

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE
RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL
INTERNACIONAL: *Contribuciones del
caso Radislav Krstic***

Memoria para optar al Grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR :

ALEJANDRA ANDREA VALLEJOS MORALES

PROFESORA GUÍA: CECILIA MEDINA QUIROGA.

Santiago, Chile 2004

RESUMEN . . .	5
CAPITULO I PRESENTACIÓN . .	6
Introducción . . .	6
Objetivo y metodología de la investigación . . .	7
CAPÍTULO II EL GENOCIDIO COMO UN CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD . .	9
Presentación de los criterios metodológicos . . .	9
Crímenes contra la humanidad . . .	9
Orígenes del derecho positivo: el TMI . . .	9
Los desafíos del proceso codificador . . .	11
Tribunales Internacionales. . .	15
El Genocidio . . .	26
Antecedentes: el delito de persecución . . .	27
Consagración positiva del delito de genocidio: desde Nuernberg hasta hoy . . .	31
Análisis de sus elementos típicos: Distinciones preliminares . . .	39
Hacia un concepto de genocidio . . .	48
La persecución y el genocidio . . .	50
Síntesis capitulo . . .	51
CAPITULO III ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL PENAL INTERNACIONAL . .	52
Introducción general derecho penal . . .	52
Nociones preliminares sobre la imputación de la responsabilidad individual penal internacional . . .	52
Autoría, Participación y ejecución de un plan común. . .	52
Atribución de responsabilidad penal individual internacional: análisis del derecho positivo . . .	56
Atribución de responsabilidad individual ¹²⁷ . . .	56
La atribución de la responsabilidad individual y los crímenes . . .	63
Síntesis . . .	64
Introducción al marco histórico del conflicto. . .	65
Criterio metodológico. . .	65
Marco histórico del conflicto Yugoslavo. . .	65
Génesis de la doctrina del emprendimiento conjunto. . .	66
Precedente: El caso Dusko Tadic . . .	66
Cuestión preliminar: Distinción entre el artículo 6.1 (7.1) y 6.3 (7.3) de los Estatutos de los Tribunales <i>ad hoc</i> ¹⁶³ . . .	70
¿Es necesaria la distinción entre complicidad y coautoría para la aplicación de la doctrina del emprendimiento conjunto? . . .	74
El caso de Radislav Krstic . . .	80
Presentación de los hechos ¹⁹⁴ . . .	80
El emprendimiento conjunto y la intención genocida: El fallo del Tribunal Oral de 02.08.01 . . .	81

El emprendimiento conjunto como una manera de atribuir responsabilidad por cometer el delito de genocidio: el fallo del tribunal de apelación del 19.04.04. . .	85
El emprendimiento conjunto como un nuevo enfoque para determinar la participación en el delito de genocidio. . .	88
CAPITULO VI CONCLUSIONES . .	90
BIBLIOGRAFÍA . .	92
ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC . .	105
ANEXO NÚMERO 2 PARTIDOS POLÍTICOS . .	118

RESUMEN

Debido a diversos sucesos de conocimiento mundial, la atribución de la responsabilidad individual penal internacional ha pasado a ocupar un papel preponderante en los debates de derecho internacional.

Juzgar y castigar a los presuntos responsables de crímenes internacionales ha pasado a ser uno de los principales objetivos de la comunidad internacional.

En la presente investigación se desarrolla la atribución de responsabilidad de un delito en particular: el genocidio. Se analizan sus elementos jurídicos relevantes y, a través de las contribuciones de un caso de derecho internacional ante el Tribunal ad hoc para la Ex Yugoslavia, Krstic, se pretende, exponer los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales que dilucidan una mayor comprensión del mismo.

Para desarrollar la atribución de responsabilidad, se ha dado especial énfasis a la utilización de la denominada 'Doctrina del emprendimiento conjunto' que ha venido recibiendo una incipiente aplicación ante el Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia para determinado

CAPITULO I PRESENTACIÓN

Introducción

El 16 de octubre de 1998, el juez español Baltasar Garzón, dictó un auto de prisión provisional y libró una orden de detención internacional en contra del ex comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas chilenas, Augusto Pinochet Ugarte (en adelante el acusado).

La acusación afirmaba que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de diciembre de 1983, bajo el gobierno de facto del acusado, se habría asesinado a ciudadanos españoles además de haberse cometido genocidio, terrorismo y torturas. A partir de esta imputación criminal, inmediatamente comenzó un despliegue informativo, político y jurídico en relación con temas como las inmunidades diplomáticas, la extradición (Francia, Suiza, España y Bélgica la solicitaron) y la aplicación del principio de jurisdicción universal.

A pesar de todo este despliegue, el acusado no fue extraditado a España por razones de salud según lo anunció el Ministro Británico Straw el 12 de Enero de 2000, ni fue enjuiciado en Chile, porque el 09 de julio de 2001 todos los trámites legales terminaron en un fallo tajante; el acusado sería sobreseído temporalmente, mientras la condición alegada

por la defensa, “*demencia subcortical de orden vascular de grado moderado*”¹ fuese aceptada por la Corte de Apelaciones Chilena. Pero, ¿Qué habría sucedido si el acusado hubiere enfrentado un juicio?

¿Cómo se hubiese atribuido la responsabilidad individual internacional? ¿Cómo se hubiesen fijado los parámetros para temas como el grado de conocimiento exigible para cometer un delito, la relevancia de la posición de la autoridad militar, la obediencia de los subordinados y la gravedad de los delitos cometidos cuando existen varias personas involucradas? ¿Cómo se regula la intervención de varias personas al cometer un delito?

Esta preocupación por entender la atribución de la responsabilidad individual por cometer determinados delitos de trascendencia internacional cuando intervienen varias personas, me llevó a estudiar los fallos de los únicos tribunales internacionales contemporáneos que se encargan de resolver este tipo de problemas, a saber, los tribunales *ad hoc* para Ruanda y para la ex Yugoslavia (en adelante ICTR e ICTY respectivamente).

A medida que examinaba estas sentencias, me fui interesando por las características de las violaciones de un delito en particular: el genocidio, porque es un crimen contra la humanidad que presenta caracteres relevantes desde el punto de vista de su tipicidad; atenta contra la vida de un grupo de personas previamente caracterizado y no sobre la de un individuo en particular. Además, desde la creación de la Convención contra el Genocidio de 1948, se han venido discutiendo los criterios para fijar la atribución de la responsabilidad penal individual, para determinar qué tipo de grupos están protegidos, cómo se les protege y los límites de su protección. Criterios que aún no se encuentran claramente definidos.

¹ Considerando 6 letra d) de la sentencia dictada por los Ministros Cornelio Villaroel Ramírez, Hugo Dolmestch Urrea y Doña Amanda Valdovinos Jeldes, en la que se decide por dos votos contra uno, el sobreseimiento temporal del acusado. Corte Apelaciones, Santiago, Chile. 09 de julio de 2001. Redactada por el Ministro Cornelio Villaroel Ramírez.

Para lograr un análisis crítico de este delito, y cómo se puede atribuir responsabilidad por cometerlo, salvando obstáculos de definiciones y probables confusiones respecto de sus elementos del tipo, en este trabajo presento el primer caso ante estos dos tribunales ad hoc, que analiza el delito de genocidio y su participación, a través de la denominada doctrina del emprendimiento conjunto².

Sin perjuicio de ello, previamente me ha parecido importante introducir nociones básicas de derecho penal internacional para los efectos de lograr una mayor precisión en el análisis crítico.

La razón para desarrollar el examen de la atribución de la responsabilidad penal internacional a través de un caso práctico, y en especial de Radislav Krstic, ha sido fundamentalmente porque se trata del primer caso condenado por el delito de genocidio ante los tribunales *ad hoc* y, porque además facilita de un modo práctico y metódico, a través de su interesante lógica, la exposición de mis ideas.

Finalmente, he decidido investigar este tema porque considero que es muy importante que el derecho internacional penal sea capaz de definir los límites de procesamiento de individuos para cumplir con la promesa del nunca más³, de lo contrario, la imaginación humana seguirá venciendo y escapándose a esta proposición.

Objetivo y metodología de la investigación

En esta investigación desarrollo dos temas principales: el crimen de genocidio y la atribución de la responsabilidad penal individual internacional. Ambos temas los analizo desde el punto de vista doctrinario, del derecho positivo y desde el punto de vista de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Luego, como una manera de vincular ambos temas, presento el caso de Radislav Krstic.

Mi objetivo es demostrar, a partir de las contribuciones del caso Krstic y del análisis que éste presenta sobre la atribución de responsabilidad individual internacional por haber cometido el delito de genocidio a través de la doctrina del emprendimiento común, las distinciones que deben hacerse al momento de atribuir responsabilidad por haber cometido el delito de genocidio. En otras palabras, me interesa definir los límites del tipo genocida y la manera en que se puede atribuir responsabilidad por haberlo cometido.

Para lograr este objetivo, en el marco teórico general del derecho positivo, me refiero a los términos del Tribunal Militar de Nuernberg (en adelante TMI), el ICTY, el ICTR, El Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante Proyecto de Código de la CDI) y la

² Los términos en inglés son "*Joint criminal enterprise*" los que si se traducen de manera literal quedan como "Empresa criminal conjunta". A pesar de ello, y para obtener una mayor rigurosidad dogmática, prefiero utilizar el término del autor Kai Ambos quien alude a esta doctrina en un interesante trabajo bajo los términos de "emprendimiento conjunto". Al respecto ver: Ambos, Kai. Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya. EN: <http://www.tsjngo.com.mx/revistas/rev59/kai.htm>.

³ Este propósito se refleja en la carta de la ONU en la que se señala en su preámbulo: "...a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles." Carta de las Naciones Unidas. EN: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>

Corte Penal Internacional (en adelante CPI) porque se trata de instrumentos de relevancia internacional que regulan responsabilidades individuales a través de distintos enfoques.

Para las traducciones de estas Convenciones, salvo mención en contrario, utilicé todos los documentos oficiales de las Naciones Unidas.

En el marco teórico general doctrinario del delito, es importante destacar que he decidido utilizar el término *mens rea* para referirme al elemento mental o subjetivo requerido para cometer crimen, y *actus reus* como el elemento material u objetivo. Esto porque, desde un punto de vista de la dogmática de derecho internacional, sus orígenes provienen del derecho común además del continental, por lo tanto, esta es una nomenclatura más genérica que me permite enfrentar el tema de una manera más rigurosa.

Respecto del análisis del caso de Radislav Krstic, he separado la lógica utilizada ante el Tribunal Oral de aquella utilizada ante el tribunal de apelación, para distinguir de qué manera se puede utilizar la doctrina del emprendimiento conjunto y cuáles son las confusiones que se pueden cometer.

La razón de la selección de este caso descansa en que desarrolla, dentro de los casos que investigué que se detallan en el anexo número uno de esta investigación, de manera excepcional los temas de la doctrina del emprendimiento conjunto como criterio de atribución de responsabilidad por haber cometido el delito de genocidio, además de ser el primero en condenar a un individuo por el mismo.

Finalmente, debo advertir que utilicé los casos publicados en la página oficial de Internet de ambos tribunales, página que advierte que las publicaciones no son oficiales y que en las notas de pie de página he citado los textos en su idioma original, pero entre paréntesis los he traducido.

CAPÍTULO II EL GENOCIDIO COMO UN CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Presentación de los criterios metodológicos

Para situar al delito de genocidio dentro de su contexto jurídico, me referiré exclusivamente al régimen positivo para reprimir crímenes contra la humanidad, porque el delito de genocidio es la especie dentro de éstos. Por ende, descarto un análisis a los crímenes de guerra, contra la paz u otros más específicos.

Al vincular a los crímenes contra la humanidad con el delito de genocidio, me parece importante previamente referirme al crimen de persecución para advertir las similitudes doctrinarias que presenta con el genocidio.

Esta insistencia, de comparar el delito de genocidio con los crímenes contra la humanidad, y en especial el delito de persecución, tiene dos objetivos:

Respecto del crimen: Destacar los elementos característicos del genocidio y los problemas que existen para probarlos. Mi objetivo aquí es demostrar que la intención discriminatoria genocida puede ser probada de la misma manera que la intención persecutoria.

Respecto de la atribución de responsabilidad individual: Comparar la manera en que se atribuye responsabilidad individual por cometer crímenes contra la humanidad y por cometer el delito de genocidio. Mi objetivo aquí es destacar las confusiones que existen entre lo que es atribuir responsabilidad individual, de lo que es distinguir los elementos constitutivos del delito; una cosa es determinar el nivel de participación individual en el delito y otra muy distinta, determinar el nivel del *mens rea* requerido para cometer el delito (intención de destrucción como característica especial del delito).

Ambos objetivos descansan sobre la premisa que el delito de genocidio es un crimen contra la humanidad, cuya génesis fue paralela al delito de persecución.

Finalmente, sólo abarcaré los casos en que los crímenes han sido cometidos por individuos ya sea en su capacidad oficial o no, por lo tanto, la responsabilidad internacional que eventualmente pueda adquirir el Estado no será tratada⁴.

Crímenes contra la humanidad

Orígenes del derecho positivo: el TMI

⁴ Algunos autores exigen como requisito indispensable que los crímenes contra la humanidad sean cometidos por agentes estatales porque existiría una relación entre los caracteres de generalizado y/o sistemático con la participación del Estado, pero más adelante expongo que ello no implica, y de allí su relevancia, que el aparato estatal siempre esté presente cuando se cometen los crímenes contra la humanidad.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el término “leyes de la humanidad” se viene utilizando desde las Convenciones de la Haya de 1899⁵ y 1907⁶ a través de la llamada Cláusula *Martens*. Esta cláusula fue una manifestación de la intención de los países para respetar y adoptar normas básicas humanitarias mientras no existiera un conjunto de normas de carácter internacional que regulasen a un conflicto armado. Los términos de esta cláusula son:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

Por lo tanto, la Cláusula Martens es la primera norma jurídica de carácter internacional en establecer obligaciones para los Estados durante la guerra⁷ para casos no previstos en el derecho humanitario internacional.

