ss.

¹⁶⁵⁷ También la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Zona Ocupada Británica aplicó el tipo de los crímenes contra la humanidad cuando la víctima pertenecía a las fuerzas armadas, *vid.*, por ejemplo, OGHSt 1, pág. 45 y ss.; pág. 229, OGHSt 2, pág. 231 y s.

¹⁶⁵⁸ *Vid.*, CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 92; TEStL, sentencia de 28 de mayo de 2008 (Fofana y Kondewa, AC), parág. 250 y ss. Para más detalles, *Akwaru*, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), pág. 21 y ss.; *Cryer/Finman/Robinson/Wilmshurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2007), pág. 193; *Fennick*, *Crimes in Combat: The Relationship Between Crimes Against Humanity and War Crimes*, <<http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ETC759C8-C5A4-4AD3-8AB5-EF6ED68AC1D4/0/Fennick.pdf>> (visitada en enero de 2010); *Olásolo*, *Unlawful Attacks in Combat Situations* (2008), pág. 7.

¹⁶⁵⁹ TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 127. «The Trial Chamber considers that a wide definition of civilian is applicable and, in the context of Kibuye Prefecture where there was no armed conflict, includes all persons except those who have the duty to maintain public order and have the legitimate means to exercise force. Non-civilians would include, for example, members of the [...] the police and the Gendarmes Nationales» (en cursiva en el original). No obstante, da qué pensar el hecho de que la decisión, por lo menos según su tenor literal, tome sólo en consideración el dato formal de la pertenencia a las fuerzas de seguridad; a este respecto se muestran críticos *Ambos/Witha*, *Criminal Law Forum* 13 (2002), 1, pág. 23 y s.

II. El ataque generalizado o sistemático

1. Ataque

807. El elemento «ataque» describe una línea de conducta (*course of conduct*), en la que se deben integrar los hechos individuales¹⁶⁶⁰. Esta línea de conducta debe implicar la «comisión múltiple» de los actos mencionados en el art. 7.1 del Estatuto de la CPI («línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos», «course of conduct involving multiple commission of acts»). La comisión múltiple conlleva menos exigencias que el ataque «generalizado»¹⁶⁶¹. Una comisión múltiple existe tanto cuando se comete en varias ocasiones una misma acción típica como cuando se cometen distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos. Más bien, un «único» asesinato (*single act*) puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad cuando este hecho individual forme parte de la relación funcional de conjunto¹⁶⁶². Un ejemplo histórico muy plástico lo encontramos en la denuncia de un único ciudadano judío ante la Gestapo que se encuentra en relación funcional de conjunto con la exclusión de los judíos alemanes de la vida económica y cultural en el Tercer Reich¹⁶⁶³.

808. No es necesario un ataque militar para que exista un hecho global, como expresamente señalan los Elementos de los Crímenes («[n]o es necesario que los actos constituyan un ataque militar», «the acts need not constitute a military attack»). Tampoco es necesario el ejercicio de violencia contra la po-

¹⁶⁶⁰ TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 90; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Cerkez, TC), parág. 666; TPIR, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Nahimana et al., AC), parág. 918.

¹⁶⁶¹ *Vid.* von *Hebel/Robinson*, en: Lee (editor), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute* (1999), 79, pág. 96; *Robinson*, *American Journal of International Law* 93 (1999), 43, pág. 48.

¹⁶⁶² Expresamente, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 649: «Clearly, a single act by a perpetrator taken within the context of a widespread or systematic attack against a civilian population entails individual criminal responsibility and an individual perpetrator need not commit numerous offences to be held liable. [...] Even an isolated act can constitute a crime against humanity if it is the product of a political system based on terror or persecution». También, TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 135; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 189.

¹⁶⁶³ Al respecto, Tribunal Superior de la Zona Ocupada Británica, OGHSt 1, págs. 6 y ss.; 19 y ss.; 91 y ss.; 105 y ss.; 122 y ss.; 141 y ss. Sobre las denuncias nacionalsocialistas en la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Zona Ocupada Británica, *vid.*, por ejemplo, *Klöfisch*, *Monatschrift für Deutsches Recht* 1949, pág. 324 y ss.

blación civil. Más bien al contrario, cualquier forma de abuso de la población civil puede ser subsumido en el término "ataque"¹⁶⁶⁴.

2. Carácter generalizado o sistemático

809. En las negociaciones del Estatuto de Roma se acordó desde un principio que los requisitos «generalizado» y «sistemático» debían tener cabida en el tipo penal. Sin embargo, se discutió si estas dos características típicas debían exigirse de forma alternativa o cumulativa. El grupo de los «Estados alineados» («like-minded States») se manifestó a favor de una relación alternativa¹⁶⁶⁵. Por el contrario, un gran número del resto de delegaciones defendió que ambas debían exigirse de forma cumulativa. Al final se aceptó acoger en el tipo la relación alternativa, con la medida adicional de definir legalmente el «ataque contra la población civil» con el elemento político que se contiene en el art. 7.2 del Estatuto de la CPI¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶⁴ Vid. TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 86: "[t]he attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of force, it encompasses any mistreatment of the civilian population [...]"; TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 623; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 131; TPIY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 543; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 182. También TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semanza, TC), parág. 327; TPIR, sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Kajelijeli, TC), parág. 868. Por el contrario, no todo ataque militar es un ataque contra la población civil en el sentido de los crímenes de lesa humanidad, vid. *Meittraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 157 y ss.

¹⁶⁶⁵ Vid. en este sentido, el art. 3 del Estatuto del TPIR. En el art. 5 del Estatuto del TPIY faltan ambos elementos del tipo. El informe de Secretario General de las Naciones Unidas con motivo del establecimiento del TPIY llega, sin embargo, a la conclusión de que los crímenes contra la humanidad: «son actos inhumanos de carácter gravísimo, [...] cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 de 3 de mayo de 1993, ONU Doc. S/25704, parág. 48. Vid., por último, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 646: «While this issue has been the subject of considerable debate, it is now well established that the requirement that the acts be directed against a civilian "population" can be fulfilled if the acts occur on either a widespread or systematic manner. Either one of these is sufficient to exclude isolated or random acts». En este sentido, también, *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 18, párs. 3 y 4: «Esta [...] condición se compone de dos requisitos alternativos [...]». En consecuencia, un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos». Vid., entre los pronunciamientos de los Tribunales *ad hoc*, por ejemplo, TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 93; TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 246; TPIR, sentencia de 17 de junio de 2004 (Gacumbitsi, TC), parág. 299.

¹⁶⁶⁶ Sobre la génesis del art. 7 del Estatuto de la CPI, vid. *Robinson*, *American Journal of International Law* 93 (1999), 43, pág. 47 y ss.; *Robinson*, en: Lattanzio/Schabas (editores), 139, pág. 151 y ss.; *von Hebel/Robinson*, en: Lee (editor), *The International Criminal*

810. El carácter generalizado (*widespread*) del ataque es un elemento cuantitativo del hecho global¹⁶⁶⁷. La generalidad del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas, como se pone de relieve en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al correspondiente artículo del *Proyecto de Código* de 1996¹⁶⁶⁸. La jurisprudencia internacional ha seguido esta interpretación¹⁶⁶⁹. La generalidad del ataque puede derivarse también de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio, aunque esto no es imprescindible para que se dé este requisito. El ataque generalizado puede incluso consistir en una sola acción cuando ésta tiene como víctimas a un gran número de personas civiles¹⁶⁷⁰.

811. La calificación del ataque como «sistemático» es de naturaleza cualitativa¹⁶⁷¹. Se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y sirve

Court, *The Making of the Rome Statute* (1999), 79, pág. 94 y ss. Cfr. también el número marginal 809 y ss. La vinculación alternativa se corresponde con el derecho internacional consuetudinario. Esto se ha reconocido a través de la constante jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*; vid., por ejemplo, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 646 y ss.; TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 93; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semanza, TC), parág. 328; TPIR, sentencia de 13 de abril de 2006 (Bisengimana, TC), parág. 43; TPIR, sentencia de 12 de septiembre de 2006 (Muvunyi, TC), parág. 512.

¹⁶⁶⁷ Resulta instructivo *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 468.

¹⁶⁶⁸ Cfr. *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 18, pfo. 4: «El segundo requisito alternativo exige la comisión en gran escala, lo que quiere decir que los actos se dirijan en contra de una multiplicidad de víctimas».

¹⁶⁶⁹ Cfr. por ejemplo, CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bemba Gombo, PTC), parág. 33; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 395; TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 94; TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaskić, AC), parág. 101; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Cerkez, TC), parág. 94; TPIY, sentencia de 7 de mayo 1997 (Tadić, TC), parág. 648; TPIY, sentencia de 22 de febrero de 2001 (Kunarac et al., TC), parág. 428; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 183; TPIR, sentencia de 2 de septiembre 1998 (Akayesu, TC), parág. 580: «The concept of "widespread" may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims». Igualmente, TPIR, sentencia de 17 de junio de 2004 (Gacumbitsi, TC), parág. 299; TPIR, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Nahimana et al., AC), parág. 920.

¹⁶⁷⁰ CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 395; Cfr. *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 18, pfo. 4; TPIY, sentencia de 3 de marzo 2000 (Blaskić, TC), parág. 206. Vid., también, sobre los factores relevantes, TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 95; TPIY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 546.

¹⁶⁷¹ Cfr. *Vest*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), 457, pág. 468 y ss.

para excluir del ámbito del crimen los hechos aislados¹⁶⁷². La jurisprudencia más antigua consideraba que de este requisito se desprendería la necesidad de que las acciones individuales fueran consecuencia de un plan previo o de una política¹⁶⁷³. Esta interpretación se basa en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre este requisito¹⁶⁷⁴.

812. Desde la decisión de la Cámara de Apelaciones en el asunto *Kunarac et al.*, los dos Tribunales *ad hoc* se han distanciado de sus pronunciamientos anteriores y ya no exigen para que el ataque sea "sistemático" que exista un plan o una política: consideran que esta interpretación tan limitada no tiene ningún apoyo en el derecho consuetudinario internacional¹⁶⁷⁵. Esto es cierto, la idea de un ataque sistemático sugiere una acción organizada y metódica

y que los ataques, por lo general, seguirían, algún tipo de plan preconcebido, aunque esto no significa que la existencia de un plan o de una política deba ser elemento legal necesario del crimen.

813. Según el art. 7.1 del Estatuto de la CPI los requisitos "generalizado" y "sistemático" sólo tienen que concurrir de forma alternativa, aunque en la práctica generalmente se cumplirán ambas características¹⁶⁷⁶. Los requisitos "generalizado" y "sistemático" se refieren sólo al ataque como parte del hecho global. Por el contrario, no es preciso que concurren ambas características en los hechos individuales¹⁶⁷⁷.