Sin embargo, es en el Acuerdo de Londres de 1945 (alcanzado luego de la Segunda Guerra Mundial por el Reino Unido, Estados Unidos, el Gobierno provisional de Francia y el Gobierno de la URSS) en donde por primera vez se hace una clasificación de estas leyes con la consecuente calificación de los tipos del derecho internacional penal para procesar y castigar a los criminales de la Segunda Guerra Mundial.

Esta calificación, se consagra en la Carta del Tribunal Militar Internacional de *Nuernberg* que está compuesta por 19 artículos. En su artículo 6⁸ se contemplan los crímenes internacionales y se clasifican en: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Los crímenes contra la humanidad, que son las violaciones a la dignidad de las personas entendiéndose por éstas a la población civil protegida por los Convenios de Ginebra⁹ y sus Protocolos adicionales, quedan contemplados en los siguientes términos:

⁵ Convención relativa a las leyes y costumbres de la Guerra terrestre y su anexo (II) La Haya, 29 de julio 1899.

⁶ Convención relativa a las leyes y costumbres de la Guerra terrestre (IV). La Haya 18 de octubre de 1907.

⁷ Así EN: *The law of War Crimes. National and International Approaches*. Edited by Timothy L.H. McCornick and Gerry J. Simpson. Kluner Law International, 1997. Página 43.

⁸ Los crímenes contra la paz y de guerra fueron definidos en los siguientes términos: “a) *Crímenes contra la paz: es decir, planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes.* b) *Crímenes de guerra: es decir, violación de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de problemas civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos, asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes; despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; devastación no justificada por necesidades militares.*” EN: *Instituciones de derecho internacional público*. Decimotercera edición. 2000. Diez de Velasco. Página 741.

⁹ Éstos son: Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para: **1.** Aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; **2.** Aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; **3.** Relativo al trato debido de los prisioneros de guerra y, por último, **4.** Relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempos de guerra. **Protocolo Adicional I** relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados Internacionales y el **Protocolo Adicional II** relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional.

“... c) *Crímenes contra la humanidad: es decir, asesinatos, exterminación, reducción a esclavitud, deportación o cualquier otro acto inhumano cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra*¹⁰ *o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, siempre que tales actos o persecuciones, constituyan o no una violación de las leyes del país donde han sido perpetrados hayan sido cometidos como consecuencia de o en relación con un crimen que caiga dentro de la competencia del tribunal.*”

El fundamento para poder clasificar a este tipo de crímenes descansa en que el grupo de víctimas protegidos es exactamente igual a los crímenes de guerra, con la sola diferencia que esta vez la nacionalidad del ofensor puede ser la misma o una diferente a la de la víctima.

Si bien este artículo no define a los crímenes contra la humanidad teniendo un carácter descriptivo, igual divide en dos grupos a este tipo de crímenes enumerando las ofensas que lo constituyen:

“... *asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, y*”

“... *persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos,...*”

La relevancia de esta clasificación es que se consagró de manera separada a la persecución nazi en el número segundo, lo que se explica por las circunstancias de la época.

Estas circunstancias también se reflejan, en lo que respecta a la participación individual en cada uno de los crímenes, pues al final de este artículo se contempla:

“*Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes.*”

Finalmente, sobre la jurisdicción, es importante destacar que el TMI fue el primer tribunal internacional encargado de atribuir responsabilidad a individuos por haber cometido crímenes contra la humanidad como crímenes internacionales. Y sobre la jurisdicción *rationae temporae*, debe advertirse que este tribunal sólo conoció de los crímenes en la medida que fuesen un complot o plan concertado, por lo tanto, no tuvo competencia sobre las persecuciones antes de 01 de septiembre de 1939.

Los desafíos del proceso codificador

Efectos de la II Guerra Mundial

¹⁰ Como puede advertirse, luego de la palabra guerra sigue una coma (el destacado y subrayado es mío). Esta coma es de suma importancia porque en el texto original se incluía un punto y coma lo que para muchos significó que sólo los crímenes enumerados luego del punto y coma serían de jurisdicción del tribunal. Sobre la discusión que se generó si luego de la palabra guerra debía seguir una coma o un punto y coma y cuáles serían sus fundamentos y repercusiones VER: M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity* Págs. 552 y ss. EN: *International Criminal Law*. 2ª Ed. Vol. I crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY. 1999. Lo importante es que finalmente el punto y coma fue sustituido por una coma en el acuerdo de Berlín de 06 de octubre de 1945, por lo que todos los crímenes quedan bajo la jurisdicción del tribunal (nexo con la guerra).

El Estatuto de *Nuernberg* introdujo un requisito general para los crímenes contra la humanidad llamado “nexo con el conflicto armado” (*war nexus*), el que exige, para poder atribuir responsabilidad por cometer un delito, que sea cometido antes o durante la guerra.

La razón para exigir este vinculo se debió a que de esa manera se restringió la jurisdicción temporal del TMI, porque se le limitaba a los crímenes cometidos luego de 1939. Esta limitación es lógica si se piensa que este fue el primer intento histórico para codificar normas imperativas internacionales para enjuiciar a individuos responsables de cometer determinados crímenes.

Con posterioridad, para otorgar uniformidad a lo establecido por el TMI, la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, que era una ley nacional cuya intención era enjuiciar a los criminales alemanes, en su Art. II (c) volvió a definir a los crímenes contra la humanidad, y esta vez incluyendo nociones como las de tortura y encarcelamiento entre las ofensas, bajo los siguientes términos:

*“Atrocidades y ofensas que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra de cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraron.”*¹¹

Debe destacarse que esta ley no exigió un nexo entre los crímenes contra la humanidad y el conflicto armado, sino que fundamentó la definición de este tipo de crímenes sobre la base de su gravedad.

Como se introdujo este nuevo fundamento para describir a este tipo de crímenes, la jurisprudencia posterior fue vacilante para considerar cuál elemento sería más importante dentro de estos crímenes, si la gravedad del crimen cometido o el vínculo existente con la guerra¹².

Finalmente, tiene importancia la VII Conferencia para la unificación del Derecho Penal celebrada en Bruselas los días 10 y 11 de Julio de 1947¹³ porque sería la primera vez, luego del TMI, que existe un esfuerzo imparcial para definir a estos crímenes. Imparcial, porque es un instrumento que no es una reacción directa a una guerra, sino que un intento para la codificación de este tipo de crímenes¹⁴.

En esta Conferencia se planteó como concepto de crímenes contra la humanidad el siguiente:

“Comete un crimen contra la humanidad: Quien abusando del poder soberano del Estado, del cual es detentador, órgano o protegido, priva sin derecho, en razón de su nacionalidad, de su raza de su religión o de sus opiniones a un individuo, un grupo de

¹¹ EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm> . La traducción es mía.

¹² Para ver la evolución jurisprudencial VER: Van Schaack. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. 37 Colum. J. Transnat'l L. 787, 1999.

¹³ Si bien con anterioridad ya se había celebrado la conferencia en Varsovia en noviembre de 1927, en Roma en 1928, en Bruselas en 1930, en París en 1931, en Madrid 1933, en Copenhague 1935 y en El Cairo 1938, éstas trataron sobre otro tipo de temas como por ejemplo, extradición, terrorismo, piratería, trata de esclavos, trata de mujeres y niños, abandono de familia, delitos políticos entre otros. Al respecto VER: . Luis Jiménez de Asúa. Tratado de derecho Penal. Tomo II. Filosofía y ley penal. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1950. Págs. 948 – 949.

¹⁴ *Op. Cit* 13, Pág. 979.

individuos o a una colectividad de uno de sus derechos elementales correspondientes a la persona humana, es decir:

el derecho a la vida

el derecho a la integridad corporal y a la salud,

el derecho a la libertad individual,

el derecho a fundar una familia,

el derecho de ciudad,

el derecho al trabajo libre, suficientemente remunerado, para asegurar la subsistencia del individuo y de su familia,

el derecho a perfeccionarse, a instruirse y a profesar su religión o una opinión filosófica”.

La importancia de este significado es que da relevancia a un tercer fundamento general a considerar para todos estos crímenes: el elemento discriminatorio, es decir, alguno de estos crímenes debe cometerse “en razón de”.

En síntesis, el problema que surge a raíz de estas definiciones, es determinar el elemento que ha de considerarse como fundamental en la descripción de los crímenes contra la humanidad; si la gravedad del crimen cometido o que exista un vínculo con el conflicto armado. Para ver cómo se fue resolviendo esta interrogante, pasaré a analizar su evolución positiva.

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

En 1945 la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) creó la CDI con el propósito que ésta desarrollara el derecho internacional y su codificación¹⁵.

En 1950 esta Comisión, al comentar los principios reconocidos en la Carta del TMI¹⁶, decidió omitir la frase del Estatuto de *Nuernberg* que señalaba “*antes o durante la guerra*” para calificar a los crímenes contra la humanidad, porque estimó que ésta se refería al conflicto armado de 1939 la que era una limitación temporal del TMI, limitación que ahora no era necesaria. Por lo tanto, esta Comisión advirtió que este tipo de crímenes puede ser cometido antes de la guerra e inclusive en conexión con los crímenes contra la paz¹⁷.

En la actualidad, esta caracterización de los crímenes contra la humanidad, se refleja en el Proyecto de los crímenes contra la Paz y la Seguridad (1996) que consagra a este tipo de crímenes en su Art. 18 bajo los siguientes términos (el subrayado es mío):

“Crímenes contra la humanidad:

Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

Asesinato;

Exterminio;

Tortura;

¹⁵ AG/Res.174/1945.

¹⁶ 1950 U.N. GAOR, 5th Sess, Supp. No. 12 (A/1316).

¹⁷ Van Schaack, Beth. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Vid supra* nota 12.

Sujeción a esclavitud;

Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;

Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y extraña graves desventajas para una parte de la población;

Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;

Encarcelamiento arbitrario;

Desaparición forzada de personas;

Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;

*Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.*¹⁸ ”

En los comentarios a los artículos de este proyecto, la CDI destaca dos nuevos requisitos para este tipo de crímenes:

Debe ser un crimen cometido de manera generalizada o sistemática (el subrayado es mío; es un requisito alternativo).

Al desglosar el carácter generalizado de estos delitos, en los comentarios se analiza la función que ha de recibir el plan preconcebido o política común. Sobre este análisis es importante advertir que la política común no es un elemento adicional que deba probarse, sino que tiene por objeto excluir actos cometidos por un solo individuo en contra de otro, es decir, sirve para excluir actos arbitrarios o aislados.

El crimen debe estar instigado o dirigido por un gobierno o por una organización política o grupo.

Este requisito es para excluir al individuo que lleva adelante su propio plan movido por razones personales sin el impulso de un gobierno, grupo u organización. Nuevamente el fundamento es para excluir actos arbitrarios o aislados como crímenes contra la humanidad.

Después de analizar estos comentarios puede deducirse que los desafíos que surgen para definir este tipo de crímenes son:

Cómo determinar que no se trata de un acto aislado y;

Cómo se vinculan los caracteres alternativos de generalizados o sistemáticos con la intervención de un conjunto de individuos que cometen el crimen.

Los criterios para vincular estos desafíos pueden tener incidencia en la carga probatoria de una de las partes, en caso de que, por ejemplo, se concluya que por haber personas o grupos involucrados, debería probarse un plan previo común entre los individuos que intervienen.

Por el momento, y como puede deducirse de lo apuntado, los requisitos exigidos por la CDI más bien se dirigen a descartar elementos personales aislados para la perpetración de los delitos al exigir que sean generalizados o sistemáticos y, no a definirlos sobre la base de una política común previa; reitero, la política común como requisito es para excluir actos individuales aislados, pero no es un elemento del crimen a considerar.

¹⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º Periodo de Sesiones, mayo 06 julio a julio 26 de 1996, Doc. U.N. A/51/10; pp. 10 a 129. (El subrayado es mío).

Finalmente, de todo lo anterior se puede deducir que la CDI se encarga de eliminar, como elemento del crimen, el vínculo con el conflicto armado, porque lo importante sería incluir los requisitos alternativos de generalizado o sistemático y además, la instigación de un gobierno o grupo, como exclusión de un acto aislado.

Tribunales Internacionales.

Tribunal Internacional *ad hoc* para la Ex Yugoslavia (ICTY¹⁹)

Orígenes²⁰

La resolución 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de la ONU, aprobó lo solicitado por la resolución 808 para crear un tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. El objetivo es enjuiciar a los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

La sede de este tribunal se encuentra en la Haya, Holanda. Está conformado por 16 jueces que duran 4 años en sus cargos que se dividen por cada Tribunal Oral en 3 jueces y para las Cortes de Apelación en 7 jueces.

Hasta el 29.01.04, 91 acusados habían sido presentados ante este tribunal y 25 de éstos ya habían recibido sentencia final.

Jurisdicción

Aspectos generales

En este tribunal se aplica el principio de primacía sobre las jurisdicciones nacionales basada en una cooperación internacional. (Art. 29).

Su jurisdicción es la siguiente:

Temporal: Se enjuiciarán a las personas responsables por las violaciones cometidas contra el derecho humanitario internacional desde el 01 de Enero de 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia. (Art. 1 y 8).

Material: La jurisdicción de este tribunal recae sobre las violaciones graves a los Convenios de Ginebra, las trasgresiones a las leyes y las costumbres de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad.

Personal: Tiene jurisdicción sobre las personas naturales (Art. 7). Se niega la inmunidad a las personas que se detallan en los artículos 2 a 5 y que incluso ocupan un cargo oficial.

Territorial: Violaciones cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia (Art. 1)

Crímenes contra la humanidad

Los crímenes contra la humanidad se encuentran tipificados en el Art. 5 de su Estatuto en los siguientes términos:

¹⁹ Para el contexto histórico – político y las circunstancias sociales de la época **VER: PROSECUTOR V. DUSKO TADIC, CASE N° IT- 94- 1 “PRIJEDOR” Fallo del 07.05.97 P. 55 y siguientes.**

²⁰ En el capítulo IV me encargo de explicar el contexto histórico en el que este tribunal fue creado.

“ Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos²¹ “

De este artículo se desprende que el concepto que tiene este tribunal de los crímenes contra la humanidad es que son aquellos delitos cometidos en el contexto de un conflicto armado, ya sea internacional o interno, y dirigido en contra de la población civil, cometiéndose uno de los actos enumerados.

Sobre la exigencia del vínculo con el conflicto armado y si éste se mantiene o no como elemento del crimen, se debe destacar, partir de la jurisprudencia que se relaciona este requisito con el estado mental del acusado, es decir, se relaciona con el *mens rea*, porque se le exige que tenga conocimiento del contexto general en el que se llevaron a cabo sus actos²². Por el momento, debe destacarse que este nexo se habría mantenido para fijar el límite de jurisdicción temporal del Tribunal.

Finalmente, debe destacarse que se omite la mención al carácter de generalizado o sistemático, sin perjuicio que, como posteriormente se analiza, la jurisprudencia exige este requisito y nuevamente vincula este carácter al conocimiento del individuo del contexto generalizado en que ocurrieron los sucesos. Es decir, relaciona los caracteres alternativos con el *mens rea* del sujeto.

Tribunal Internacional *ad hoc* para Ruanda (ICTR)

Orígenes

La resolución 955 del 08 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de la ONU crea el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (con el voto contrario de Ruanda²³ y la abstención de China).

²¹ Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 827, 25 de mayo de 1993. EN : <http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList103/359A243770827F3DC1256DE100597679> En el sitio web del tribunal se encuentra la traducción en inglés: <http://www.un.org/icty/legaldoc/index.htm> .

²² Más adelante en el análisis de las violaciones generalizadas y sistemáticas me encargo de fundamentar estas consideraciones.

²³ La negativa de Ruanda básicamente se basó en argumentos de índole económica, competencia temporal amplia, autoridad de detención y encarcelamiento y la supresión de la pena de muerte en el estatuto del tribunal, pena que sí existe en Ruanda. VER:

Su sede se encuentra en Arusha, Tanzania y la composición de sus jueces es la que sigue: 3 en cada Tribunal Oral y 5 en los Tribunales de apelación de un total de 16 jueces. Hasta octubre de 2003 los acusados eran 70, 12 ya habían recibido condena y uno había sido absuelto.

Jurisdicción

Aspectos Generales

La jurisdicción de este tribunal es la siguiente:

Temporal: Para las violaciones cometidas entre el 01 de Enero de 1994 y 31 de Diciembre de 1994. (Art. 1 y 7).

Material: Violación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, genocidio²⁴ y los crímenes contra la humanidad. (Art. 2, 3 y 4).

Personal: La Corte tiene jurisdicción sobre las personas naturales (Art. 5). La responsabilidad recae sobre los individuos responsables por las violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda o por los ciudadanos ruandeses responsables de dichas violaciones cometidas en países vecinos.

Territorial: Violaciones cometidas en el territorio de Ruanda, extendiéndose además a los países vecinos en caso de que se trate de que las violaciones hayan sido cometidas por ciudadanos Ruandeses. (Art.1)

En cuanto a la relación con las jurisdicciones nacionales, tendrá primacía sobre las cortes nacionales de todos los Estados, pudiendo pedir la prórroga de la misma (Art.8). Esto además se debe a la aplicación del principio de cooperación que ha de existir entre los Estados con la Corte (Art.28).

Crímenes contra la humanidad

En el Art. 3 del Estatuto de este Tribunal, los crímenes contra la humanidad son definidos de una manera similar al ICTY, pero el preámbulo del artículo es distinto. Este artículo señala:

“ *Crímenes contra la humanidad*

El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:

- a) *Homicidio intencional;*
- b) *Exterminio;*
- c) *Esclavitud;*
- d) *Deportación;*

Oliver Dubois Las Jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional. Revista Internacional de la Cruz Roja, 01 de noviembre 1997, N° 144, Páginas 763 – 778.

²⁴ Debe destacarse que la ley interna de Ruanda (8/96 del 30.08.96) clasifica en diversas categorías a las personas que cometieron genocidio por actos cometidos entre el 01 de octubre de 1990 y 31 de Diciembre de 1994. Los clasifica en cuatro grupos según el grado de intervención y participación en el crimen. Es interesante señalar que considera en el primer grupo a aquellos individuos que cometieron actos de violencia sexual.

- e) *Encarcelamiento;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación;*
- h) *Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- i) *Otros actos inhumanos*²⁵ ”

La inclusión del elemento discriminatorio en el preámbulo del artículo puede inducir a pensar que todos los delitos incluidos en él requieren de tal intención. Este alcance, se examinará más adelante cuando me refiera al delito de persecución.

En síntesis, debe destacarse que los elementos del crimen son: que la ofensa sea masiva o sistemática y que sea dirigida en contra de la población civil sobre la base de los siguientes elementos discriminatorios: nacionalidad, o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas.

Estos elementos discriminatorios, como requisitos de las ofensas cometidas, serán analizados en este trabajo conjuntamente con el delito de persecución.

Corte Penal Internacional (CPI)

Introducción

Actualmente, existe sólo un tribunal de carácter internacional con competencia para juzgar a las personas que hayan cometido crímenes contra la humanidad, a saber, la CPI.

A pesar que analizar el Estatuto de la CPI no guarda relación directa con el tema de estudio de esta investigación, me ha parecido importante hacer una referencia a éste, porque representa una manifestación doctrinaria de cómo han de considerarse los crímenes contra la humanidad.

Orígenes

Fruto de grandes esfuerzos desde 1946 para procesar a individuos por crímenes internacionales, se creó en 1998 la Corte Penal Internacional.

El 17 de Julio de 1998 se celebró la Conferencia Diplomática de Roma que aprobó el Estatuto de la Corte o Estatuto de Roma²⁶ el que entró en vigor el 01 de Julio de 2002.

Con su sede en la Haya esta Corte está compuesta por 18 magistrados (Art. 36) que duran en sus cargos 9 años (artículo 36 n°9 letra a).

Estos jueces han sido elegidos y se dividen en dos categorías:

Lista A: Con experiencia en derecho y procedimiento penal. Son 10 y fueron elegidos en representación de los países latino americanos y del caribe (GRULAC), de los Estados Europeos del Oeste y otros grupos de Estados (WEOG), del grupo de Estados Africanos y del grupo de Estados Asiáticos.

²⁵ Resolución 955 del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994). EN: <http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/F4E61357F5FC2456C1256DE1005B0C81>

²⁶ 120 Estados a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. La votación se realizó de manera anónima y se deducen las partes opositoras a partir de las declaraciones posteriores. (VER: P. 146 EN: Sobre el fundamento de la Corte Penal internacional. Una visión al Estatuto de Roma. Kai Ambos. Universidad Externado de Colombia, 1999).

Lista B: Con experiencia en derecho humanitario intencional y los derechos humanos. Son 8 y fueron elegidos de los mismos grupos de Estados anteriores, salvo el Asiático.

Jurisdicción

Aspectos Generales

Temporal: Tendrá competencia sobre los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (Artículo 11). Respecto de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio su competencia es automática, es decir, desde el momento en que el Estado se hace parte del estatuto. En cambio, en el caso de los crímenes de guerra, ésta puede retrasarse por siete años si el Estado emite una declaración para durante ese tiempo, no aceptar la competencia de la Corte.

Material: La Corte tiene competencia sobre “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”, en especial sobre los siguientes crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. (Art. 5)

Personal: Sobre personas naturales (Art. 2).

Territorial: Sobre el territorio de cualquier Estado parte y, por un acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado que no sea parte. (Art. 4)

La jurisdicción de esta Corte está basada en el principio de la complementariedad (Art. 1 y párrafo 10 del preámbulo) con la competencia de los tribunales de cada país, sobretodo si el tribunal nacional pasa a ser un garante de inmunidad para los que cometieron el crimen (artículo 17), esto es, la Corte sólo ejercerá jurisdicción en el caso que el Estado no tenga la disposición o no pueda acusar a determinada persona.

En consecuencia, la relación con las jurisdicciones nacionales es diferente a los tribunales *ad hoc*, en cuanto a que éstos se atribuyen (y fueron creados para ello) la primacía de la competencia sobre determinados sucesos.

Crímenes contra la humanidad

El Estatuto de la Corte (también llamado Estatuto de Roma) en su artículo 7 define los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

“ *Crímenes de lesa humanidad*”

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “*crimen de lesa humanidad*” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) *Asesinato;*

b) *Exterminio;*

c) *Esclavitud;*

d) *Deportación o traslado forzoso de población;*

e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*

f) *Tortura;*

g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá 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 ese ataque o para promover esa política;

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede²⁷ .”

Como se advierte, aparte que por primera vez se da una definición de cada una de las ofensas, se dan los siguientes elementos para el crimen:

Que sea generalizado o sistemático (traducción de generalizado en inglés es *widespread*).

Debe tratarse de un ataque a la población civil.

La violación ha de ser producida “*con conocimiento de dicho ataque*”, es decir, se vincula al individuo con el ataque desde el *mens rea*.

En consecuencia, este Estatuto mantiene lo adelantado por la CDI al exigir un ataque en contra de la población civil con los caracteres alternativos de generalizados o sistemáticos. Además, ya no requiere el vínculo con el conflicto armado el que es sustituido por estos requisitos, y se relaciona al individuo con el ataque desde el punto de vista del *mens rea* requerido.

Debe destacarse que lo interesante que plantea el número 2 letra a) de este artículo, es que se une al ataque la noción de una política común o una organización previa a cometerlo, por lo tanto, se une el elemento de generalizado o sistemático, que es jurisdiccional, al conocimiento de dicho ataque, que es subjetivo. Es decir, no separa la noción de generalizado o sistemático de lo que significa una política común; la consecuencia de este enfoque será analizada bajo las advertencias que realizo a continuación en la consideración sobre las violaciones generalizadas o sistemáticas.

Finalmente, en cuanto a la enumeración de los crímenes, este Tribunal sigue lo ya adelantado por el TMI, y los tribunales *ad hoc*, pero contiene una definición más amplia del delito de persecución que la de estos tribunales y además, sólo respecto de este crimen mantiene el elementodiscriminatorio.

Esta caracterización del delito de persecución, bajo el elemento discriminatorio, es crucial para esta investigación, porque considero que este crimen es un antecedente importante que debe ser considerado antes de estudiar el delito de genocidio, delito que no debe olvidarse, es un crimen contra la humanidad.

Consideración final: Las violaciones generalizadas o sistemáticas y el conocimiento del contexto en el que se cometieron los actos.

Luego de este análisis del derecho positivo, me parece fundamental advertir aspectos sobre el carácter generalizado o sistemático que ha sido exigido a través del tiempo para los crímenes contra la humanidad, además del requisito que se sepa que se cometía el acto dentro de un contexto generalizado.

Que un crimen sea generalizado responde a la cantidad de víctimas involucradas y, que sea sistemático, a la repetición del patrón en la comisión del delito²⁸. Este requisito es indispensable para distinguir este tipo de ataques de los ataques aislados.

²⁷ A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998 enmendado por los procès – verbaux de 10.11.98, 12.07.99, 30.11.99, 08.05.00, 17.01.01 y 16.01.02. El Estatuto entró en vigor el 01.07.02. EN: [http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

²⁸ Sobre estas definiciones me parece acertada la que se da en el fallo de NIYITEGEKA, Eliezer (ICTR-96-14): “*Widespread*” is defined as massive or large-scale, involving many victims; “*systematic*” refers to an organized pattern of conduct, not a mere random

Porque, como ya se mencionó, que sea generalizado se refiere al ataque a gran escala y al número de víctimas, y que sea sistemático se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que sean actos aleatorios²⁹. Estos conceptos podrían inducir a considerar que un ataque aislado no constituye un crimen contra la humanidad, pero como se afirma en el caso Tadic ante el ICTY³⁰, esto no impide que se califiquen algunos actos aislados como crímenes contra la humanidad, si éstos tienen un nexo, vínculo o se presentan dentro de un sistema o plan total de ataques; lo que interesa es el carácter de masivo o sistemático.

Sobre estos caracteres, deben hacerse las siguientes advertencias: éstos pueden presentarse durante un conflicto armado, pero no necesariamente la situación de un conflicto armado deriva en que *ipso facto* sea masiva la violación, aunque generalmente así lo sea (piénsese por ejemplo, en los campos de concentración). Además, en tiempos de paz, el carácter sistemático de un crimen no necesariamente implica que el Estado esté involucrado aunque sí pueda ser un indicio³¹.

occurrence." 16.05.03 P. 439. ("Generalizado" es definido como masivo o a gran escala, implicando a muchas víctimas; "sistemático" se refiere a una pauta organizada de conducta, no a una mera ocurrencia.). La traducción es mía.