III. El «elemento político»

814. El "ataque generalizado y sistemático contra una población civil" constituye el elemento contextual requerido por el derecho internacional consuetudinario. Éste no exige ningún "elemento político" adicional que limite la definición. Después de las dudas iniciales¹⁶⁷⁸, los Tribunales *ad hoc* han señalado con claridad que la política no es un elemento autónomo en la definición del crimen ni tampoco es necesario para probar la existencia de un ataque sistemático¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷² TPY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 94: "The adjective 'systematic' signifies the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence".

¹⁶⁷³ Resulta fundamental TPPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 580 ("[...] there must however be some kind of preconceived plan or policy") vid., también TPY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 648 («pattern or methodological plan»), TPPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 123 («preconceived policy or plan»), TPY, sentencia de 22 de febrero de 2001 (Kunarac et al., TC), parág. 429. En algunas decisiones se sigue exigiendo injustamente la existencia de un plan o de una política, vid. TPY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC), parág. 203: «[...] the perpetration of a criminal act on a very large scale against a group of civilians or the repeated and continuous commission of inhumane acts linked to one another, the preparation and use of significant financial public or private resources, whether military or others». Con razón se muestran críticos al respecto Ambos/Wirth, Criminal Law Forum 13 (2002), 1, pág. 19 y s.

¹⁶⁷⁴ Cf. Proyecto de Código de 1996, Comentario al art. 18, pfo. 3: «[R]equiere que los actos inhumanos se cometan de forma sistemática, es decir, con arreglo a un plan o política preconcebidos». También, Sätzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (2005), § 15 número marginal 35.

¹⁶⁷⁵ Vid. TPY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parágs. 94 y 98; TPY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 225; TPY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parágs. 100 y 120; TPY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 137; TPY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 545 y s.: "The term 'systematic' refers to an organised nature of acts of violence and the improbability of their random occurrence, and is often expressed through patterns of crimes, in the sense of non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis. [...] Neither the attack nor the act of the accused need to be supported by a 'policy or plan'". También TPPIR, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 184; TPY, sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 706; TPPIR, sentencia de 17 de junio de 2004 (Gacumbitsi, TC), parág. 299; TPPIR, sentencia de 28 de abril de 2005 (Muhimana, TC), parág. 527; TPPIR, sentencia de 12 de septiembre de 2006 (Muruny, TC), parág. 512. Conforme, Ambos, Internationales Strafrecht, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 184. Un resumen sobre la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, Mettraux, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2003), pág. 172.

¹⁶⁷⁶ TPY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC), parág. 207: «The fact still remains however that, in practice, these two criteria will often be difficult to separate since a widespread attack targeting, a large number of victims generally relies on some form of planning or organisation.» Vid., también, TPY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jejić, TC), parág. 33; TPPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagishema, TC), parág. 77: «The criteria which allow one or other of the aspects to be established partially overlap».

¹⁶⁷⁷ Vid. TPY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 96; TPY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), parág. 94; TPY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 135. También, Mettraux, International Crimes and the *ad hoc* Tribunals (2003), pág. 172.

¹⁶⁷⁸ Vid., por ejemplo, TPY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parágs. 644 y 653; TPY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreškić et al., TC), parág. 551; TPY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC), parágs. 203 y ss., 254 y 257; TPY, sentencia de 22 de febrero de 2001 (Kunarac et al., TC), parág. 432; TPY, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 580; TPPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 124.

¹⁶⁷⁹ TPY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 98: "There was nothing [...] in customary international law [...] which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes [...] [P]roof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to

815. En las sesiones de Roma se decidió, a cambio de aceptar la relación alternativa entre los requisitos «generalizado» y «sistemático», introducir una definición legal del «ataque contra una población civil». Esta incluye un «elemento político», que se refiere tanto al ataque generalizado como al ataque sistemático; el art. 7.2 a) del Estatuto de la CPI exige que el ataque contra la población civil se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política»¹⁶⁸⁰.

816. La formulación de este «elemento político» encontró su inspiración en el *Proyecto de Código* de 1996, donde se requería la incitación o el apoyo del crimen por parte de un gobierno, organización o grupo. La intención era dejar claro que no se incluían en la definición del crimen los hechos aislados cometidos por individuos¹⁶⁸¹. Las definiciones anteriores, como por ejemplo la contenida en el art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, no tuvieron necesidad de contener un elemento de este tipo¹⁶⁸², porque allí los elementos «población civil» y «generalizado o sistemático» comprendían ya requisitos mínimos cuantitativos y cualitativos. Así, también crímenes contra la humanidad juzgados en el pasado tenían como base una política criminal de Estado¹⁶⁸³. La existencia previa de una política determinada era la forma usual de aparición de los crímenes contra la

show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime". Confirmada en TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 225; TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaskić, AC), parág. 120; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC) parág. 98; TPIR, sentencia de 10 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 269.

Crítico sobre el particular Clark, en: Politi/Nesi (editores). The Rome Statute of the International Criminal Court, A challenge to impunity (2001), 75, pág. 91: «something close to widespread and systematic seems to be required by the very definition of "attack"; cfr., también, *Boat*, Nullum Crime Sine Lege (2002), pág. 481 y ss.; *Hwang*, Fordham International Law Journal 22 (1998), 457, pág. 502 y s.

¹⁶⁸⁰ Vid., *Proyecto de Código* de 1996, Comentario al art. 18, parág. 5.

¹⁶⁸¹ Cfr., también, el art. II.1 c) de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado; art. 5 del Estatuto del TPIY; art. 3 del Estatuto del TPIR.

¹⁶⁸² Cfr. Tribunal Militar Internacional, sentencia de 1 de octubre de 1946, en: The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, parte 22 (1950), pág. 468: «With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organized and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out». Vid., también, Tribunal Supremo de los Países Bajos, sentencia de 13 de enero de 1981 (*Meinert*), en: International Law Reports 75 (1987), 336, pág. 362 y s.: «Crimes against humanity in Art. 6 (c) of the London Charter should be understood in the restrictive sense that the crimes formed part of a system based on terror, or constituted a link in a consciously pursued policy directed against particular groups of people».

humanidad, sin que se exigieran como requisitos del tipo el elemento político o la participación estatal en el hecho.

817. Por lo que se refiere a la importancia del elemento político en relación con la interpretación del Estatuto de la CPI es posible adoptar dos posturas: podría considerarse una limitación efectiva del ámbito del crimen o una simple manifestación de su carácter sistemático. Así, los requisitos que se habían exigido por la jurisprudencia inicial en relación con el elemento político del ataque sistemático son ahora relevantes en la interpretación del Estatuto de la CPI. El elemento «político» no requiere, entonces, una determinación programática formal. El concepto debe ser entendido, por el contrario, en un sentido amplio como comisión planeada, dirigida u organizada, en contraposición a los actos violentos espontáneos y aislados¹⁶⁸⁴. Así, en la sentencia del caso *Tadić* se establece:

«such a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur. Notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not»¹⁶⁸⁵.

818. La política exigida no tiene que ser ni expresa ni declarada de forma clara y precisa. Tampoco es necesario que se decida al más alto nivel¹⁶⁸⁶. La existencia del elemento político debe apreciarse en función de las circunstancias concurrentes. Constituyen indicios a tener en cuenta los sucesos reales, programas o escritos políticos, declaraciones públicas o programas de propaganda o la construcción de estructuras de corte político o administrativo¹⁶⁸⁷.

819. La política debe llevarse a cabo por una entidad específica, por ejemplo, un Estado o una organización. El concepto «Estado» debe interpretarse en un sentido funcional y comprender, además de los 192 Estados que existen en el mundo, las fuerzas que dominan de hecho una región en la que ejercen funciones de gobierno¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁴ Vid. *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (2007), pág. 197 y ss.; *von Hebel/Robinson*, en: Lee (editor), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute (1999), 79, pág. 97; *Robinson*, American Journal of International Law 93 (1999), 43, pág. 51; *Robinson*, en: Lattanzi/Schabas (editores), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, tomo 1 (1999), 139, pág. 161.

¹⁶⁸⁵ TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (*Tadić*, TC), parág. 653.

¹⁶⁸⁶ Vid., más detalles en TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (*Blaskić*, TC), parág. 204 y s.

¹⁶⁸⁷ Cfr., al respecto, TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (*Blaskić*, TC), parág. 204.

¹⁶⁸⁸ En la Regla de Procedimiento 2 del TPIY se define al Estado de la siguiente forma: «(i) A State Member or non-Member of the United Nations; [...] or (iii) a self-proclaimed entity de facto exercising governmental functions, whether recognised as a State or not».

820. No queda claro qué requisitos deben exigirse respecto de la «organización». Sin duda se encuadrarán aquí a grupos de personas que dominan un determinado territorio o por lo menos, se pueden mover por él libremente¹⁶⁸⁹. Este elemento espacial no es, sin embargo, necesario. Se puede considerar organización a cualquier asociación que disponga de los medios materiales y personales para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹⁶⁹⁰. Junto a las unidades paramilitares también deben tenerse en cuenta, en particular, las organizaciones terroristas.

821. El punto de vista según el cual no existe lesión de los derechos humanos si no es posible atribuir el hecho a una estructura estatal¹⁶⁹¹ es correcto, pero no supone una objeción insalvable. Una puesta en peligro de los bienes protegidos por el derecho internacional, en especial la paz mundial, puede provenir también de actores no estatales o de particulares. La necesidad de protección de las víctimas no depende de la clasificación de un ataque grave como lesión de los derechos humanos sino del carácter masivo del ataque. Al igual que sucede en el delito de genocidio, también en los crímenes contra la humanidad la intervención del Estado o de formaciones similares será el caso general, sin embargo no se exige jurídicamente. Esto nos conduce al resultado evidente de que la consideración de los ataques del 11 de septiembre contra el World Trade Center de Nueva York y el Pentágono como crímenes contra la humanidad no depende de si las acciones pueden ser imputadas a una organización terrorista o, al mismo tiempo, a un Estado o a una estructura de tipo estatal.

822. La política del Estado o de la organización puede consistir en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia. Los Elementos de los Crímenes son demasiado estrictos al exigir que el Estado o la organización promuevan o alienten de forma «activa» el ataque a la población civil¹⁶⁹². El texto del Esta-

tuto no ofrece ningún punto de apoyo para esta limitación, la jurisprudencia internacional ha considerado en múltiples decisiones que basta con la tolerancia para cometer el delito¹⁶⁹³. También el espíritu de la norma hace necesario incluir la tolerancia: precisamente el «mirar a otro lado» por parte del Estado, la negación de medidas de protección para la población o la no persecución de los autores pueden ser medios efectivos de una política de terror y de exterminio¹⁶⁹⁴.

823. Esta interpretación amplia no es más que una elaboración de lo que ya se incluye en el elemento contextual del crimen, del «ataque sistemático sobre una población civil». A este respecto, la Corte Penal Internacional, en sus primeras decisiones sobre la materia, estableció correctamente que el elemento político (política estatal u organizada) no es un elemento independiente del crimen, pero puede servir como prueba del carácter sistemático del ataque¹⁶⁹⁵. Por lo que se refiere a los ataques generalizados, el elemento político del Estatuto de la CPI añade una dimensión cualitativa. De esta forma, un ataque «generalizado» contra una población civil no será considerado un crimen contra la humanidad, salvo que se cometa siguiendo o aplicando una política organizada o estatal tal y como se ha definido más arriba¹⁶⁹⁶.

(cursiva añadida). La nota 6 se incluyó como solución de compromiso y matiza esta afirmación cuando dice: «La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutará mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización».

¹⁶⁸⁹ TPY, sentencia de 31 de enero de 2000 (Tadić, AC), párag. 14; TPY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al., TC), párag. 552 («at least tolerated»); también el art. 2.11 del *Proyecto de Código* de 1954; ONU Doc. S/1994/67/Add.2 (vol. 1), Annexes to the Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant To Security Council Resolution 780 (1992). 31 de mayo de 1995, Annex II: Rape and Sexual Assault: A Legal Study 27 de mayo de 1994, 8, pfo. 33: «It also has proven [...] that the state is involved. This can be concluded from state tolerance».

¹⁶⁹⁰ Cfr. *Ambos/With*, Criminal Law Forum 13 (2002) 1, pág. 30 y s.; *Werle/Burchards*, en: *Joels/Miebach* (editores), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, vol. 6/2 (2009), § 7 VStGB, número marginal 69.

¹⁶⁹¹ Vid. CPI, decisión de 27 de abril de 2007 (Harun y Kushayb, PTC), párag. 62; CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bomba Combo, PTC), párag. 33: «The Chamber is [...] of the view that the existence of a State or organisational policy is an element from which the systematic nature of an attack may be inferred».

¹⁶⁹² En el mismo sentido, *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 186; *Cryer/Primat/Robinson/Wilmshurst*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007), pág. 197 y ss.

¹⁶⁹⁰ Cfr., por ejemplo, *Proyecto de Código* de 1991, Comentario al art. 21, pfo 5: «simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales». En sentido similar, *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 187 y s., quien exige en los supuestos en los que el crimen de lesa humanidad se cometa por una organización no estatal, que ésta tenga poderes equivalentes. Más restrictivo se muestra *Manawy*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (2007), pág. 328 y ss.

¹⁶⁹¹ Vid. *Ambos/With*, *Criminal Law Forum* 13 (2002), 1, pág. 30 y s.

¹⁶⁹² Elementos de los Crímenes para el art. 7 del Estatuto de la CPI, Introducción: «3. [...] Se entiende que la "política... de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil».

IV. Círculo de autores

824. No sólo pueden ser autores los miembros del aparato de poder estatal u organizado, sino también todas las personas que actúan en ejecución o en apoyo de la política del Estado o de la organización. Un ejemplo típico de comisión por particulares son las denuncias que conducen a la privación de libertad o a la muerte de la víctima¹⁶⁹⁷.

V. Aspecto interno del hecho

825. El hecho global debe ser abarcado por el dolo del autor¹⁶⁹⁸. En concordancia con el derecho internacional consuetudinario¹⁶⁹⁹, el art. 7.1 del Estatuto de la CPI determina expresamente que el autor debe actuar «con conocimiento» del ataque contra la población civil. Se trata de una referencia meramente declarativa a los elementos subjetivos generales del art. 30 del Estatuto de la CPI¹⁷⁰⁰; como circunstancia, el hecho global en sí es, según el art. 30.3 del Estatuto de la CPI, objeto del aspecto interno del hecho¹⁷⁰¹.

826. El autor debe conocer, por tanto, que se está llevando a cabo un ataque (generalizado o sistemático) contra una población civil y que su hecho representa una parte de este ataque¹⁷⁰². Por el contrario, no es preciso que el

¹⁶⁹⁷ Vid. el número marginal 807.

¹⁶⁹⁸ Vid., número marginal 436 y ss.

¹⁶⁹⁹ Resulta fundamental TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 659; confirmada en TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 248; TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 102; TPIR, sentencia de 7 de julio de 2006 (Gacumbitsi, AC), parág. 86.

¹⁷⁰⁰ Cfr. número marginal 438 y ss.; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 86 y ss.

¹⁷⁰¹ Ya no puede sostenerse hoy en día el punto de vista mantenido todavía en la Conferencia de Roma (el hecho global es tan sólo un presupuesto procedimental *jurisdictional element*), más en el número marginal 437 y ss.

¹⁷⁰² Vid. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 401. Sobre la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*: TPIY, sentencia de 22 de febrero de 2001 (Kunarac et al., TC), parág. 434. En el mismo sentido, TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 121; TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 124 y ss.; TPIR, sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), parág. 206; TPIR, sentencia de 7 de junio de 2000 (Bagilishema, TC), parág. 94; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semanza, TC), parág. 332; TPIR, sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Kajelijeli, TC), parág. 880 y ss.; TPIR, sentencia de 13 de abril de 2006 (Bisingimana, TC), parág. 57. Vid., también, *von Hebel/Robinson*, en: Lee (editor), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute* (1999), pág. 98, nota 5. *Mettraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 173; *Robinson*,

autor conozca los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización¹⁷⁰³.

827. Ni el derecho internacional consuetudinario ni el tipo recogido en el Estatuto exigen otros elementos subjetivos comunes a todos los crímenes contra la humanidad. No se requiere que la actuación sea por motivos discriminatorios, tal y como recoge el art. 3 del Estatuto del TPIR¹⁷⁰⁴, o la temprana jurisprudencia referente al art. 5 del Estatuto del TPIY¹⁷⁰⁵. Una intención discriminatoria se exige exclusivamente en la alternativa típica de persecución¹⁷⁰⁶.

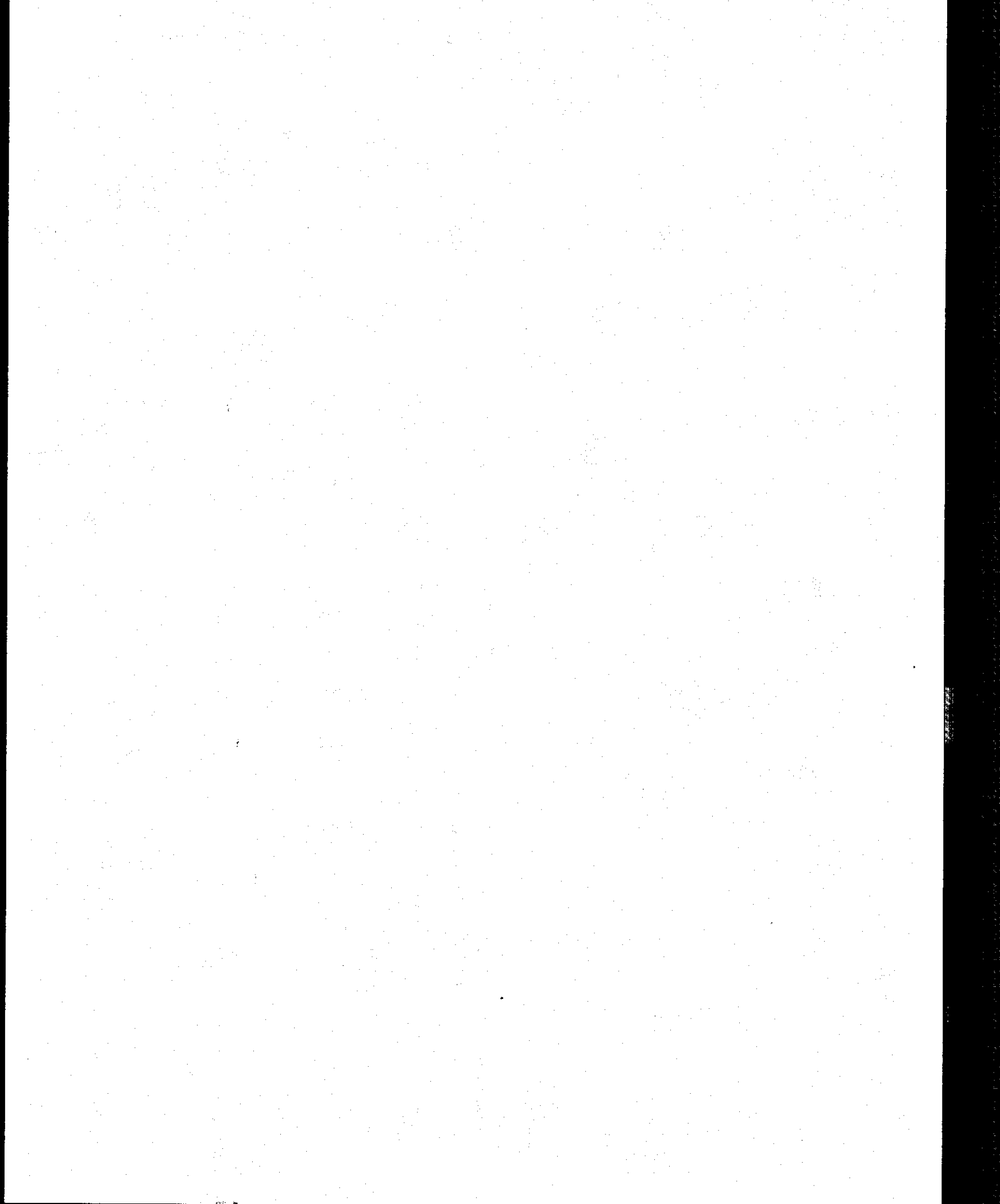
American Journal of International Law 93 (1999), 43, pág. 51 y ss.; *Robinson*, en: Lattanzi/Schabas (editores), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tomo 1 (1999), 139, pág. 164 y s. Para más claridad, TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2009 (Milutinović, TC), parág. 153 y ss.

¹⁷⁰³ Vid. los Elementos de los Crímenes para el art. 7 del Estatuto de la CPI, Introducción: «2. [...] el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, [...] ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole». Esto es evidente si se mantiene la posición que defiende que el elemento político no es un requisito típico (al respecto, número marginal 814 y ss.). También, TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 126 y s.; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 394; TPIY, sentencia de 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC), parág. 548; TPIY, sentencia de 27 de septiembre de 2006 (Krajišnik, TC), parág. 706; TPIR, sentencia de 13 de diciembre de 2005 (Simba, TC), parág. 421. Vid., también, *Mettraux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 173.