²⁹ Tadic Op. Cit. 19 07.05.97 P. 648: "*It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian 'population', and either a finding of widespread ness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils their requirement*" (Es, por lo tanto, el deseo de excluir a los actos aislados o aleatorios de la noción de los crímenes contra la humanidad lo que llevó a la inclusión del requisito que los actos se deban dirigir contra una 'población civil', o que se refieran a una generalidad, que hace alusión al número de víctimas, o de sistemático, indicando que una pauta o plan metódico es evidente, lo que cumple con este requisito). La traducción es mía. Ver también: PROSECUTOR V. ZORAN VUCOVIC, KUNARAC, KOVAC IT-96-23 "FOCA" (En adelante Kunarac et al. I) Fallo del 22.02.01 P. 428 y 429. P. 428: "*The adjective 'widespread' connotes the large scales nature of the attack and the number of victims*" (El adjetivo 'generalizado' se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y al número de víctimas) P. 429: "*The adjective 'systematic' signifies the organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence*" (El adjetivo 'sistemático' significa la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad que hayan ocurrido de manera aleatoria). Las traducciones son mías. Ver además: PROSECUTOR V. TIHOMIR BLASKIC IT- 95 – 14 (En adelante Blaskic) 03.03.00 P. 203, PROSECUTOR V. MILOMIR STAKIC IT- 97- 24 (En adelante Stakic) 31.07.03 P. 625.

³⁰ PROSECUTOR V. DUSKO TADIC 15.07.99 (En adelante Tadic II) P.252: "*Merely because personal motivations can be identified in the defendant's carrying out of an act, it does not necessarily follow that the required nexus between the attack on a civilian population must also inevitably be lacking*" (Meramente porque los motivos personales se puedan identificar con el llevar a cabo el acto del acusado, no necesariamente se sigue de ello que el nexo requerido entre el ataque en contra de una población civil también deba faltar). También en PROSECUTOR V. DARIO KORDIC AND MARIO CERKEZ IT- 95- 14/2 "Lasva Valley" (En adelante Kordic y Cerkez) 26.02.01 P. 179: "*A crime may be widespread or committed on a large scale by the cumulative effect of a series of inhumane acts or the singular effect of an inhumane act of extraordinary magnitude*". (Un crimen puede ser generalizado o cometido a gran escala por ser el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto aislado de un acto inhumano con extraordinaria magnitud) La traducción es mía.

³¹ En contra; Bassiouni. Op. Cit. nota Pág. 580. Su oposición se basa en un vínculo necesario que debe establecerse entre el crimen contra la humanidad y el Estado para atribuir una jurisdicción internacional y así no trivializar este tipo de crímenes comparándolos con "*mass victimization*". Además esta responsabilidad se extendería a las personas que no forman parte del Estado cuando éste está implícita o explícitamente detrás. Sobre esta discusión es pertinente advertir en esta parte que la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc rechaza que sea necesario que el Estado esté involucrado en este tipo de crímenes para que sean considerados como tal. Así: ICTY: PROSECUTOR V. ZORAN KUPRESKIC, VLATKO KUPRESKIC, DRAGO JOSIPOLIC AND VLADIMIR SANTIC, IT- 95- 16 "LASVA VALLEY" (En adelante Kupreskic et al.) Fallo del 14.01.00 P.551: "*In any case, it appears that such a policy need not to be explicitly formulated, nor need it be the policy of a State*" (En todo caso, aparentemente, no se requiere que la política se formule explícitamente, ni se necesita que sea una política de un Estado).La traducción es mía. Ver también: Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 P. 176. ICTR: PROSECUTOR V. JEAN PAUL AKAYESU, ICTR 96 – 4 (En adelante Akayesu) Fallo del 02.09.98

Por otro lado, y como una distinción importante dentro de esta investigación, los conceptos anteriores son diferentes a la noción de política común, esto es, un plan concertado para ejecutar una acción.

Es importante hacer esta diferencia porque, si bien lo sistemático puede demostrarse con la existencia de una política común, ello no implica que estos términos sean sinónimos. El carácter sistemático es el resultado, en cambio la política común, una preparación. No puede definirse lo sistemático a través del término política común porque serían dos elementos diferentes a probar³².

Esta advertencia, en términos probatorios, resulta crucial para el análisis de los delitos ante los Tribunales *ad hoc*, ya que no puede afirmarse que la política común sea un elemento de los crímenes contra la humanidad³³. Además, porque la jurisprudencia de ambos

P. 580, PROSECUTOR V. CLEMENT KAYISHEMA, ICTR 95 – 1 AND OBED RUZINDANA, ICTR 96 – 10 (En adelante Kayishema y Ruzindana) Fallo del 21.05.99 P. 125, PROSECUTOR V. ALFRED MUSEMA, ICTR 96 – 13 (En adelante Musema) Fallo del 27.01.00 P. 204, PROSECUTOR V. IGNACE BAGILISHEMA, ICTR 95 – 1 (En adelante Bagilishema) Fallo del 07.06.01 P. 77 y PROSECUTOR V. GEORGE RUTAGANDA, ICTR 96 –3 (En adelante Rutaganda) fallo del 06.12.99 P. 69.

³² Ante el ICTR los siguientes fallos igualarían los términos de sistemático o generalizado con el término “policy”: Akayesu Op Cit nota 31 02.09.98 P. 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. The concept of ‘systematic’ may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement that this policy must be adopted formally as the policy of a State. There must however be some kind of preconceived plan or policy” (El concepto de ‘generalizado’ puede definirse como masivo, frecuente y a gran escala, llevado a cabo con una seriedad considerable de manera colectiva y dirigido en contra de una multiplicidad de víctimas. El concepto de ‘sistemático’ puede ser definido como completamente organizado y que sugiere un patrón regular sobre la base de una política común que implica recursos públicos o privados utilizados de manera sustancial. No es un requisito que esta política se deba adoptar formalmente como una política de Estado. Sin embargo, es necesario que exista una clase de plan o política preconcebidos). La traducción es mía. Ver también: Kayishema y Ruzindana Op. Cit. Nota 31 21.05.99 P.123 y P.124 y Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P. 204. Una separación más rigurosa entre estos elementos se ve en el caso de Bagilishema Op. Cit. Nota 31 de 07.06.01 P. 78: “It is, therefore, the chamber’s view that either of the requirements of widespread or systematic will be enough to exclude acts not committed as part of a broader policy or plan. Also the requirement that the attack must be committed against a ‘civilian population’ presupposes a kind of plan; and the discriminatory element of the attack is, by its very nature, only possible as a consequence of a policy. Thus the policy element can be seen to be an inherent feature of the attack, whether the attack be characterized as widespread or systematic. Further, it is clear from article 3 of the Statute and recent case law that such policy may be instigated or directed by any organization or group, whether or not representing the government of a State” (Es, por tanto, la vision del Tribunal Oral que cualquiera de los requisitos de generalizado o sistemático serán suficientes para excluir a los actos no cometidos como parte de una política o plan mayor. También, el requisito que el ataque se deba cometer en contra de una ‘población civil’ presupone una clase de plan; y el elemento discriminatorio del ataque es, por naturaleza, sólo posible a consecuencia de una política. Así el elemento de la política es una característica inherente del ataque, ya sea que el ataque sea caracterizado como generalizado o sistemático. Aún más, está claro a partir del artículo 3 del Estatuto y de los casos recientes, que tal política pueda estar instigada o dirigida por una organización o grupo, la que puede estar o no representado a un gobierno o Estado). La traducción es mía.

³³ Aunque no corresponde en esta parte hacer un análisis de la jurisprudencia en este tema es mi deber respaldar estos argumentos con los fallos que han sido más evidentes en el ICTY a partir de Kunarac et al. Op. Cit. 29 por el fallo del 22.02.01 P. 432: “The Trial Chamber notes that there has been some difference of approach in the jurisprudence of the ICTY and ICTR, an in that of other courts, as well as in the history of the drafting of international instruments, as to whether a policy element is required under existing customary law” (El Tribunal Oral nota que ha habido alguna diferencia en el enfoque de la jurisprudencia del ICTY y del ICTR, y en otra de otros tribunales, así como en la historia de los borradores e instrumentos internacionales en cuanto a que el derecho consuetudinario actual requiere a la política como elemento). La traducción es mía. Esta idea luego es confirmada expresamente por la apelación en el fallo: 12.06.02 P. 98 (en adelante Kunarac et al. II): “Contrary to the Appellant’s submissions, neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of ‘policy’ or ‘plan’. There was nothing in the Statute or in customary

tribunales afirma que el carácter de generalizado o sistemático debe presentarse en un crimen contra la humanidad ³⁴.

Estas aproximaciones son interesantes, porque para poder establecer la existencia de los crímenes contra la humanidad, se exige que el individuo sepa que su acción forma parte de un contexto general, en cambio, para el caso del genocidio, se exige que el individuo tenga un conocimiento específico dirigido a causar el resultado genocida.

Por lo tanto, hacer la diferencia entre la política común y los caracteres de generalizado o sistemático, permite evitar la eventual confusión entre el conocimiento general del contexto exigido para los crímenes contra la humanidad, de la intención específica discriminatoria requerida para el genocidio ³⁵, porque tanto la política común como estos caracteres contribuyen de manera separada a la prueba de la existencia del delito de genocidio ³⁶ (se presentan como elementos probatorios diferentes).

Esta diferencia es de vital importancia para analizar estos caracteres desde el punto de vista del tipo jurídico penal (crimen cometido) y la forma en que la jurisprudencia se refiere a ellos, porque éstos pueden enfocarse desde la perspectiva jurisdiccional, es decir, para definir la competencia de una Corte Internacional para el crimen, ó, para determinar cómo ha sido la intervención del individuo en el crimen por el nivel de culpa o dolo exigible.

international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes". (Al contrario de la solicitud del apelante, ni el ataque ni los actos del acusado requieren estar apoyados por cualquier forma de 'política' o 'plan'. No había nada en el Estatuto o en el derecho internacional consuetudinario al tiempo de los actos pretendidos que requirieran la prueba de la existencia de un plan o política para cometer estos crímenes). Al respecto ver nota de pie de página número 1109 del fallo de 22.02.01 que es la misma nota de pie que la de Kupreskic et al. del fallo de 11.01.00 nota número 197), en el sentido que el plan no es un elemento de los crímenes contra la humanidad. Luego de estos fallos también señalarían que el plan no es un elemento de los crímenes contra la humanidad los siguientes: Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 176, PROSECUTOR V. MIROSLAV KVOCKA, MILOJICA KOS, MLADO RADIC, ZORAN DRAGOLJUB PRAC IT- 98-30/1 "OMARSKA, KERATERM AND TRNOPOLJE CAMPS" (En adelante Kvocka et. al) Fallo del 02.11.01 P. 129, PROSECUTOR V. MILORAD KRNOJELAC IT- 97- 25 "FOCA – KP DOM CAMP" (En adelante Krnojelac) fallo del 15.03.02 P. 58, Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 739. Y ante el ICTR, a partir del fallo de Bagilishema Op. Cit 31 del 07.06.01, el que cita en su párrafo 78 al fallo Kupreskic et al. P. 551, los fallos de: Niyitegeka Op. Cit. 16.05.03 P. 439 y PROSECUTOR V. LAURENT SEMANZA ICTR- 97- 20 (En adelante Semanza) Fallo del 15.06.03 P. 329.

³⁴ Así, la mayoría de los casos: Kunarac et al. Op. Cit. 29 22.02.01 P. 429 y Op. Cit. 32 12.06.02 P.93, Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P. 202, Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 P.66, Kupreskic et. al Op. Cit. 31 14.01.00 P. 544, Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P. 77, Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 P. 124 y Blaskic Op. Cit. 29 P.202 y ss.

³⁵ Sin perjuicio que por ejemplo, en el caso Akayesu Op. Cit. 31 ante el ICTR se haya utilizado la noción de generalizado y sistemático para apoyar la existencia del genocidio 02.09.98 P.118: *"In the opinion of the Chamber, there is no doubt that considering their undeniable scale, their systematic nature ante their atrociousness, the massacres were aimed at exterminating the group that was targeted. Many facts show that the intention of the perpetrators of these killings was to cause the complete disappearance of the Tutsi"* (En opinión del tribunal, no cabe duda que considerando su innegable escala, su naturaleza sistemática y su atrocidad, las masacres apuntaron a exterminar al grupo que fue seleccionado. Muchos hechos muestran que la intención de los perpetradores de estas matanzas era causar la desaparición completa de grupo Tutsi) La traducción es mía. También Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 P. 61 y siguientes.

³⁶ Salvo en Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 P.276: *"It is of the opinion of the Trial Tribunal that the existence of such a plan would be strong evidence of the specific intent requirement for the crime of genocide"* (Es de la opinión del Tribunal Oral que la existencia de tal plan sería una fuerte evidencia de la intención específica requerida para el crimen del genocidio). Además de agregarse el criterio de sistemático: P. 374: *"a systematic pattern of extermination existed which is a clear demonstration of the specific intent to destroy the Tutsis"*. (Existió una pauta sistemática de exterminio para destruir a los Tutsis, lo que es una demostración clara de la intención específica). La traducción es mía.

En síntesis, la política común no se relaciona con lo sistemático y por otro lado, lo generalizado sí se vincula con lo sistemático como elemento indispensable para determinar el conocimiento necesario exigido en los crímenes contra la humanidad.

Finalmente, respecto del conocimiento del acusado del ataque, es importante referirse a dos grandes temas: el ataque como elemento objetivo y, el conocimiento de dicho ataque como elemento subjetivo.

El ataque como elemento objetivo se refiere a un suceso que acaece en la realidad. El término “ataque” se puede definir como una línea de conducta que involucra la comisión de actos de violencia³⁷. Este término es diferente al término “conflicto armado”, porque le puede preceder, pervivir o continuar durante el conflicto armado, pero no necesariamente ser parte de éste³⁸.

Por otro lado, tener el conocimiento que ese ataque se está llevando a cabo, es un elemento subjetivo y no sólo tiene relevancia para vincular al sujeto a la comisión de un crimen a gran escala, sino que además para determinar el grado de intervención que tuvo el sujeto en éste.

Un caso ilustrativo de cómo se relacionan estos temas es en la apelación del caso Tadic³⁹ ante el ICTY. En éste la Fiscalía alega, en la tercera parte de su argumentación, que los crímenes contra la humanidad sí pueden cometerse por motivos personales y que el tribunal Oral al haberlo negado habría cometido un error de derecho, argumento que el tribunal de apelación acepta.

El fundamento de esta opinión que sustenta el tribunal de apelación, se afirma en que el conocimiento que debe tener un individuo sobre sus actos debe consistir en saber que éstos se enmarcan dentro del contexto general de un ataque y que además éstos se ajustan a un patrón establecido. Mientras el sujeto sepa que sus actos forman parte de un ataque cometido en un contexto generalizado, es irrelevante que la razón para cometer los actos haya sido por motivos personales, porque igual será considerado como un crimen contra la humanidad si se enmarca dentro de un contexto generalizado. Incluso, no es necesario que el individuo sepa cada uno de los detalles del ataque⁴⁰, sino que tenga una participación en él.

³⁷ Kunarac et al. Op. Cit. 29 P. 415 22.02.01; “course of conduct involving the commission of acts of violence” Krnojelac Op. Cit. 33 15.03.02 P. 54: “‘Attack’ can be defined as a course of conduct involving the commission of acts of violence. The concept of ‘attack’ is distinct and independent from the concept of ‘armed conflict’. In practice, the attack could outlast, precede, or run parallel to the armed conflict, without necessarily being a part of it”, (la traducción es mía).

³⁸ Tadic Op. Cit. 30 15.07.99 P. 251: “Thus the ‘attack on the civilian population’ is here equated to ‘the armed conflict’. The two concepts, cannot, however, be identical because then crimes against humanity would by definition, always take place in armed conflict, whereas under customary international law these crimes may also be committed in times of peace” (De este modo, el ataque en contra de la población civil se equipara a ‘conflicto armado’. Sin embargo, estos dos conceptos no pueden ser idénticos porque entonces los crímenes contra la humanidad por definición, siempre tendrían lugar durante un conflicto armado, siendo que en el derecho consuetudinario internacional estos crímenes también se pueden cometer en tiempos de paz). La traducción es mía) Kunarac et al. II Op. Cit. 32 12.06.02 P.86: “The concepts of ‘attack’ and ‘armed conflict’ are not identical”...“Under customary international law, the attack could precede, outlast or continue during the armed conflict, but need not be a part of it”, (El concepto de ataque y de conflicto armado no son idénticos)...“Para el derecho consuetudinario internacional, el ‘ataque’ puede venir antes, después o continuar durante un ‘conflicto armado’, pero no necesariamente ser un parte del mismo”) La traducción es mía. Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 513.

³⁹ Tadic Op. Cit. 30 15.07.99 P. 238 y siguientes.

⁴⁰ También Kunarac et al. Op. Cit. 29 22.02.01 P.434: “In addition to the intent to commit the underlying offence, the perpetrator needs to know that there is an attack on the civilian population and that his acts comprise part of the attack, or at least to take the

Por lo tanto, unir el ataque (elemento objetivo) al conocimiento del individuo (elemento subjetivo), que consiste en saber que el acto forma parte de un conflicto generalizado y, que con la acción se colabora con dicho ataque, permite deducir que para estar ante un crimen contra la humanidad⁴¹:

No importa si hay o no motivos personales⁴².

Lo relevante es que se tenga conocimiento del contexto general en el que los crímenes fueron cometidos.

Si se recuerda la evolución positiva de los crímenes contra la humanidad y, dentro de ésta, al requisito del nexo con el conflicto armado, se puede deducir que la jurisprudencia soluciona, a partir de un análisis objetivo (el carácter del ataque), el nivel individual de conocimiento subjetivo, porque fija una relación directa entre el ataque y el conocimiento de las acciones de parte del individuo en este ataque en cuanto a sostener que el acusado sabía o tenía razones para saber que por sus actos u omisiones, él estaba participando en el ataque de una población civil⁴³.

El Genocidio

“Aquí nos faltan muchas cosas, muchas, y desde hace bastante tiempo, me veo privada de ellas tanto como tú. No hablo de cosas materiales, pues tenemos lo que necesitamos. No. Hablo de las cosas que suceden dentro de nosotros, tales como los pensamientos y sentimientos. Igual que tú, siento nostalgia del aire y de la libertad...” (Pág.145) ...”Con un dolor que nos tiene consternados, hemos sabido que muchas personas se han vuelto en risk that his act is part of the attack. This, however, does not entail knowledge of the details of the attack”.(Además de la intención para cometer la ofensa, el autor necesita saber que hay un ataque en contra de la población civil y que su acto es parte del ataque, o al menos, tomar el riesgo de que su acto es parte del ataque. Sin embargo, esto no significa tener conocimiento de los detalles del ataque”) La traducción es mía.

⁴¹ Tadic Op. Cit 30 15.07.99 P. 255: *“Crimes against humanity can be committed for purely personal reasons, provided it is understood that the two aforementioned conditions – that the crimes must be committed in the context of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and that the accused must have known that his acts, in the words of the Trial Chamber, “fitted into such a pattern” are met”* (Los crímenes contra la humanidad se puede cometer por motivos personales mientras las dos condiciones se cumplan, esto es que los crímenes sean cometidos en el contexto de un ataque masivo o sistemático en contra de la población civil y que el acusado debe haber sabido que sus actos, en palabras del Tribunal Oral; “cabían en tal patrón”). La traducción es mía.

⁴² Tadic Op. Cit. 30 15.07.99 p. 270: *“The conclusion is therefore warranted that the relevant case law and the spirit of international rules concerning crimes against humanity make it clear that under customary law , “purely personal motives” do not acquire any relevance for establishing whether or not a crime against humanity has been perpetrated”*, Kunarac et al Op.Cit 29 22.02.01 P. 433: *“The appeals Chamber in the Tadic case made it clear that the motives of the accused for taking part in the attack are irrelevant and that crimes against humanity may be committed for purely personal reasons”.*(Por lo tanto, la conclusión esta garantizada en el sentido que de los casos relevantes y el espíritu de las normas internacionales en relación con los crímenes contra la humanidad, ‘los motivos personales’ no tienen relevancia para establecer si se ha cometido o no un crimen contra la humanidad.) La traducción es mía.

⁴³ También ICTY: Kunarac et al. Op. Cit. 29 22.02.01 P.434, Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 185, Blaskic Op. Cit. 29 03.03.00 P. 247: *“The accused must first have knowledge of the general context in which his acts occur and then of the nexus between his actions and his context”* (Primero el acusado debe tener conocimiento del contexto generalizado en que sus actos ocurrieron y luego del nexo entre éstos y el contexto). La traducción es mía. Tadic Op. Cit. 19 07.05.97 P. 626 N° 4; ICTR: Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 p. 133: *“understand the overall context of his act”*, y Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P.93.

contra de los judíos...”...la causa de este odio contra los judíos es entendible, incluso humanamente, pero es inadmisibles”(Pág.214) (El Diario de Ana Frank, Editorial Zig – Zag, S.A, 1999)

Antecedentes: el delito de persecución

Aspectos de derecho positivo

La Carta del TMI al enumerar los crímenes contra la humanidad señaló a la persecución, que, como ya se analizó, es una categoría separada de crímenes. Este delito también se incluye con posterioridad en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* del ICTY e ICTR en los términos ya indicados. Sin embargo fue el Estatuto de la CPI el que por primera vez definió a este delito en el artículo 7 número dos:

“g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; ⁴⁴”

Todas estas consagraciones positivas comparten, como característica atribuible a este delito el llamado “elemento discriminatorio”, es decir la persecución ha de basarse en diversos motivos discriminatorios que se enumeran.

Para el Estatuto del TMI estos motivos debían ser políticos, raciales o religiosos, motivos que se mantuvieron en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*.

En cambio, en el Estatuto de la CPI se enuncian además los motivos nacionales, étnicos, culturales, de género, u “*otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional*”. Es decir, amplió las razones para enjuiciar a un individuo que había cometido este delito.

Sin perjuicio de lo anterior, el hito más importante para este delito a mi juicio, fue con posterioridad de la Segunda Guerra Mundial, porque a consecuencia de la persecución nazi, en abril de 1944⁴⁵ Raphael Lemkin, judío, en su libro *Axis Rule in Occupied Europe* acuñó por primera vez la palabra genocidio.

De acuerdo a la etimología que él construyó, este término derivaba de la composición entre dos palabras: *genus*, vocablo griego que significa raza, tribu, pueblo y, *caedere*, expresión latina que significa matar. El objetivo de este autor al crear esta palabra era retratar en un sólo concepto jurídico las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial en que más de seis millones de personas habían sido asesinadas en razón de poseer determinadas cualidades como grupo, quedando el resto de la humanidad estupefacta ⁴⁶.

⁴⁴ *Vid supra* nota 27.

⁴⁵ Me parece peculiar que la palabra se haya creado para un suceso que ya había sucedido y respecto del cual no se hizo una alusión jurídica de parte de los tribunales de *Nuernberg* sino que aplicó el delito de persecución calificándolo como crimen contra la humanidad. Esto porque si bien se utilizó el término genocidio en las acusaciones (*indictments*) contra los criminales de guerra, éste todavía no se encontraba tipificado en un Tratado Internacional (Además se citó el genocidio como una manifestación de los crímenes de guerra). Por ejemplo, USA v. Ulrich Greifelt et al. (RUSHA case) Pg. 250 VOL. 5. Y USA. v. Ernst Von Weizsaecker et al. (Ministries case) Pg. 468. Ambos EN: *Trials of war criminals before de Nuernberg Military Tribunals*. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington. 1950.

⁴⁶ Lippman señala, refiriéndose a la noción de genocidio dada por Raphael Lemkin, que no necesariamente se trataría de un caso de exterminación inmediata sino que actos que lentamente tienen por objeto terminar con la existencia de un grupo. Así

Para este autor, la palabra genocidio denomina un plan coordinado que tiene como objetivo la destrucción de un grupo determinado, por lo tanto, es una persecución sobre la base de elementos discriminatorios que permiten identificar a un grupo.

En consecuencia, la relación entre el delito de genocidio y el delito de persecución es que al no poder utilizarse la primera palabra por el TMI, (todavía no existía un Tratado Internacional que la contemplara, es decir, se siguió el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*) se calificó al plan nazi bajo el término de persecución, siendo que es casi irrefutable que este plan fue uno genocida⁴⁷. Por lo tanto, es bajo esta perspectiva que puede deducirse que la persecución de personas basándose en elementos discriminatorios es un antecedente histórico jurídico del delito de genocidio.

Por otro lado, la persecución es un crimen contra la humanidad que sólo se encuentra enunciada y no definida en ambos estatutos de los tribunales *ad hoc*, por lo tanto, he debido recurrir a la doctrina y a lo desarrollado por la jurisprudencia para dar un concepto.

Desde el punto de vista doctrinario me parece ilustrativo el caso Tadic ante el ICTY que cita como concepto de persecución el desarrollado por el profesor Bassiouni:

*“State action or policy leading to the infliction upon an individual of harassment, torment, oppression, or discriminatory measures designed to or likely to produce physical or mental suffering or economic harm, because of the victim’s beliefs, views, or membership in a given identifiable group (religious, social, ethnic, linguistic, etc...), or simply because the perpetrator sought to single out a given category of victims for reasons peculiar to the perpetrator”*⁴⁸.

De este concepto el Tribunal concluyó que son necesarios dos elementos para que se configure este delito: el discriminatorio y la afectación de los derechos fundamentales de los individuos. De estos dos elementos, el discriminatorio se enfoca de una manera diferente en cada uno de los tribunales *ad hoc*.

El ICTY⁴⁹, como incluye a este elemento sólo para calificar al delito de persecución, se ha referido a él para averiguar si es o no una característica propia de la persecución que la diferenciaría de los demás crímenes contra la humanidad.

“These actions typically were directed against a collective’s cult, institutions, language, religion and physical integrity”. (Estas acciones estaban típicamente dirigidas en contra del credo, las instituciones, el idioma, la religión y la integridad física de una colectividad). Esto generalmente se manifestaba en dos etapas: *“The destruction of the cultural and social life of the oppressed group and the imposition of the rational pattern of the oppressor”*. (La destrucción de la vida cultural y social del grupo oprimido y la imposición de la pauta racional del opresor). Las traducciones son mías. Matthew Lippman Pág.590. EN: Genocide. Conceptual and historical dimensions. Edited by George J. Andreopolus, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

⁴⁷ Señalo “casi” porque al existir todavía partidarios de la ideología nazi, han justificado las acciones cometidas bajo el imperio de Hitler e incluso las han negado. Para ello VER: El Proceso de *Nuernberg* desde el punto de vista jurídico de Julio Riethmuller Vacaro. Memoria de grado para optar al grado de ciencias jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 1962.

⁴⁸ Op. Cit. P. 695 (Acción o política estatal dirigida a la imposición de hostigamiento, tormento, opresión o medidas discriminatorias sobre un individuo diseñadas a producir, o que probablemente producirán, sufrimiento físico o mental o daño económico, en razón de las creencias, opiniones o membresía del individuo a un grupo identificable dado (religioso, social, étnico, lingüístico, etc...), o simplemente porque el autor trata de excluir a una categoría de víctimas por razones particulares de él.). La traducción es mía.