¹⁷⁰⁴ Vid. número marginal 793. También, *Schabas*, *The UN International Criminal Tribunals* (2006), pág. 196 y ss.

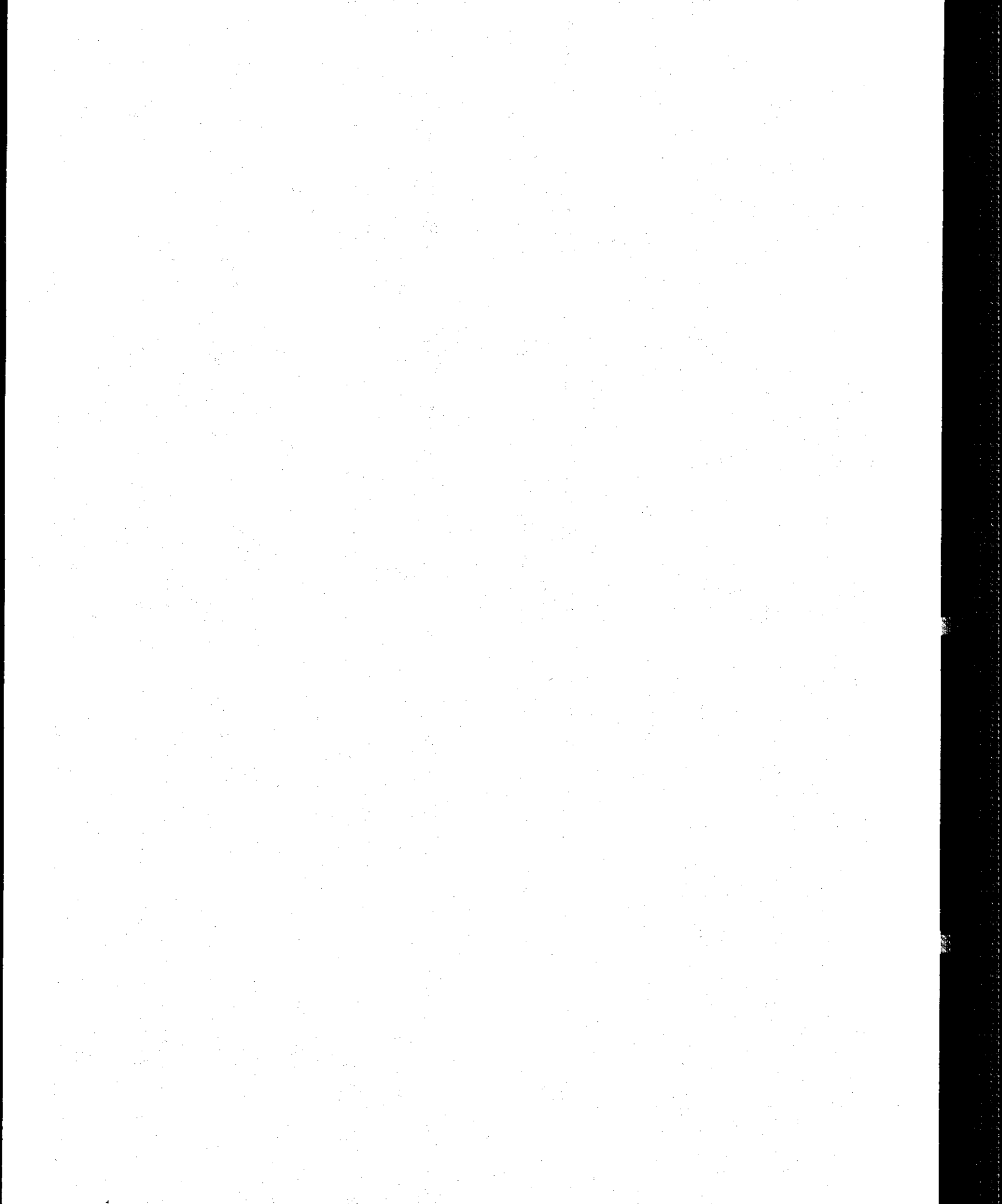
¹⁷⁰⁵ TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 652: «[D]iscriminatory intent as an additional requirement for all crimes against humanity was not included in the Statute. [...] Nevertheless, because the requirement of discriminatory intent on national, political, ethnic, racial or religious grounds for all crimes against humanity was included in the Report of the Secretary-General, and since several Security Council members stated that they interpreted Article 5 as referring to acts taken on a discriminatory basis, the Trial Chamber adopts the requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity under Article 5». También, *Schabas*, *The UN International Criminal Tribunals* (2006), pág. 196 y ss.

¹⁷⁰⁶ Resulta fundamental TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 273 y ss. y TPIR, sentencia de 1 de junio de 2001 (Akayesu, AC), parág. 464 y ss. En la misma línea, TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskić et al., TC), parág. 558; TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC), parág. 260 y TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2001 (Kordić y Cerkez, TC), parág. 186. Vid. art. 7 pfo 1 h) del Estatuto de la CPI. Cfr. también *Chesterman*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 10 (2002), 307, pág. 325 y ss.



Quinta Parte

CRÍMENES DE GUERRA



B) REQUISITOS GENERALES

I. Conflicto armado

984. El derecho internacional humanitario y por consiguiente también el derecho penal internacional bélico son aplicables, por regla general²⁰⁹¹, sólo en caso de conflictos armados. La Cámara de Segunda Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su decisión de 2 de octubre de 1995, definió el conflicto armado como sigue:

«[W]e find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State»²⁰⁹².

La Corte Penal Internacional adoptó esta definición en sus primeras decisiones²⁰⁹³.

985. Por consiguiente, hay que distinguir entre conflictos armados entre Estados que actúan por regla general a través de sus ejércitos o demás fuerzas armadas (en adelante: conflictos interestatales) y conflictos dentro de un Estado, entre fuerzas de gobierno y otros grupos armados o entre grupos armados (en adelante: conflictos internos de los Estados). Como se verá, esta distinción es en gran medida, pero no absolutamente, idéntica a la distinción entre conflictos internacionales y no internacionales²⁰⁹⁴.

1. Conflictos interestatales

986. Existe un conflicto armado interestatal cuando un Estado ejerce directamente violencia armada contra otro Estado en el ámbito protegido por el

²⁰⁹¹ Cfr. respecto de las excepciones el número marginal 991 y s.

²⁰⁹² TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC) parág. 70. Esta doctrina se ha visto confirmada en la jurisprudencia internacional. Cfr., a saber, TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucić et al., TC) parág. 183. Más recientemente, vid. TPIY, sentencia de 10 de julio de 2008 (Boskovski y Tarculovski, TC) parág. 175; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2009 (Milutinović et al., TC) parág. 125. Cfr. Asimismo TESL, sentencia de 20 de junio de 2007, (Brima et al., TC), parág. 243; TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 95.

²⁰⁹³ Vid. CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 209; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 238 y ss.

²⁰⁹⁴ Cfr. respecto de la terminología David, *Principes de droit des conflits armés*, 3ª edición (2002), número marginal 1.46.

derecho internacional²⁰⁹⁵. Es irrelevante la extensión que alcance el ejercicio de la fuerza. El derecho internacional humanitario, y consiguientemente el derecho penal internacional bélico son aplicables incluso en caso de pequeñas escaramuzas («primer tiro») ²⁰⁹⁶. No es exigible que las partes del conflicto lo consideren o caractericen como una guerra²⁰⁹⁷. Los Estados que emplean la

²⁰⁹⁵ Vid. CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 209; Greenwood, en: Fleck (editor), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª edición (2008), número marginal 202.

²⁰⁹⁶ Cfr. David, *Principes de droit des conflits armés*, 3ª edición (2002), número marginal 1.51; Ipsen, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §66 número marginal 7; Pictet (editor), *Geneva Convention IV* (1958), pág. 20; más estricto es Greenwood, en: Fleck (editor), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª edición (2008), n° 202.

²⁰⁹⁷ Cfr. TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), parág. 373; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2009 (Milutinović et al., TC), parág. 125. En un principio, el derecho internacional bélico sólo regía en guerras iniciadas por medio de declaraciones de guerra formales, ultimátum condicionales o la apertura de hostilidades con la intención de provocar un estado de guerra, cfr. Ipsen, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §65 número marginal 5. Además, el estado de guerra debía ser aceptado por el adversario, cfr. Pictet (editor), *Geneva Convention I* (1952), pág. 28. Aún en 1978, la Corte Federal de Asuntos de Seguridad Social alemana expuso, en relación con la clasificación de la guerra civil española, que el derecho internacional requería —para la existencia de un estado de guerra— una guerra entre dos Estados o grupos de Estados, que por regla general se distingue por el quebrantamiento de relaciones diplomáticas, la suspensión del derecho internacional para tiempos de paz y por lo menos la disposición al empleo de la fuerza. Decisiones del Tribunal Federal Supremo de lo Social (BSGE) 47, 263, pág. 265. La limitación del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario comprobó ser problemática después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, ya que los Estados hacían uso de la fuerza militar, sin haber antes declarado la guerra o permitir que la guerra produjera todos sus efectos jurídicos, cfr. Ipsen, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §65 número marginal 5, con ejemplos de conflictos armados que no eran consideradas guerras conforme al derecho internacional. El derecho internacional bélico y en particular el derecho internacional humanitario se vieron obligados a tomar en consideración este desarrollo, ya que en repetidas ocasiones los Estados habían omitido la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario con la excusa de que no se trataba de una guerra, porque el Estado que conducía el conflicto no reconocía al gobierno enemigo, cfr. Pictet (editor), *Geneva Convention I* (1952), pág. 28. Ya en el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se utilizó la expresión «conflicto armado» para evitar tal argumentación. Desde el momento en que existe un conflicto armado, las partes están vinculadas por el derecho internacional humanitario. Distinto de lo que sucede en relación con las demás consecuencias de una guerra o conflicto armado, como por ejemplo el quebrantamiento de las relaciones diplomáticas entre las partes, la aplicabilidad del derecho internacional humanitario no está a disposición de las partes del conflicto. Cfr. Ipsen, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §65 número marginal 11. Aquí se demuestra claramente que las disposiciones del derecho internacional humanitario —también las documentadas en tratados— se han desarrollado a partir de obligaciones recíprocas derivadas de tratados hasta llegar a ser normas jurídicas de validez general, que los tratados sólo se ocupan de reforzar, cfr. Pictet (editor), *Geneva Convention*

fuerza armada no pueden evitar la vigencia del derecho internacional humanitario a través de la caracterización del uso de armas como una actividad policial, por ejemplo²⁰⁹⁸. La mera amenaza de un ataque militar o demás actividades por debajo del límite del empleo de armas, en particular sanciones económicas, no constituyen un conflicto armado²⁰⁹⁹.