⁴⁹ Discusiones sobre este elemento discriminatorio se encuentran en; Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 650, PROSECUTOR V. ZLATKO ALEKSOVSKI, IT- 95- 14/1 “LASVA VALLEY” (En adelante Aleksovski) 24.03.00 P.23. La determinación tajante en cuanto a que el elemento discriminatorio sería sólo del delito de persecución: Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P.558 y ss.

En cambio, el ICTR ha sentenciado que incluir este elemento en el preámbulo del artículo 3 de su Estatuto es para vincularlo al ataque que está dirigido en contra de la población civil, por lo tanto, es diferente tener una intención discriminatoria, a que el ataque sea discriminatorio. La razón que tendría este tribunal para hacer esta diferencia sería una limitación jurisdiccional (*rationae materiae*) y no sería un agregado a los elementos de los crímenes⁵⁰. De aquí la conclusión que el acusado pueda carecer de la intención discriminatoria e igual cometa un crimen contra la humanidad, mientras sepa que el ataque formaba parte de uno que estaba dirigido en contra de la población civil.

Análisis de los elementos del tipo de la persecución

Mens Rea

¿Debe tenerse una *intención discriminatoria*, o, un *conocimiento objetivo* que el acto se enmarca en un ataque dentro de un contexto generalizado? Es decir, para determinar el elemento subjetivo de la persecución, ¿se recurrirá sólo a la intención del individuo o ésta deberá vincularse también a las circunstancias?

Para analizar este elemento del delito, me baso en un solo caso, el caso Tadic ante el ICTY.

Como ya adelanté, los crímenes contra la humanidad requieren, entre otros requisitos, que los actos del acusado formen parte del contexto de un ataque generalizado. Este requisito tendría dos fundamentos: El primero sería para distinguir este acto de los actos aislados, y el segundo sería para poder atribuir responsabilidad individual aun cuando el ataque se haya cometido por motivos personales.

La persecución, que es un crimen contra la humanidad, también debe cumplir con estos requisitos⁵¹ generales, pero además requiere una intención discriminatoria. El fundamento

⁵⁰ Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 p.76: "*The Chamber considers the provisions of article 5 of the ICTY Statute, as compared to the provisions of article 3 of the ICTR Statute and notes that, although the provisions of both aforementioned articles pertain to crimes against humanity, except for persecution, there is a material and substantial difference in the elements of the offence that constitute crimes against humanity. This stems from the fact that article 3 of the ICTR Statute expressly provides the enumerated discriminatory grounds of 'national, political, ethnic, racial or religious', in respect of the offences of murder; extermination; deportation; imprisonment; torture; Rape; and other inhumane acts, whilst the ICTY Statute does not stipulate any discriminatory grounds in respect of these offences*" ("El tribunal considera al comparar las disposiciones del artículo 5 del estatuto del ICTY, con las disposiciones del artículo 3 del ICTR nota que, aunque las disposiciones de ambos artículos se refieren a crímenes contra la humanidad, salvo por el delito de persecución, hay una diferencia material y substancial en los elementos de los crímenes contra la humanidad. Esto nace del hecho que las disposiciones del Art. 3 del Estatuto del ICTR y expresamente otorga el elemento discriminatorio de 'nacional, político, étnico, racial o religioso' en relación a los delitos de asesinato, exterminación, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, y otros actos inhumanos, mientras el Estatuto del ICTY no estipula estos elementos discriminatorios para estos crímenes"). La traducción es mía.

⁵¹ Tadic op. Cit. 30 15.07.99 P. 305: "*The prosecution was correct in submitting that the Trial Chamber erred in finding that all Crimes against humanity require a discriminatory intent. Such an intent is an indispensable ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for art. 5 (h), concerning various types of persecution*". (La Fiscalía estaba en lo correcto al solicitar que el Tribunal Oral habría cometido un error al considerar que todos los crímenes contra la humanidad requieren de una intención discriminatoria. Este tipo de intención sólo es un ingrediente indispensable para aquellos crímenes que expresamente se les requiere, esto es, para el artículo 5(h) respecto a varios tipos de persecución) La traducción es mía. Ver también: Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 211: "*The parties do not dispute that the mental element of the crime of persecution consists of acting with discriminatory intent on the political, racial and religious grounds provided in the Statute.*" (Las partes no controvierten que el elemento mental del crimen de persecución consiste en actuar con intención discriminatoria basada en motivos políticos, raciales

para distinguir al delito de persecución descansa sobre la base que se viola el derecho a la igualdad, infringiéndose de ese modo un derecho fundamental de las personas⁵².

Luego, si se vincula el requisito objetivo de los crímenes contra la humanidad a la persecución, se puede deducir una importante idea preliminar sobre la intención discriminatoria exigida para este delito, porque permite vincular un requisito mental subjetivo a circunstancias objetivas. Porque identificar al grupo atacado desde el punto de vista objetivo (“dirigido en contra de una población civil”) excluye las indagaciones que están dirigidas a averiguar la intención personal de quien comete el acto, y permite identificar a la intención discriminatoria sobre la base de elementos objetivos.

Me explico, la intención discriminatoria exigida para el delito de persecución consiste en que debe estar dirigida a producir un resultado y además que éste efectivamente se cause⁵³. Es decir, no basta la mera intención, sino que además se requiere que ésta se refleje en la realidad, cuestión que puede basarse en diversos hechos prácticos como evidencia.

Por último, debe destacarse que esta intención requerida para definir específicamente el crimen de persecución, es diferente a la intención requerida para atribuir responsabilidad individual, por ejemplo, para ver si se trata de un autor o cómplice. Hacer esta diferencia como un elemento del crimen o como un elemento de la responsabilidad individual, es un ejercicio básico para comprender más adelante la doctrina del emprendimiento conjunto desarrollada en el caso Krstic, porque éste también alude a un conocimiento del contexto generalizado o de las circunstancias de lo que sucede para atribuir responsabilidad individual.

Actus Reus

En primer lugar, la jurisprudencia examina si sólo los actos enumerados en el Art. (3) 5 de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* son manifestaciones del delito de persecución, o si se pueden mencionar más. Al respecto, en el caso Tadic se decidió evaluar a estos actos desde un punto de vista amplio⁵⁴, es decir, pueden incluirse también otros no mencionados y religiosos de acuerdo al Estatuto). La traducción es mía. Ver también, Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P. 627, PROSECUTOR V. GORAN JELISIC IT- 95- 10 (En adelante Jelisic) 14.12.99 P. 68, Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 732.

⁵² Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 697: “*It is the violation of the right to equality in some serious fashion that infringes the enjoyment of a basic or fundamental right that constitutes persecution, although the discrimination must be on one of the listed grounds to constitute persecution under the statute*”. (Lo que constituye persecución es la violación del derecho a la igualdad de una manera seria que infringe el goce de derechos básicos o fundamentales, aunque la discriminación, para constituir persecución, debe estar en uno de los argumentos mencionados en el Estatuto). La traducción es mía.

⁵³ Tadic Op. Cit. 07.05.97 P.715: “*The elements of the crime of persecution are the occurrence of a persecutory act or omission and a discriminatory basis for that act or omission on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics*”. (Los elementos del crimen de persecución son: que ocurra el acto u omisión además de una base discriminatoria para ese acto omisión específicamente de raza, religión o política) La traducción es mía. Ver también: Krnojelac Op. Cit. 33 15.03.02 P. 432, Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P. 621 y Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P.189, Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P.732.

⁵⁴ Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 703 en relación con el P. 710. 703: “*In addition to the acts enumerated elsewhere in the Statute, persecution may also encompass other acts if they “seek to subject individuals or groups of individuals to a kind of life in which enjoyment of some of their basic rights is repeatedly or constantly denied”* (Además de los actos enumerados en otra parte del Estatuto, la persecución también puede incluir otros actos si éstos buscan ‘someter a un individuo o a un grupo de individuos a un tipo de vida en la que el goce de alguno de sus derechos básicos es repetida o constantemente denegado’) La traducción es mía. P. 710: “*Thus, the crime of persecution encompass a variety of acts, inter alia, those of a physical, economical or judicial nature, that violate an individual’s right to the equal enjoyment of his basic rights*” (El crimen de persecución incluye una variedad de actos, por ejemplo, aquellos que tienen una naturaleza física, económica o judicial, que violan el derecho de un individuo al goce igualitario de

en el artículo, siempre y cuando posean la gravedad equiparable al delito de persecución en el sentido que se somete a individuos o a un grupo de individuos a un tipo de vida en la que el goce de algunos de sus derechos básicos es denegado de manera repetida o continua. Además, ha considerado que estos actos, para ser considerados persecutorios, no sólo han de ser positivos sino que pueden ser omisiones⁵⁵.

En segundo lugar, es importante destacar que un sólo acto puede llegar a constituir el delito de persecución si se enmarca dentro de un contexto generalizado. Las razones para afirmar esto provienen de dos ideas; una, del requisito general de los crímenes contra la humanidad, en cuanto a que deben enmarcarse dentro de un contexto general y la otra, que no cualquier acto será considerado bajo este término, sino que el delito ha de ser lo suficientemente grave para los efectos de cumplir con el principio de legalidad.

Este vínculo, entre el crimen de persecución y el contexto generalizado, es interesante, porque en el análisis que se hizo acerca del *mens rea* del delito de persecución, se distinguió entre la intención específica del conocimiento dentro de un contexto general para definir a la intención, y ahora al momento de analizar los actos se vuelve a poner énfasis en esta misma distinción. Recurrir en ambos casos a la característica común de los crímenes contra la humanidad, que es que el acto se produzca dentro de un contexto ya sea generalizado o sistemático, permite deducir que sin este requisito, ni la intención ni el acto se podrían caracterizar. Esta deducción es fundamental para analizar posteriormente el vínculo entre este elemento (contexto) y el delito de genocidio.

En síntesis, puede afirmarse que el crimen de persecución puede cubrir más actos que los enumerados en el Art. (3) 5 de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* siempre y cuando se viole el derecho individual a gozar en igualdad sus derechos básicos fundamentales⁵⁶ y, que además, se consideran dentro del contexto en el que se presentan.

Síntesis sobre el delito de persecución

De los elementos de este delito se construye la primera premisa para el análisis del delito de genocidio. Ésta consiste en considerar, que la prueba de la intención específica discriminatoria para el delito de persecución, se deriva del contexto generalizado en que se cometieron los crímenes, contexto que se infiere de los caracteres masivos y/o sistemáticos de la comisión del crimen.

Consagración positiva del delito de genocidio: desde Nuernberg hasta hoy

La convención contra el Genocidio de 1948

Análisis

sus derechos básicos). La traducción es mía. Ver también: Kvočka et al. Op. Cit. 33 P. 192, Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P. 607, 611 y 615, Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 194, Krnojelac Op. Cit. 33 15.03.02 P. 433 y Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 735.
⁵⁵ Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 694: “*In order to constitute persecution there must be a persecutory act or omission, and that act or omission must be based on one of the listed grounds*”. (Para que se constituya la persecución debe haber un acto u omisión persecutorio y éste debe estar basado en uno de los elementos enlistados”) La traducción es mía. Ver también: Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P. 572.

⁵⁶ Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 710. Ver también: Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P. 615, Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P. 190 y Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P.202.

El esfuerzo para definir al crimen del genocidio fue un punto de partida⁵⁷ que sólo alcanzó su consagración positiva internacional con la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948 (en adelante la Convención de 1948). Actualmente, forman parte de ésta 133 Estados.

La Convención de 1948, tiene como antecedentes dos borradores; uno de la Secretaría General de la ONU y otro del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante el ECOSOC). De estos borradores se destacan las siguientes clasificaciones y acotaciones.

El primero de estos borradores, hace una clasificación, aunque no explícita en el artículo 1, de genocidio físico; actos que causaran la muerte de miembros de los grupos protegidos, o daño en su salud o integridad física; biológico; restricción de los nacimientos, y cultural; destrucción de las características específicas de los grupos perseguidos⁵⁸. En el segundo borrador, esta clasificación se mezcla en el Art. 2 en genocidio físico y biológico, y se deja el cultural en el Art.3 el que intentó incluir la opinión política.

En el borrador enviado al ECOSOC se discutió cuál debía ser el contenido que se le daría al preámbulo de la Convención, generándose una intensa discusión. Respecto de ésta, cabe destacar que la URSS dejó expresa constancia de su disconformidad con él ya que eliminaba ciertos elementos a considerar; entre otros, que se adopten medidas decisivas para prevenir el crimen, y la supresión y prohibición de la instigación de odio racial, nacional y religioso.

Luego, al momento de discutir el principio de jurisdicción universal, se rechazó la propuesta de la represión universal por 4 votos contra 2 con dos abstenciones en el ECOSOC, fundamentalmente por razones de soberanía de los Estados, por lo tanto, se dejó para la posterioridad la creación de un tribunal internacional en los términos del artículo VI:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.”

En relación con este tribunal internacional y el principio de jurisdicción universal, es interesante la crítica de Irán⁵⁹ que advierte la diferencia que existe entre el principio de

⁵⁷ Para algunos autores la definición del genocidio tal como está dada, sólo sería útil para el caso del holocausto judío. Así por ejemplo, Lippman: *“The genocide convention remains a symbolic derivation of Nazi depredations. The reluctance to invoke the term has resulted in a Convention which punishes a crime that is rarely and reluctantly acknowledged: a crime without victims – a victimless crime in a world without perpetrators”* (La Convención contra el genocidio se queda como una derivación simbólica de las depredaciones nazi. La desgana para invocar el término ha tenido como resultado una Convención que castiga a un crimen que es raramente y reaciosamente reconocido: un crimen sin víctimas – un crimen sin víctimas en un mundo sin perpetradores). Matthew Lippman, *Genocide the crime of the century. The jurisprudence of death at the dawn of the new millennium*. 23 Hous. Int'l L 467, Spring 2001. Sobre este problema me refiero más adelante al analizar a la persecución.

⁵⁸ EN: La Convención Sobre el Genocidio. Nehemiah Robinson. Bibliográfica omeba. Buenos Aires, Argentina, 1960. Pág. 19.

⁵⁹ Official record of the third session of the GA Part I, Legal Questions. Sixth Committee, Summary records of meetings 21 sept. – 10 dec. 1948. Página 394 *“The ad – hoc committee in Genocide, when discussing the principle of universal punishment, had proceeded from two misconceptions. In the first place, the ad - Hoc committee had proceeded on the assumption that genocide was a crime committed by States. Admittedly it had later rejected that idea and agreed that genocide could also be committed by individuals, whether private persons or officials. Secondly, it had confused the principle of primary universal punishment and the principle of subsidiary universal punishment. Mr. Abdo explained that primary universal punishment, which applied to offences under international law such as piracy, differed from subsidiary punishment in that the offender was tied by the State which had arrested him,*

jurisdicción internacional, que es la jurisdicción que tiene un tribunal internacional para juzgar el crimen, y el principio de *jurisdicción universal*⁶⁰, que es la jurisdicción que tienen los países para enjuiciar a una persona sobre la base de la gravedad del crimen cometido, en la que rige el principio “*aut dedere aut iudicare*” (o lo juzgas o lo extraditas) de la extradición.

En consecuencia, y a partir de esta diferencia, Irán advirtió que debe distinguirse entre el carácter imperativo del delito de genocidio de su carácter prohibitivo. El carácter prohibitivo deriva de la obligación de cada Estado para forzar el cumplimiento de la Convención dentro de su propio sistema jurídico, aplicándose el principio de territorialidad para la protección de su soberanía, en cambio, el carácter imperativo se refiere a la naturaleza de este crimen en cuanto ha de ser considerado como una norma *ius cogens* internacional.⁶¹

Por otro lado, en cuanto a las reservas hechas por los países, el artículo más problemático es el IX⁶², en el que se le otorga jurisdicción a la CIJ en los siguientes términos:

“Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.”

whether or not a request for extradition had been committed. By contrast, under the principle which dates from Grotius, the State was bound to extradite offender and not to punish them for trial unless extradition was not requested or was impossible” (El comité *ad hoc* del genocidio, al discutir el principio del castigo universal, había partido de dos equivocaciones. En primer lugar, este comité había avanzado suponiendo que el genocidio era un crimen cometido por Estados. Luego había rechazado esa idea y acordó que el genocidio podía también cometerse por individuos, ya fuesen personas o funcionarios privados.). En segundo lugar, había confundido el principio del castigo universal primario y el principio del castigo universal subsidiario. Sr. Abdoh explicó que el castigo universal primario, se aplicaba a ofensas bajo el derecho internacional tal como piratería, en cambio el castigo subsidiario se refería a las situaciones en que el ofensor era atado por el Estado que lo había detenido, aunque se hubiese o no pedido la extradición. Por el contraste, bajo el principio que data de Grotius, el Estado estaba obligado de extraditar a un ofensor y no castigarlo a menos que la extradición no se solicitara o fuese imposible.)

⁶⁰ Opinión que se vigoriza con la de otros autores, por ejemplo, Meron Theodor, *International criminalization of internal atrocities*, 89 A.J.I.L 554, July 1995: *“Indeed the true meaning of universal jurisdiction is that international law permits any state to apply its laws to certain offences even in the absence of territorial, nationality or other accepted contacts with the offender or the victim”*. (De hecho el verdadero significado de la jurisdicción universal es que el derecho internacional permite que cualquier estado aplique sus leyes a ciertas ofensas aún en la ausencia de contactos territoriales, nacionales u otros aceptados con el ofensor o la víctima). La traducción es mía.

⁶¹ La Convención de Viena del derecho de los Tratados define el *ius cogens* en su Art. 53 *“... Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*. EN: U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

⁶² Argelia, Argentina, China y Ruanda declararon que no se consideraban obligadas por este artículo. O en otros casos requiriéndose el pleno consentimiento de las partes que someten la disputa ante la CIJ; Bahrain, Bangladesh, India, Malasia, Marruecos, Singapur, Estados Unidos, Venezuela, Vietnam y Yemen (hasta octubre de 2001). EN: <http://www.unhcr.ch/html/menu2/i2intwcr.htm>. Por otro lado, ya en 1996 la propia Yugoslavia presenta un caso de aplicabilidad de la Convención (Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. Preliminary objections ICJ, 11 July 1996), caso en el que se presenta principalmente el problema de sucesión de los Estados y cómo se asumen las responsabilidades. Finalmente, en el fallo de 03.12.01, la Corte se basó en los principios de buena fe y de *stoppe!* para fundamentar la obligatoriedad de la Convención de 1948.

En términos generales el rechazo se basó en que no se puede privar de la jurisdicción a los tribunales nacionales a favor de uno internacional.

En definitiva, el texto de la Convención fue aprobado de manera unánime y sin abstenciones de la Asamblea General el 09.12.48⁶³ y quedó compuesta por diecinueve artículos. Lo primero que debe destacarse es que la obligación de los Estados partes no sólo se restringe a castigar sino que además a prevenir la comisión del delito (Art. I) y que no existe inmunidad para los gobernantes o funcionarios del Estado (Art. IV). Además, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas necesarias para la efectiva aplicación de la Convención (Art. V).

El artículo II define al genocidio en los siguientes términos:

“En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

Matanza de miembros del grupo;

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Inmediatamente se distinguen, dentro de esta Convención, dos elementos; el subjetivo (*mens rea*): “*interés de destruir*”, y el objetivo (*actus reus*) a través de los actos descritos en las letras a) a la e).

En términos generales, puede afirmarse que los requisitos requeridos para determinar si se está o no ante una acción genocida son los siguientes:

Se debe perpetrar un acto enumerado en el Art. 2 de la Convención.

Debe existir una intención para la perpetración de alguno de dichos actos.

La intención debe estar dirigida a la destrucción de un grupo como tal señalado en la Convención.

Luego, en el Artículo III se enuncian las maneras por las que cabe atribuir responsabilidad:

“Serán castigados los actos siguientes:

a) El genocidio;

b) La asociación para cometer genocidio;

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;

d) La tentativa de genocidio;

e) La complicidad en el genocidio”

Por lo tanto, se separa la descripción del crimen, con sus elementos objetivos y subjetivos, de la atribución de responsabilidad individual por haberlo cometido.

⁶³ Adoptado por la resolución 260 (III) A de la Asamblea General de la ONU el 09 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: e 12 de enero de 1951.

Finalmente, respecto a la complicidad, debe destacarse que ésta fue interpretada de acuerdo al proyecto de la comisión *ad hoc* como “*la colaboración antes y después del acto, y la ayuda y la instigación en la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en la Convención*”. Además, “*la complicidad en la tentativa y en la instigación queda excluida del castigo*”⁶⁴.

Críticas y Balance

Por la forma en que finalmente quedó redactada la Convención de 1948 surgieron diferentes críticas y dudas que expongo a continuación.

En primer lugar, se discrepa que se hayan excluido determinados grupos de la Convención, porque ésta sólo contemplaría a los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Entre otros grupos, algunos sugerirían la inclusión de los grupos políticos y culturales que a grandes rasgos, fueron excluidos argumentando su inestabilidad y difícil reconocimiento⁶⁵. A su vez, esta separación entre grupos estables y aquellos que no lo son es criticada porque es una calificación *a priori* y arbitraria para proteger a personas por calidades inevitables que poseen.

Por otro lado, existen otros autores, que advierten que hay nociones actuales sobre grupos que deben ser comprendidas en ella, como el etnocidio⁶⁶ o como los que se basan en la lengua de un determinado grupo.

En segundo lugar, otras críticas se basan en que resulta problemático determinar la intención de la aniquilación del grupo, porque es difícil distinguir entre los motivos personales para cometer el delito, de la intención para cometerlo cuando se trata de crímenes masivos. Es decir, cómo distinguir entre un asesinato cometido por rivalidad o porque el individuo pertenecía a un determinado grupo.

En tercer lugar, es dudoso si la destrucción del grupo deba ser total o parcial y, si además deba tratarse de un resultado destructivo o que sólo las medidas sean tendientes a ello, como por ejemplo, impedir el desarrollo de una cultura⁶⁷.

En cuarto lugar, y considero un punto importante dentro de esta investigación, se discute si la asociación para cometer actos genocidas debe necesariamente provenir de funcionarios del Estado o estar amparada por éste, o por el contrario, si pueden ser actos cometidos por particulares. Respecto de esto, también se cuestiona si ha de existir un mayor reproche o agravante desde el punto de vista penal cuando un miembro del Estado se ve involucrado en un delito con estas características.

⁶⁴ Op. Cit nota 58.

⁶⁵ Por ejemplo, en la Discusión de la Convención de 1948, Brasil destaca cómo los hechos políticos han de considerarse inestables, “*violentos y a veces emocionales*”. Debe tenerse presente que los grupos políticos fueron excluidos por 29 votos contra 13 y 9 abstenciones (Chile estaba a favor de incluirlos). EN: Official record of the third session of the GA Part I, Legal Questions. Sixth Committee, Summary records of meetings 21 sept. – 10 dec. 1948. Pág. 115.

⁶⁶ Es notable en este aspecto como Lemkin en *Axis Rule in Occupied Europe* adelantaría que al ser el genocidio una palabra compuesta (gens – cide), perfectamente se puede crear también etnocidio.

⁶⁷ En cuanto a las violaciones sexuales como medio para limpiar y degradar una cultura, Catherine A. Mackinnon ya señala que “*la limpieza étnica es un eufemismo de genocidio*”... “*esta guerra de agresión étnica está estrechamente conectada con la guerra de agresión sexual de cada día*”, Pág. 92 EN: De los Derechos Humanos. Ed. Stephen Shute y Susan Hurley, Ed. Trotta, 1998.

Sobre esta crítica, es pertinente afirmar que es indiscutible que ningún funcionario de gobierno, ni siquiera un Jefe de Estado goza de inmunidad si cometió un acto calificable como el delito de genocidio⁶⁸.

Finalmente, aparte de estas críticas que se realizan a la Convención de 1948, también existen otras en el ámbito doctrinario en relación con el origen de la palabra genocidio⁶⁹ o incluso que proponen mejores definiciones. Respecto de ellas, las iré examinando a medida que vaya presentando los elementos típicos de este delito.

En síntesis, y como balance a partir de estas críticas y dudas, en el contexto de esta investigación, el genocidio es calificado como uno cometido a gran escala, en el sentido que es considerado como un delito que busca la destrucción de un grupo⁷⁰. Es decir, este delito se caracteriza porque un conjunto de personas actúa conforme a un propósito común para lograr una masacre masiva de personas.

Por lo tanto, si bien esta investigación parte de los términos positivos del concepto de genocidio contemplado de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, el análisis de cómo se atribuye la comisión del delito, siempre descansa sobre la premisa que necesariamente son varios individuos los que intervienen en su comisión.

Otras consagraciones positivas: Los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional

En ambos estatutos de los tribunales *ad hoc* se contempla la siguiente definición de genocidio:

“Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

⁶⁸ Es evidente que este tema de inmunidad de los Jefes de Estado merece un trabajo aparte que incluya además la noción de acto de Estado, pero al menos desde el punto de vista del derecho positivo (Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y el Estatuto de la CPI) se niega la inmunidad de los Jefes de Estado. Al respecto, destaco el Caso Pinochet en el que Lord Steyn señala: *“Milores, el concepto de un acto individual en sus funciones como Jefe de Estado incluye una norma legal que se debe aplicar a los hechos de los casos particulares, e invita a clasificar las circunstancias como un caso establecido a uno u otro lado de la línea mencionada, lo que significa que ciertos actos de un Jefe de Estado son catalogables, al menos más allá de la más amplia interpretación de un acto oficial realizado en el ejercicio de las funciones como Jefe de Estado. Por tanto, queda claro que la inmunidad de la que goza un Jefe de Estado no es absoluta, requiere la coincidencia de dos requisitos: (1) que el apelado se aun antiguo Jefe de Estado (rationae personae), en el lenguaje del derecho internacional) y (2) que se le imputen actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado (rationae materia). Con vistas al segundo requisito no basta con el hecho de que los actos se puedan considerar oficiales: deben haber sido llevados a cabo por el acusado en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado. Si un Jefe de Estado asesina a su Jardinero en un momento de enajenación, no cabe en la imaginación de nadie que dicho acto pueda ser llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado. Si un Jefe de Estado ordena que se torture a personas en su presencia, con el único objeto de disfrutar el espectáculo de contemplar la penosa agonía de las víctimas (lo que Montaigne definió como el punto máximo que puede alcanzar la crueldad), dicha decisión no se puede interpretar como un acto llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado”* (Cámara de los Lores del Reino Unido, 25 de noviembre de 1998. EN: [http://www.derechos.net/doc\(pino/lores1.html\)](http://www.derechos.net/doc(pino/lores1.html)).

⁶⁹ Así, por ejemplo, La Plaza EN: El delito de genocidio o genticidio. Francisco P. La Plaza. Ediciones Arayú. Editorial DePalma, S.A.C.I, Buenos Aires, 1953, quien propone la noción de *genticidio* que indica *“el grupo o pluralidad de personas vinculadas por pertenecer a una misma raza, estirpe o pueblo y la acción de darle muerte con el fin de exterminar la colectividad, ya que lo que se mata es la gens a través de todos y cada un o de sus integrantes.”* Pág. 65.

⁷⁰ También en este sentido Hannah Arendt. Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil. Penguin Books USA Inc., New York, Published 1994. PG. 288 y 294.