2. Conflicto interno del Estado

987. Con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y en particular con las detalladas regulaciones del Protocolo Adicional II, pero también con la extensión del Protocolo Adicional I a guerras de liberación nacional²¹⁰⁰, el derecho internacional humanitario extendió su ámbito de aplicación a los conflictos internos del Estado. También el derecho penal internacional bélico es, como ya se expresó, aplicable a los conflictos internos del Estado²¹⁰¹. De este modo, se interviene considerablemente la soberanía del Estado de que se trate. Esto sólo se justifica cuando existe un conflicto interno de un Estado asimilable a un conflicto armado interestatal²¹⁰². El art. 8.2 d) y f) del Estatuto de la CPI está determinado a deslindar conflictos armados internos de un Estado de los demás conflictos en un Estado que no sobrepasan la brecha de los conflictos armados.

988. El art. 8.2 del Estatuto de la CPI dispone en sus letras d) y f), primera frase, que las «tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos» no constituyen conflictos armados internos del Estado para los efectos de la aplicación del Estatuto²¹⁰³. Esta declaración se corresponde con el art.

I (1952), pág. 28. *Detter*, *The Law of War*, 2ª edición (2000), pág. 17 y ss., propone adaptar la definición de guerra a las modificadas condiciones, en lugar de erigirse al concepto del conflicto armado. También para la aplicación de las disposiciones del Derecho de La Haya el estado de guerra ha cesado de ser el criterio determinante, pasando a ser la existencia de un conflicto armado internacional. *Greenwood*, en: *Fleck* (editor), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª edición (2008), n° 202.

²⁰⁹⁸ *Pictet* (editor), *Geneva Convention IV* (1958), pág. 20.

²⁰⁹⁹ *Ipsen*, en: *Ipsen* (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §66, número marginal 5 y s. Acerca de la «conducción de la guerra», cfr. *Zemanek*, en: *Bernhardt* (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo 2 (1995), pág. 38 y ss.

²¹⁰⁰ Cfr. art. 1.4 del Protocolo Adicional I, además del número marginal 990.

²¹⁰¹ Cfr. el número marginal 973 y ss.

²¹⁰² Cfr. asimismo *Pictet* (editor), *Geneva Convention II* (1960), pág. 33.

²¹⁰³ Cfr. asimismo *Pictet* (editor), *Geneva Convention II* (1960), pág. 33.

1.2 del Protocolo Adicional II y tiene un carácter meramente aclaratorio²¹⁰⁴. La segunda frase del art. 8.2 f) del Estatuto de la CPI especifica qué debe entenderse por conflicto armado no internacional: el conflicto debe tener lugar «entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos»²¹⁰⁵. Esta enunciación se basa en la ya citada decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²¹⁰⁶. Pone de manifiesto que las partes del conflicto deben mostrar un cierto grado de organización²¹⁰⁷. La formulación elegida en el Estatuto de la CPI no es tan estricta como la empleada en la definición del art. 1.1 del Protocolo Adicional II, que requiere de un mando responsable, que por medio del control sobre una parte del territorio esté en condiciones de realizar operaciones militares «sostenidas» y «concertadas»²¹⁰⁸. En especial la necesidad de ocupar parte del territorio del Estado ha demostrado ser un criterio demasiado estricto, porque implica que sólo las guerras civiles «clásicas» —como la guerra de secesión estadounidense— (1861-1865) —estén comprendidas en el concepto, no así las modernas gue-

²¹⁰⁴ *Triffner-Zimmermann*, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 8 número marginal 300. Cfr. también *Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Jiroud*, *Additional Protocols* (1987), número marginal 4472.

²¹⁰⁵ Respecto de los requisitos adicionales de un conflicto «prolongado», véase además el número marginal 989.

²¹⁰⁶ TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 70. En profundidad sobre la jurisprudencia del TPIY y del TPIR acerca de los conflictos armados que no sean de índole internacional cfr. *Mettlaurx*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 36 y ss.

²¹⁰⁷ CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 233; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 59. Si por ejemplo se produjeran disturbios espontáneos entre manifestantes y policía después de una manifestación, respecto de los primeros no podría confirmarse el requisito de la necesaria organización, por lo que no se trataría de un conflicto armado, cfr. *Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Jiroud*, *Additional Protocols* (1987), número marginal 4474. Según el TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 89, hasta «un cierto grado de organización» de las partes del conflicto, el que sin embargo «need not be the same as that required for establishing the responsibilities of superiors for the acts of their subordinates within the organisation». Cfr. también TPIR, sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), parág. 257, sobre la aplicación del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977: «[T]he armed forces opposing the government must be under responsible command. This requirement implies some degree of organization within the armed groups or dissident armed forces, but this does not necessarily mean that there is a hierarchical system of military organization similar to that of regular armed forces. It means an organization capable of, on the one hand, planning and carrying out sustained and concerted military operations – operations that are kept up continuously and that are done in agreement according to a plan, and on the other, of imposing discipline in the name of the de facto authorities».

²¹⁰⁸ Acerca del art. 1.1 del Protocolo Adicional I cfr. TPIR, sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), parág. 254 y ss.

rras de guerrillas²¹⁰⁹. En contraposición con el art. 1.1 del Protocolo Adicional II, el ámbito de aplicación del art. 8.2 f) del Estatuto de la CPI se extiende además a conflictos en los que no participan fuerzas de gobierno²¹¹⁰.

989. También en concordancia con la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadić*, la segunda frase del art. 8.2 f) del Estatuto de la CPI exige además que el conflicto sea «prolongado». Esto no debe entenderse, sin embargo, como un elemento meramente temporal. La larga duración de un conflicto es, más bien, usualmente un indicio de su intensidad²¹¹¹. Debe tratarse de conflictos profundos que comprometan los

²¹⁰⁹ *David*, Principes de droit des conflits armés, 3ª edición (2002), número marginal 1.75. Triffterer-Zimmermann, Rome Statute (1999), art. 8 número marginal 338. El TPIR, en cambio, en TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 619, ha conservado el requisito del control territorial. Vid. asimismo TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 97, para crímenes derivados del Protocolo Adicional II. De acuerdo con la Corte Penal Internacional, el control sobre el territorio por un grupo armado es un factor decisivo para determinar si el grupo puede llevar a cabo operaciones militares durante un período de tiempo prolongado, lo que es considerado un elemento esencial del requisito de que la violencia sea prolongada. Vid. CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 60; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 239.

²¹¹⁰ Triffterer-Zimmermann, Rome Statute, 2ª edición (2008), art. 8 número marginal 349 y s. La limitación a conflictos con participación estatal en el Protocolo Adicional II no alcanzaba sin embargo al art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, de modo que la formulación del Estatuto de la CPI no implica un avance en el desarrollo, sino una adopción del concepto del conflicto armado interno del Estado ya conocido de los Convenios de Ginebra, cfr. Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Juod, Additional Protocols (1987), número marginal 4461. Cfr. al respecto también *David*, Principes de droit des conflits armés, 3ª edición (2002), número marginal 1.71 y s.

²¹¹¹ También el TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 562 entiende en este sentido el requisito de un conflicto prolongado. La jurisprudencia actual da igual importancia a ambos criterios, el de intensidad del conflicto y la organización de las partes del conflicto. Cfr. TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 84, así como TPIR, sentencia de 6 de diciembre de 1999 (Rutaganda, TC), parág. 93. Para establecer dichos criterios la jurisprudencia se ha servido de distintos factores. Cfr. TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 90 con más antecedentes: «[T]he determination of the intensity of a conflict and the organisation of the parties are factual matters which need to be decided in light of the particular evidence and on a case-by-case basis. By way of example, in assessing the intensity of a conflict, other Chamber have considered factors such as the seriousness of attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time any increase in the number of government forces and mobilisation and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and, whether any resolutions on the matter have been passed. With respect to the organisation of the parties to the conflict, Chambers of the Tribunal have taken into account factors including the existence of

intereses de la comunidad internacional, y que por consiguiente justifiquen una intromisión en el ámbito de la soberanía estatal²¹¹². Erupciones aisladas de violencia no cumplen con estos requisitos. Si la segunda frase del art. 8.2 f) del Estatuto de la CPI se entiende de este modo, no se introduce un requisito adicional, y también puede ser aplicado al art. 8.2 c) del Estatuto de la CPI. Esto asegura una definición unitaria de conflicto armado no internacional en el Estatuto de la CPI²¹¹³.

990. En resumen, puede sostenerse que el derecho internacional humanitario y en particular el derecho penal internacional bélico intervienen sólo cuando un conflicto interno del Estado, en razón de la organización de las partes —que conlleva mayores fuerzas de combate y la posibilidad de dirigir a los combatientes— es comparable con un conflicto interestatal, independientemente de la participación de tropas estatales en el conflicto²¹¹⁴. Con ello se explica también la ya mencionada elevada intensidad que debe presentar un conflicto interno del Estado. Mientras en un conflicto interestatal, en el que se enfrentan normalmente dos ejércitos, existe ya «con el primer disparo» el peligro de una escalada de consecuencias imprevisibles, erupciones aisladas

headquarters, designated zones of operation, and the ability to procure, transport, and distribute arms.» Vid. también, TPIY, sentencia de 27 de septiembre de 2007 (Mrkšić et al., TC), parág. 406 y ss.; TPIY, sentencia de 3 de abril de 2008 (Haradinaj et al., TC), parág. 39 y ss.; TPIY, sentencia de 10 de julio de 2008 (Boskovski y Tarculovski, TC), parág. 175 y ss. Más detalles en *Olásolo*, *Unlawful Attacks in Combat Situations* (2008), pág. 34 y ss. Cfr. asimismo TESL, sentencia de 2 de agosto de 2007 (Folana y Kondewa, TC) parág. 123 y ss.; TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 95.

²¹¹² Los tipos penales contenidos en el art. 8.2 c) del Estatuto de la CPI están basados en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; también allí se exige un mínimo en cuanto a la organización de las partes del conflicto, como asimismo una determinada intensidad, para afirmar la existencia de un conflicto armado, cfr. *David*, Principes de droit des conflits armés, 3ª edición (2002), número marginal 1.71 y s.

²¹¹³ Así también *Cullen*, *Journal of Conflict and Security Law* 12 (2008), 419, pág. 429 y ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfgramm*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), 1069; *Kress*, *Israel Yearbook on Human Rights* 30 (2001), 103, pág. 118 y ss. *Meron*, *American Journal of International Law* 94 (2000), 239, pág. 260; *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª edición (2007), pág. 131. Este asunto es objeto de controversia. Algunos opinan que el art. 8.2 f) del Estatuto de la CPI estableció un concepto legal nuevo que impone un límite más alto para los crímenes de guerra bajo el art. 8.2 c); cfr. *Ambo*, en: *Joelck y Mielbach* (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, tomo 6/2 (2009), Vor §§ 8 y ss. VStGB número marginal 25; *Cassese*, *International Criminal Law*, 2ª edición (2008), pág. 96 y ss.; *Olásolo*, *Unlawful Attacks in Combat Situations* (2008), pág. 30 y ss. Con más referencias: Triffterer-Zimmermann, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 8 número marginal 274.

²¹¹⁴ Cfr. *Pictet* (editor), *Geneva Convention III* (1960), pág. 36 y s.

de violencia en conflictos internos de los Estados no son, en cambio, capaces de hacer peligrar la paz mundial.

3. Vigencia del derecho penal internacional de la guerra a pesar de la ausencia de uso de la fuerza

991. En algunos casos, el derecho internacional humanitario y consiguientemente el derecho penal internacional bélico son aplicables sin que haya existido uso de la fuerza. Esta situación concierne, por una parte, al caso de una declaración de guerra a la cual no siguen operaciones militares²¹¹⁵. También aquí rige el derecho internacional humanitario, por ejemplo en cuanto al tratamiento de los nacionales del Estado enemigo en el país, ya que se trata de un caso de guerra declarada según el artículo 2.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra²¹¹⁶.

992. De otra parte, los Convenios de Ginebra rigen también —según su art. 2.2— cuando se lleve a cabo una ocupación total o parcial de un Estado enemigo sin encontrar resistencia militar²¹¹⁷. En estos casos es discutible si puede hablarse en realidad de conflicto armado o si se trata más bien de ámbitos de aplicación del derecho internacional humanitario fuera de los conflictos armados. Lo último se corresponde en mayor medida con el tenor literal del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Los Elementos de los Crímenes para el Estatuto de la CPI incluyen, no obstante, la ocupación del territorio del concepto de conflicto armado²¹¹⁸. Sin embargo, se trata aquí finalmente

de una cuestión terminológica sin consecuencias materiales. Salvo que el tipo penal suponga especialmente el empleo de la fuerza armada, es posible cometer crímenes de guerra sin la preexistencia de acción armada alguna²¹¹⁹.

II. Conflicto internacional o no internacional

993. Un conflicto armado puede tener carácter internacional o no internacional. La clasificación de un conflicto en estas categorías es importante, porque el derecho internacional humanitario sólo es plenamente aplicable a conflictos armados internacionales²¹²⁰. Además, también el art. 8 del Estatuto de la CPI distingue entre delitos cometidos en conflictos armados internacionales y no internacionales.

1. Carácter internacional de los conflictos armados interestatales

994. Son conflictos armados internacionales, en primer lugar, disputas entre dos o más Estados, es decir, conflictos interestatales en el sentido ya expuesto con anterioridad²¹²¹. Un conflicto armado también tiene carácter internacional cuando organizaciones internacionales como las Naciones Unidas sean parte de él, y le es aplicable entonces el derecho internacional humanitario²¹²². Fundamentalmente combaten entre sí partes en igualdad de derechos, y no —como es la regla general en conflictos no internacionales— un Estado en ejercicio de su soberanía contra rebeldes²¹²³.

²¹¹⁵ Tal situación se presentó durante la Segunda Guerra Mundial en ciertos Estados latinoamericanos, que si bien declararon la guerra a las potencias del eje, no llevaron a cabo operaciones de combate; cfr. *Greenwood*, en: Fleck (editor), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª edición (2008), n° 202.

²¹¹⁶ Cfr. *Greenwood*, en: Fleck (editor), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª edición (2008), n° 202.

²¹¹⁷ Art. 2.2 común a los cuatro Convenios de Ginebra. El concepto de ocupación se entiende en un sentido amplio y debe comprender también casos en los que tropas enemigas invaden territorio enemigo sin intención de quedarse allí por un período prolongado de tiempo ni de ejercer sus poderes como Potencia ocupante; *Pictet* (editor), *Geneva Convention IV* (1958), pág. 60. Un territorio se considera ocupado cuando está bajo el control efectivo de la Potencia ocupante. En mayor profundidad TPV, sentencia del 31 de marzo de 2003 (Náclitich y Martinović, TC), parág. 210 y ss.; CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Iubanga Dyilo, PT/C), parág. 212 y ss.

²¹¹⁸ Cfr. nota 34 de los Elementos de los Crímenes para el art. 8.2 a) i) del Estatuto de la CPI. Cfr. Al respecto también *Dornanilla Hayvon Hebel*, en: Lee (editor), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001), 112, pág. 115.

²¹¹⁹ Esto vale en todo caso sólo para conflictos interestatales. Si se trata de un conflicto interno del Estado, el conflicto debe tener el ya mencionado mínimo de intensidad.

²¹²⁰ *David*, *Principes de droit des conflits armés*, 3ª edición (2002), número marginal 1.40.

²¹²¹ Cfr. TPV, sentencia de 15 de julio de 1999 (Iadic, AC), parág. 84; TPV, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 124. Acerca del concepto de Estado para el derecho internacional público cfr. *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7ª edición (2008), pág. 58 y ss.; *Cassese*, *International Law*, 2ª edición (2005), pág. 71 y ss.; *Epping*, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §5.

²¹²² Cfr. en particular *Ipsen*, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §67 número marginal 5.

²¹²³ Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Jurrod, *Additional Protocols* (1987), número marginal 44-58.

2. Conflictos armados internos de los Estados con carácter internacional

995. También los conflictos armados internos de los Estados pueden tener, bajo determinadas circunstancias, carácter internacional.

a) Guerras de liberación nacional

996. En virtud del art. 1.4 del Protocolo Adicional II, el concepto de conflicto armado internacional se extiende a situaciones en las que «los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», aunque se trate de una disputa en la que sólo esté envuelto un Estado²¹²⁴. Por esta razón, se duda que la clasificación de esta clase de conflicto como internacional se pueda aplicar también al Estatuto de la CPI, o si tales situaciones no han de considerarse como un conflicto no internacional a los efectos del derecho penal internacional²¹²⁵. Esto tendría, sin embargo, como consecuencia, que un mismo conflicto debiera ser tratado para los efectos del derecho internacional humanitario como un conflicto de carácter internacional y para los efectos del derecho penal internacional bélico como conflicto sin tal carácter. Ya que el derecho penal internacional sirve al resguardo del derecho internacional humanitario, tal consecuencia sería insólita. Por esto es preferible considerar tales situaciones como conflictos armados internacionales también a los efectos del derecho penal internacional bélico²¹²⁶.

b) Otros conflictos internos de los Estados

997. Por último han de tratarse las disputas que se limitan a un Estado, pero en las cuales las partes del conflicto reciben apoyo de otros Estados —por ejemplo por medio de armamento— sin que éstos, sin embargo, lleven a cabo acciones militares por sí mismos. En estos casos sólo puede hablarse de un conflicto armado internacional cuando las conductas de una de las partes del conflicto sean imputables al Estado que la apoya. Esa parte del conflicto sería en cierto modo utilizado como una herramienta de ese Estado. Esto lleva a la pregunta de cuándo deben ser imputables a un Estado las conductas de per-

²¹²⁴ Cf. al respecto en mayor profundidad Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Zimmermann, *Additional Protocols* (1987), número marginal 66 y ss.

²¹²⁵ Triffterer-Zimmermann, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 8 número marginal 251 y s.

²¹²⁶ Así también Triffterer-Zimmermann, *Rome Statute*, 2ª edición (2008), art. 8 número marginal 252.

sonas que no actúan *de iure* como sus órganos (fuerzas armadas, fuerzas de policía, etc.), sino que sólo están *de facto* conectados con él.

998. El derecho internacional humanitario no regula esta cuestión de modo concluyente. El art. 4 letra A.1 del III. Convenio de Ginebra concede el estatus de prisionero de guerra también a miembros de milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados, en tanto «formen parte» de una de las partes en conflicto. Sin embargo, con esto no da respuesta al interrogante más significativo: cuándo se considera que una organización «forma parte» de una de las partes del conflicto²¹²⁷. La Cámara de Segunda Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia trató detalladamente las condiciones de imputación en su decisión de 15 de julio de 1999²¹²⁸. El Tribunal concluyó que los criterios desarrollados por la Corte Internacional de Justicia en la decisión del caso Nicaragua²¹²⁹, según los cuales sería necesario un control efectivo (*effective control*) de cada conducta por parte del Estado, eran en parte demasiado estrictos²¹³⁰.

999. En lugar de lo anterior, la Cámara de Segunda Instancia distingue como sigue: mientras las actuaciones en cuestión hayan sido cometidas por grupos organizados militarmente, basta con que el Estado controle al grupo en general (*overall control*)²¹³¹. No bastaría con que el Estado aprovisione al grupo con material y armas o que lo financie, es más bien exigible que el Estado coordine las operaciones militares o apoye la planificación general. Sin embargo, no sería necesario que el Estado ordene al comandante o a miembros individuales cometer acciones específicas, contrarias al derecho

²¹²⁷ Cf. TPIY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 93.

²¹²⁸ TPIY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 88 y ss. Cf. respecto del desarrollo de la jurisprudencia del TPIY, Ambos, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), *Humanitäres Völkerrecht* (2001), 325, pág. 332 y ss.

²¹²⁹ Cf. CIJ, sentencia del 27 de junio de 1986 (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua vs. EE.UU.), en: ICJ Reports 1986, 14, parág. 115.

²¹³⁰ Cf. TPIY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 117. En la decisión sometida a la Cámara de Segunda Instancia, la Cámara de Primera Instancia se había basado en lo sustancial a los criterios desarrollados por la CIJ en la sentencia del caso Nicaragua, TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 582 y ss. Crítico frente al hecho de tomar como base los criterios desarrollados en la sentencia del caso Nicaragua se muestra Meron, *American Journal of International Law* 92 (1998), pág. 236 y ss.

²¹³¹ Cf. TPIY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 137. Esta doctrina se ha consolidado en la jurisprudencia posterior del Tribunal. Cf., a saber, TPIY, sentencia de 24 de marzo de 2000 (Aleksowski, AC), parág. 129 y ss.; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), parág. 306 y ss.; TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 75 y ss.; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 124.

internacional²¹³². Mientras que si actúan personas que no están militarmente organizadas no basta, en cambio, que el Estado controle a la persona o grupo de personas en conjunto. Para asumir en estos casos el carácter internacional del conflicto, es necesario que el Estado haya dado instrucciones específicas a propósito de la conducta de que se trate, o que con posterioridad haya hecho suya la conducta mediante su consentimiento público²¹³³. La Corte Penal Internacional ha seguido este criterio en sus primeras decisiones²¹³⁴.

1000. De este modo, los tribunales tratan —al menos parcialmente— del mismo modo a grupos militarmente organizados y a fuerzas armadas estatales, en cuanto las conductas de ambos son imputables al Estado de que se trate. La Cámara de Segunda Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fundamenta esta equiparación con la estructura jerárquica que, según estima, impera en grupos de esta índole. Miembros individuales del grupo no actuarían, como regla general, por cuenta propia, sino que seguirían las órdenes del cuadro superior. Por eso, bastaría que el Estado tuviera en general el control sobre un grupo militarmente organizado, aún cuando miembros aislados del grupo actuaran de modo contrario a las órdenes²¹³⁵. Si el Estado se sirve de los beneficios de estructuras militares, debiera también asumir la responsabilidad por las consecuencias²¹³⁶. Si las conductas cometidas por organizaciones no estatales o por individuos no son imputables a un Estado, no existe un conflicto armado internacional.

1001. Ha de destacarse que la Corte Internacional de Justicia ha reafirmado recientemente su test de control efectivo respecto de la responsabilidad del Estado. En su Sentencia de 2007 sobre genocidio (Bosnia vs. Serbia), la Corte criticó al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por haber opinado sobre el valor del test de control efectivo referido a la responsabilidad del Estado. Al actuar de ese modo, el Tribunal habría

²¹³² Cf. TPY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 131.

²¹³³ TPY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 137. Siempre que un Estado exprese su consentimiento después de que la conducta se haya cometido, es cuestionable si esto puede llevar a presumir la existencia de un conflicto armado desde el punto de vista del derecho internacional bélico. Mientras se trate de actos que sólo son punibles en conflictos armados internacionales, la punibilidad surgiría sólo después de cometido el acto, por lo que en el momento de la conducta habría faltado la punibilidad.

²¹³⁴ CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 209 y ss.; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 238 y ss.

²¹³⁵ TPY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 120 y s.

²¹³⁶ TPY, sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC), parág. 121. Es necesario tener en consideración, sin embargo, que en esa clase de situaciones se trata de conflictos que no tienen carácter internacional, de modo deben tener el grado de intensidad que se requiere para esa clase de conflictos (cf. número marginal 990 y ss.). Discrepa Stewart, *International Review of the Red Cross* 85 (2003), 313, pág. 329 y ss. Los criterios desarrollados por la Cámara de Segunda Instancia fueron confirmados por TPY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 95 y ss., y por TPY, sentencia del 31 de marzo de 2003 (Valečić y Martinović, TC), parág. 181 y ss.

«addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction»²¹³⁷. Con todo, si bien la Corte Internacional de Justicia declina aplicar el test de control global para establecer la responsabilidad del Estado, se concedió que podría discutirse la aplicación de este estándar menos restrictivo para determinar si un conflicto armado adquiere carácter internacional por la intervención de otro Estado²¹³⁸.

1002. En resumen: un conflicto armado es internacional, cuando se trata de un conflicto interestatal, es decir, cuando al menos dos Estados o un Estado y una organización internacional se enfrentan. Un conflicto armado es asimismo internacional, en los casos en que si bien un solo Estado toma directamente parte en la disputa, deben imputársele a un segundo Estado los actos de la otra parte no estatal del conflicto, pasando a ser de este modo igualmente parte. Además tienen carácter internacional los conflictos clasificables como luchas contra la opresión colonial o contra un régimen racista.

3. Conflictos armados mixtos

1003. La Cámara de Segunda Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia aclaró —en la decisión del caso Tadić de 2 de octubre de 1995— que en una misma región pueden tener lugar conflictos parciales de distinta índole, ya que la caracterización de un conflicto como internacional o no internacional en su totalidad llevaría a incongruencias y lagunas de punibilidad²¹³⁹.

1004. En constelaciones como esta, la prueba de si existe un conflicto armado y de si el conflicto tiene carácter internacional o no, no puede realizarse de forma general. Más bien hay que decidir de conformidad a criterios funcionales, considerando la acción concreta y el contexto en que fue cometida. Hay que comprobar si es parte de un conflicto internacional o no internacional. Esto depende sobre todo de la parte del conflicto a la que pertenece el autor y del conflicto en el marco del cual se cometió el acto. Si en una región del Estado tienen lugar disputas tanto entre ese Estado y otro Estado, como también entre un Estado y una organización no estatal, hay que comprobar a qué parte pertenecía el autor y en el contexto de qué conflicto se cometió el acto.

²¹³⁷ CII, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 403.

²¹³⁸ CII, sentencia de 26 de febrero de 2007 (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), parág. 404. Para un análisis crítico de la sentencia de la CII, cf. *Cassese*, *European Journal of International Law* 18 (2007), págs. 649 y ss.; *Goldsstone/Hamilton*, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), págs. 95 y ss.

²¹³⁹ TPY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 76 y s.

Sólo así puede determinarse si el acto se cometió en relación con un conflicto internacional o no internacional, y qué reglas de derecho penal internacional bélico le son aplicables.

III. Ámbitos de aplicación temporal y espacial del derecho penal internacional de la guerra

1005. En relación con los ámbitos de aplicación temporal y espacial del derecho internacional humanitario y con ello también del derecho penal internacional bélico, la Cámara de Segunda Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha determinado:

«International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there»²¹⁴⁰.

1006. De acuerdo con este criterio, que ha sido aplicado por la Corte Penal Internacional²¹⁴¹, no es absolutamente necesario que los crímenes de guerra sean cometidos en el lugar y mientras dure el combate. Los ámbitos de aplicación temporal y espacial deben ser determinados para cada tipo penal, en relación con la norma de derecho internacional humanitario en que se basa. Algunos tipos penales del derecho penal internacional bélico sólo pueden, según su tenor literal, ser cometidos en relación temporal y espacial directa con operaciones militares.

²¹⁴⁰ TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 70. Esta doctrina se ha consolidado en la jurisprudencia posterior de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. Cfr., a saber: TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 57; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 84; TPIY, sentencia de 15 de septiembre de 2008 (Delić, TC), parág. 40; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2009 (Militinović et al., TC), parág. 127; TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC), parág. 635 y s.; TPIR, sentencia de 22 de enero de 2004 (Kamuhanda, TC), parág. 732; TESL, sentencia de 20 de junio de 2007 (Brima et al., TC), parág. 245; TESL, sentencia de 2 de agosto de 2007 (Hofana y Kondewa, TC), parág. 128; TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 99.

²¹⁴¹ Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 381.

IV. La relación de las conductas particulares con el conflicto armado

1007. Sólo existe un crimen de guerra cuando la conducta de que se trata está en una relación funcional con un conflicto armado, es decir, cuando existe un nexo entre la conducta y el conflicto²¹⁴². Los Elementos de los Crímenes para el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo formulan como sigue «[Q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado (internacional/que no era de índole internacional) y haya estado relacionada con él»²¹⁴³.

1008. El elemento consistente en la relación ente el hecho y el conflicto fue definido de manera más precisa por la jurisprudencia de los primeros tiempos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. De acuerdo con el Tribunal, «[i]t is necessary to conclude that the act, which could well be committed in the absence of a conflict, was perpetrated against the victim(s) concerned because of the conflict at issue»²¹⁴⁴. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha concretado este requisito en su jurisprudencia, decidiendo que el acto ha de estar en una «estrecha»²¹⁴⁵ o «evidente»²¹⁴⁶ relación con el conflicto. La existencia de un conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto²¹⁴⁷. La

²¹⁴² TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucić et al., TC), parág. 193. Esta doctrina se ha consolidado en la jurisprudencia internacional posterior. Cfr., a saber: TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2003 (Stakić, AC), parág. 342; TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaskić, TC), parág. 69; TPIY, sentencia de 15 de septiembre de 2008 (Delić, TC), parág. 39; TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kavishema y Ruzindana, TC), parág. 185 y ss.; TPIR, sentencia de 15 de febrero de 2004 (Ntagerura et al., TC), parág. 766; TESL, sentencia de 20 de junio de 2007 (Brima et al., TC), parág. 246; TESL, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 100.

²¹⁴³ La cuestión del contexto del acto se refiere, en primer lugar, al alcance del derecho internacional de la guerra en cuanto al espacio y en cuanto al tiempo (vid. los números marginales 1005 y s.) y, en segundo lugar por lo que aquí nos interesa, al nexo entre el acto y el conflicto armado. Cfr. *Dörmann*, International Review of the Red Cross 82 (2000), 771, pág. 779 y ss.

²¹⁴⁴ TPIY, sentencia de 25 de junio de 1999 (Aleksovski, TC), parág. 45.

²¹⁴⁵ TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 70; TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 573.

²¹⁴⁶ TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucić et al., TC), parág. 193.

²¹⁴⁷ TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 58; de modo similar TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 342; TPIY, sentencia del 29 de noviembre de 2002 (Nasirjević, TC), parág. 25; TPIY, sentencia de 15 de septiembre de 2008 (Delić, TC), parág. 41; TPIY, sentencia de 26 de febrero de 2009 (Militinović et al., TC), parág. 128. Cfr. asimismo TPIR, sentencia de 15 de mayo 2003 (Semanza, TC), parág. 517; TPIR, sentencia de 18 de diciembre de 2008 (Bagosora et al., TC), parág. 2231; TESL, sentencia de 20 de junio de 2007 (Brima et al., TC), parág. 246; TESL, sentencia de 2 de

Corte Penal Internacional ha adoptado este criterio en sus primeras decisiones²¹⁴⁸.

1009. La relación funcional ha de ser asumida sin más siempre que el acto haya sido cometido en el marco de una batalla o la toma de una localidad²¹⁴⁹. La relación se hace especialmente evidente en las infracciones contra las prohibiciones de métodos de combate o medios de combate. En muchos de estos casos, el autor no hubiera podido cometer el hecho en tiempos de paz, o no hubiera podido hacerlo de ese modo²¹⁵⁰. No es exigible que una parte del conflicto haya ordenado o aun meramente tolerado las conductas²¹⁵¹. Es igualmente irrelevante si el autor cometió el hecho con el fin de servir a los intereses de una de las partes en conflicto o si perseguía fines personales²¹⁵². También pueden cometerse crímenes de guerra fuera de las zonas en las que tienen lugar los combates, siempre que las conductas que se pretenda castigar estén en «estrecha» relación con el combate²¹⁵³.

1010. La relación funcional con el conflicto armado debe ser determinada objetivamente, caso a caso. Concordando con el criterio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la Corte Penal Internacional ha estimado que:

«In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim

- marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 100; cfr. también *Boedl*, *International Criminal Law Review* 3 (2003), 405, pág. 406 y ss.
- ²¹⁴⁸ Cf. CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 287; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 380; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 71.
- ²¹⁴⁹ TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucic et al., TC), parág. 193.
- ²¹⁵⁰ Cf. Fischer, en: Kirk McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 67, pág. 81 y ss.
- ²¹⁵¹ TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 573.
- ²¹⁵² Los Elementos de los Crímenes dejan de manifestar que el dolo del autor sólo debe abarcar la existencia de un conflicto armado. Cf. al respecto *Dörmann/la Haye/von Hebel*, en: Lee (editor), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001), 112, pág. 121 y s.
- ²¹⁵³ Vid. TPIY, decisión de 2 de octubre de 1995 (Tadić, AC), parág. 70. Este criterio está asentado en la jurisprudencia internacional, cfr. TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 64; TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), parág. 573; TPIY, sentencia de 1 de septiembre de 2004 (Brdanin, TC), parág. 123; TPIR, sentencia de 6 de diciembre de 1999 (Rutaganda, TC), parág. 104; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semaanza, TC), parág. 517; CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 287; CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 380.

is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties»²¹⁵⁴.

1011. De lo anterior resulta que la posición del autor en relación con la parte beligerante no es un requisito independiente para establecer la existencia de un crimen de guerra, pero puede ser un indicio para establecer la relación entre la conducta y el conflicto²¹⁵⁵. Esto no solamente es válido para miembros de las fuerzas armadas, sino también para miembros de milicias y cuerpos de voluntarios²¹⁵⁶. En este aspecto pueden tomarse como fundamento normas existentes del derecho internacional humanitario. La relación funcional entre la conducta y el conflicto armado puede existir también si los responsables no pertenecen a las fuerzas armadas de una de las partes del conflicto, pero ejecutan actividades de relevancia bélica para una de ellas. Según el art. 29 del IV. Convenio de Ginebra, las partes del conflicto son responsables por la conducta de sus «agentes». Agente en el sentido de esta disposición son no sólo los miembros del ejército y organizaciones similares, sino también empleados públicos, jueces y otras personas que actúan por mandato del Estado²¹⁵⁷. Si en

- ²¹⁵⁴ Vid. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 382; TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., AC), parág. 59; TPIY, sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Limaj et al., TC), parág. 91; TFSI, sentencia de 20 de junio de 2007 (Brima et al., TC), parág. 247; TFSI, sentencia de 2 de marzo de 2009 (Sesay et al., TC), parág. 101.
- ²¹⁵⁵ TPIR, sentencia de 1 de junio de 2001 (Akeyesu, AC), parág. 444; *Boedl*, *Criminal Law Forum* 13 (2003), 293, pág. 311 y ss. Con un criterio más estricto, en el caso Akeyesu la Cámara de Primera Instancia sostuvo: «Hence, the Prosecutor will have to demonstrate to the Chamber and prove that Akeyesu was either a member of the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or that he was legitimately mandated and expected, as a public official or agent or person otherwise holding public authority or *de facto* representing the Government, to support or fulfill the war efforts. Indeed, the Chamber recalls that Article 4 of the Statute also applies to civilians». TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akeyesu, TC), parág. 640. El criterio fue confirmado en TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC), parág. 174 y ss.
- ²¹⁵⁶ Cf. *Mettreux*, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), pág. 38 y ss.
- ²¹⁵⁷ Cf. el número marginal 998 y ss. La Sala de Apelaciones del TFSI ha confirmado que las obligaciones bajo el derecho internacional humanitario se aplican a todas las partes de un conflicto armado, y por lo tanto también a grupos armados hostiles a un gobierno en particular. Cf. TFSI, decisión de 31 de mayo de 2004 (Norman, AC), parág. 22.

²¹⁵⁷ Cf. *Pictet* (editor), *Geneva Convention IV* (1958), pág. 211 y s. Con ello se comprende tanto a órganos estatales. Cf. acerca de esta distinción Ipsen, en: Ipsen (editor), *Völkerrecht*, 5ª edición (2004), §40 números marginales 3 y ss. y 10 y ss. Sobre la responsabilidad individual de personal militar privado, cfr. *Lehmann*, *European Journal of International Law* 19 (2008), pág. 1015 y ss.

el marco de sus actividades cometen acciones que corresponden a la descripción de un crimen de guerra, la conexión entre su actuar y el conflicto armado puede ser afirmada, sin que sea determinante la concordancia del hecho con la política oficial de una de las partes del conflicto o que exista una estrecha conexión temporal o espacial con las operaciones militares²¹⁵⁸.

1012. La posición del autor no es, empero, la única circunstancia que puede servir de fundamento a la relación funcional entre el hecho y el conflicto armado. Al menos desde la Segunda Guerra Mundial es reconocido que crímenes de guerra pueden ser cometidos también por civiles²¹⁵⁹. Una relación funcional existe por ejemplo cuando el hecho ha sido ordenado o tolerado por una de las partes del conflicto²¹⁶⁰, porque eso muestra que la parte de que se trata hace de hechos de esa índole un componente de su política²¹⁶¹. Desde la Segunda Guerra Mundial se han dictado condenas contra personas privadas por hechos que no habían sido ordenados ni tolerados por una de las partes del conflicto²¹⁶². Esto se debe a que una serie de disposiciones del derecho

²¹⁵⁸ También a este respecto se distingue entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Estos últimos requieren un ataque generalizado o sistemático. Los principios para la determinación de la relación entre el acto particular y el ataque generalizado o sistemático contra la población civil en los crímenes contra la humanidad elaborados por el TPIY (cfr. al respecto número marginal 798 y ss.), no pueden, por lo mismo, ser aplicados a los crímenes de guerra. El hecho de que un crimen de guerra no deba necesariamente coincidir con la política oficial de cada parte del conflicto queda de manifiesto también en el art. 8.1 del Estatuto de la CPI, que le otorga a la Corte competencia para juzgar crímenes de guerra incluso cuando no sean «parte de un plan o políticas». De ello se sigue que también en esos casos pueden existir crímenes de guerra.

²¹⁵⁹ Cfr. *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Criminal Law, tomo I (2005), pág. 573; véase también *Kittichaisaree*, International Criminal Law (2001), pág. 133; *Levié*, *Terrorism in War* (1993), pág. 433 y s. La jurisprudencia del TPIR reconoce también que personas privadas pueden cometer crímenes de guerra. Vid. TPIR, sentencia de 1 de junio de 2001 (Akayesu, AC), párag. 425 y ss.; TPIR, sentencia de 27 de enero de 2000 (Musema, TC), párag. 274 y s.; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semanza, TC), párag. 358 y ss.; TPIR, sentencia de 22 de enero de 2004 (Kamuhanda, TC), párag. 725 y ss.

²¹⁶⁰ *Pictet* (editor), Geneva Convention IV (1958), pág. 212. Cfr. en general sobre responsabilidad del Estado por la conducta de personas privadas *Sperduti*, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo IV (2000), pág. 216; *Zemanek*, en: Bernhardt (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, tomo IV (2000), 219, pág. 224 y ss.

²¹⁶¹ TPIY, sentencia de 7 de mayo de 1997 (Tadić, TC), párag. 574 y s. En estos casos, el autor podría ser por regla general un agente en el sentido del art. 29 del IV. Convenio de Ginebra, de modo que la relación con el conflicto armado existiría ya por este motivo.

²¹⁶² Cfr. especialmente el denominado *Essen Lynching Case*, British Military Court Essen, sentencia de 22 de diciembre de 1945, en: UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals I* (1947), pág. 88 y ss. En este proceso fueron condenados por crímenes de guerra, entre otros, tres civiles que habían matado a prisioneros de guerra aliados. Cfr. también el

internacional humanitario obligan de forma inmediata a individuos²¹⁶³. Por eso, en casos específicos puede existir una relación funcional entre el hecho y el conflicto aun sin la imputación del hecho a una de las partes del conflicto. Por el contrario, el mero aprovechamiento de conductas bélicas por privados para la comisión de un delito no es suficiente²¹⁶⁴.

1013. Cuando el autor actúa por motivos personales, que hacen pasar la conexión con el conflicto a un segundo plano, el derecho aplicable es un punto discutido²¹⁶⁵. Este interrogante se presenta, por ejemplo, cuando un soldado de guardia mata a un prisionero de guerra por celos. También aquí es decisiva la relación funcional entre el hecho y el conflicto armado: el peligro específico al que está expuesto un prisionero de guerra surte también efecto cuando el soldado de guardia tiene motivos personales para causar daño al prisionero²¹⁶⁶. El fin protector del derecho penal internacional concierne a todos los casos en que la situación de peligro específica hace posible o facilita el hecho.

V. Aspecto interno del hecho

1. El conocimiento del autor acerca del conflicto

1014. Los Elementos de los Crímenes para los tipos penales de crímenes de guerra señalan que el autor debe tener conocimiento de las circunstancias de hecho de las que resulta el conflicto armado. La introducción a los Elementos de los Crímenes precisa a este efecto que una valoración jurídica de esas circunstancias por el autor no sería necesaria. La existencia de un conflicto armado no es sólo una condición objetiva de punibilidad o una condición para la competencia de la Corte, sino que debe reflejarse también en la representación del autor²¹⁶⁷.

denominado Caso «Zyklon B», British Military Court Hamburg, sentencia de 8 de marzo de 1946, en: UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals I* (1947), pág. 93 y ss.

²¹⁶³ Cfr. por ejemplo el art. 18.2 del II. Convenio de Ginebra, cfr. también *David*, *Principes de droit des conflits armés*, 3ª edición (2002), número marginal 1.195 y 4.65.

²¹⁶⁴ Cfr. TPIR, sentencia de 26 de mayo de 2003 (Rutaganda, AC), párag. 570.

²¹⁶⁵ Cfr. *Dörmann*, en: Fischer/Kress/Lüder (editores) *International and National Prosecution of Crimes Under International Law* (2001), 95, pág. 103; *Fischer*, en: Kink McDonald/Swaak-Goldman (editoras), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, tomo 1 (2000), 67, pág. 82.

²¹⁶⁶ Otra opinión sostiene *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, tomo I/3, 2ª edición (2002), pág. 1070; *Dörmann*, *International Review of the Red Cross* 82 (2000), 771, pág. 780.

²¹⁶⁷ *Dörmann*, *International Review of the Red Cross* 82 (2000), 771, pág. 779 y ss. El TPIY entiende la existencia de un conflicto armado más bien como condición para su