Matanza de miembros del grupo;

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

*Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*⁷¹ ”

En esta definición de los tribunales *ad hoc*, se puede distinguir al elemento subjetivo: “*intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional étnico racial o religioso*” a través de los mismos medios materiales (*actus reus*) señalados desde las letras a) hasta la e) que ya había contemplado la Convención de 1948.

Por otro lado, como ya expresé, la Convención contra el Genocidio de 1948 contemplaba en su artículo IX, la existencia de un Tribunal con Jurisdicción Penal Internacional, objetivo que no se alcanzaría sino hasta 1998 con la creación de la CPI la que tiene una competencia inherente sobre el delito de genocidio respecto todos los Estados partes de la Convención de 1948, y que no hayan establecido reserva alguna a su artículo VI.

El artículo 6 del Estatuto de esta Corte⁷² conserva la definición del delito de genocidio dada por la Convención de 1948, sin incluir las atribuciones de responsabilidad del Art. 3 de la Convención de 1948, ya que éstas se rigen de acuerdo a las reglas generales del mismo Estatuto (Art. 25 y siguientes).

Debe destacarse que por problemas de premura para la promulgación del Estatuto⁷³ se decidió no incluir los elementos de los crímenes, pero la posibilidad se deja abierta en el artículo 9 porque en éste se señala que estos elementos serán aprobados con posterioridad⁷⁴.

Actualmente, éstos se contemplan en un Proyecto de elementos de los crímenes⁷⁵ que exige para el delito de genocidio:

Se mantiene el elemento de la intención.

Se debe matar en fomento de tal intención.

⁷¹ Vid supra nota 21.

⁷² Ver Art. 6 de los informes PCNICC de 1999 y 2000 PCNICC/1999/L.5/Rev.1/Add.2 y PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2, PCNICC/2000/1/Add.2, PCNICC/2000/INF/3/Add.2.

⁷³ Lyal S. Sunga EN: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. Kai Ambos, Oscar Julián Guerrero compiladores, 1999, Bogotá, Colombia. Pág. 266.

⁷⁴ “ Artículo 9 Elementos de los crímenes 1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. 2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes: a) Cualquier Estado Parte; b) Los magistrados, por mayoría absoluta; c) El Fiscal. Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. 3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.”

⁷⁵ EN: Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes. Nueva York 13 a 31 de marzo de 2000 y 12 a 30 de junio de 2000. PCNICC/2000/1/Add.2.

El autor debe actuar bajo el patrón de haber sabido o deber haber sabido⁷⁶ que la conducta destruiría, total o parcialmente, tal grupo o que la conducta era parte de un patrón de conductas similares dirigidas en contra del grupo.

El Proyecto de Crímenes contra la paz y seguridad internacionales de la CDI

En los comentarios al Proyecto de Crímenes contra la paz y Seguridad internacionales de 1996 de la CDI, para incorporar al delito de Genocidio dentro de este Proyecto, se alude a la distinción que hizo la Carta del IMT para los crímenes contra la humanidad entre los actos inhumanos y la persecución⁷⁷. Por lo tanto, en el artículo 17 de este proyecto, al mencionar el genocidio se le separa de los crímenes contra la humanidad los que se dejan en el artículo 18 y define al genocidio en términos idénticos a la Convención de 1948.

Por lo tanto, se distinguen como elementos constitutivos del delito de genocidio al *mens rea*, la intención especial, y el *actus reus*, los actos prohibidos.

En los comentarios, al analizarse la intención específica requerida, se hacen observaciones sobre el contexto general, sobre el subordinado y la naturaleza de la orden.

En primer lugar, sobre el contexto general, se advierte que la intención genocida se dirige en contra de un individuo porque éste forma parte de un determinado grupo, es decir, la acción del individuo se enmarca como un paso dentro del objetivo final de la destrucción de todo el grupo. Por lo tanto, la intención para destruir al grupo total o parcialmente ha de ser específica en cuanto deba significar una intención dirigida a destruir a un grupo.

En segundo lugar, el subordinado no puede alegar que carecía de la intención suficiente al afirmar que no tenía conocimiento del plan total; el conocimiento exigido para cometer el delito de genocidio se refiere al objetivo criminal y no al conocimiento de los planes.

Y por último, la naturaleza criminal de la orden permite descubrir que el subordinado no puede ignorar lo obvio, o sea, no puede ignorar que va a cometer un crimen, por lo tanto, no puede ampararse bajo el carácter imperativo de una orden para cometer el delito de genocidio⁷⁸.

Por otro lado, el artículo 18, que abarca los crímenes contra la humanidad, en su letra e) incluye al crimen de persecución separadamente del genocidio por las consideraciones que merece la intención específica; en el caso del genocidio ésta estaría dirigida a la destrucción, en cambio, para el delito de persecución ésta estaría dirigida a la afectación de los derechos fundamentales.

⁷⁶ “*Knew or should have known*”. Este criterio es sumamente interesante para los efectos de la atribución de responsabilidad. Lamentablemente, y en pos de la claridad, no he incluido un análisis más profundo sobre este criterio.

⁷⁷ Para Quintano Ripollés esta distinción surge de las confusiones que derivan de las traducciones francesa e inglesa con la rusa por la inclusión del punto y coma. EN: Tratado de derecho penal internacional e internacional penal. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid 1955. Pág. 615.

⁷⁸ Sobre la naturaleza intrínsecamente antijurídica de una orden y su contenido resulta interesante el art. 33 del Estatuto de la CPI, en cuanto a establecer relaciones con el error de prohibición. Al respecto el texto de dicho artículo establece: “Órdenes Superiores y Disposiciones Legales Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o del superior de que se trate. No supiera que la orden era ilícita; y La orden no fuera manifiestamente ilícita. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”

En conclusión, no ha habido avances positivos internacionales que comprendan más grupos que los ya contemplados en la Convención de 1948 y tampoco frente al esclarecimiento de los actos genocidas, su contexto o alguna herramienta para determinar la intención. Al parecer estos desafíos siguen perteneciendo a la jurisprudencia.

Análisis de sus elementos típicos: Distinciones preliminares

Mens Rea

“Not all the governments would be as stupid as Hitler’s and proclaim such demonic intentions” EN “Genocide, The intent to destroy groups in the genocide Convention: the proposed US understanding. The American Journal of International Law. VOL 78 N° 2 april, 1984.” Le Blanc citando a Sartre. Pág. 381

La intención requerida

En esta parte me propongo analizar paso a paso el elemento subjetivo del delito de genocidio estableciendo los puntos problemáticos y las consecuencias que derivan de los diversos enfoques que se vayan utilizando.

Si bien más adelante me refiero a los términos jurídico – penales que utilizaré, antes de proseguir, me parece necesario dar un concepto del término “intención” como elemento del tipo penal. Para los efectos de mantener una coherencia dentro del esquema de análisis, en esta parte también recurro al Profesor Roxin ⁷⁹.

La intención es una forma de dolo. Es decir, dentro del dolo pueden distinguirse a: *“la intención o propósito entendida como lo que el sujeto persigue; por el dolo directo son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”* ⁸⁰

Para entregar un contenido a estos conceptos, Roxin apunta, desde un punto de vista general, que el dolo puede caracterizarse como un “saber y querer” (elemento cognoscitivo y volitivo). En la intención estos elementos se traducen en *“la suposición, aunque solo sea escasa de provocar el resultado”* y el querer como dirigido a provocar el resultado típico. El autor del tipo dirige su acción a obtener el resultado y es indiferente si ese resultado lo ve como seguro o sólo como posible.

Lo característico del delito de genocidio es que finalmente la acción se dirige con la intención de eliminar al grupo como tal; el asesinato de un individuo es porque se quiere que el grupo deje de existir. En principio, se requiere que esta intención sea específica y dirigida, por lo tanto, no basta el conocimiento de las probables consecuencias de los actos de un individuo.

Esta distinción entre la intención específica (querer el resultado), por un lado, y por otro, el conocimiento general de las circunstancias con consecuencias probables, es una distinción se analizará más adelante en la jurisprudencia cuando me refiera a la doctrina del emprendimiento conjunto utilizada en el caso Krstic y las diferentes nociones que se puedan adoptar respecto del dolo serán analizadas en el capítulo III.

⁷⁹ Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Primera edición CIVITAS. 1997.

⁸⁰ Op. Cit.79, Pág. 415.

Por otro lado, otra distinción necesaria, para el examen del elemento subjetivo del delito de genocidio, es diferenciar entre la “intención” y el “motivo”⁸¹. La “intención”, como la razón de la comisión del delito, por ejemplo, la pertenencia a un grupo determinado; y el “motivo” como otro tipo de razón no considerada en el delito, por ejemplo, por una animadversión personal⁸².

Esto, a la luz de lo que ya se ha examinado sobre genocidio permite plantear la primera pregunta ¿Cómo ha de apreciarse la intención de exterminar a una persona para considerarla parte del acto genocida? Básicamente por pertenecer a alguno de los grupos señalados en la Convención, pero como es evidente, el odio racial, por ejemplo, podría confundirse bajo el pretexto personal de matar a alguien por otro motivo.

Aunque lo anterior pueda solucionarse con un análisis circunstancial apreciado por el tribunal en cada caso, el panorama se complica si se argumenta que además el acto cometido responde a un objetivo militar, porque aquí se confunde la noción de genocidio con la de un crimen contra la humanidad; en ambos casos, el resultado sería la muerte de grupos de civiles inocentes. Por lo tanto, el problema radicaría en la razón de la selección; saber si se mata a los individuos por la aplicación de una estrategia de guerra o porque el asesinato es parte del objetivo final para destruir al grupo.

Desde este punto de vista, el problema puede ser enfocado desde una tercera perspectiva. Es decir, en vez de las dos dicotomías lógicas anteriores: ataque individual y el ataque al grupo, puede agregarse una tercera que ubica a la intención en ambas al considerarla bajo el aspecto del carácter del ataque al grupo. Es decir, ubica a la intención dentro del contexto del ataque al grupo para averiguar si se cometió o no genocidio.

⁸¹ Al respecto, ya en la Discusión de la Convención de 1948, la de entonces URSS, manifestó su preocupación en cuanto a la dificultad probatoria que enfrenta al tener que probar que existió una intención genocida en los que perpetraron el crimen, señalando que los culpables podrían argüir que simplemente se seguían las instrucciones de un superior. El problema, a mi modo de ver, metodológico, fue que URSS propone para salvaguardar esto que sea de resultado destrucción, obviándose la discusión de medidas de afectación de la integridad del grupo, que si bien no terminan en su destrucción si persiguen tal objetivo. Pg. 96.

⁸² El informe de la ONU A/46/10 pg. 254: *“the word motive means the impulse which led the perpetrator to act on the feeling which animated him (racism, religious feeling, political opinion, etc...). No motive of any kind can justify a crime against the peace and security of mankind. Motive must be distinguished from intent, i.e. the deliberate will to commit the crime, which is a necessary condition for the offences covered by the Draft Code”* (La palabra motivo significa el impulso que dirigió al perpetrador para actuar sobre el sentimiento que lo animó (el racismo, el sentimiento religioso, la opinión política, etc...). Ningún motivo de cualquier tipo puede justificar un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. El motivo se debe distinguir de la intención, es decir la voluntad deliberada para cometer el crimen, que es una condición necesaria para las ofensas que cubrió este Proyecto de código). También Jelisić Fallo de 05.07.01 P.49. En relación con este punto estoy en desacuerdo con lo propuesto por Quintano Ripollés Op. Cit. 77 al señalar en Pág. 654, que debe distinguirse entre los móviles del dolo señalando que la convención hace énfasis en “un factor psicológico periférico”, pues desde ya se debe tener presente que en la discusión de la Convención, la mayoría de los países manifiesta el deseo de no expresar aquello. Pág. 84 y ss. EN: Official records...Op. Cit. 59 Incluso, Filipinas insiste la importancia de diferenciar entre “intención”, “motivo” y “premeditación”; *“in his view, premeditation signified persistent though devoted to the attainment of a goal which one had set for oneself”* (En su opinión, premeditación significó una conducta persistente aunque fiel al logro de una meta que se había puesto para sí mismo). Más aún, la palabra *deliberate* decide no incluirse porque se considera que la “intención” particular ya estaba considerada en la definición del genocidio. Las traducciones son mías. En el artículo de Greenawalt, Rethinking Genocidal Intent: the case for a knowledge based interpretation 99 Colum. L. Rev. 2259, Dec. 1999, también se alude a la diferencia entre la intención y el motivo para diferenciar lo que se considera entre un “crimen de odio” de aquellos basados en objetivos raciales o en una selección discriminatoria.

Por el momento, y sin pretender dar ahora una solución a estas complicaciones, esta débil delimitación entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad⁸³ (como ataque a civiles inocentes), al menos permite que, si no pudo probarse la intención específica requerida para el delito de genocidio, igual se pueda calificar de manera residual como un crimen contra la humanidad, como la exterminación, si es una eliminación indiscriminada y como persecución, si hay una intención discriminatoria atenuada.

Sin embargo, el problema continúa y es más difícil de sobrellevar si ahora, desde otro punto de vista, se analiza que tanto para el crimen de guerra, como para el genocidio, se trata de un grupo que representa una amenaza y por ello es exterminado. ¿Cómo identificar si existe o no intención especial?

Al respecto, es ilustrativa la distinción de la autora Helen Fein⁸⁴, quien advierte que para lograr distinguir entre la política de terror de un Estado (crimen de guerra) y el genocidio, es necesario atender a las razones de elección de las víctimas. La dilucidación del problema, para esta autora, estaría en el plan previo como objetivo que determinaría la acción de los agentes. Por ejemplo,⁸⁵ para distinguir entre la bomba atómica de Hiroshima (crimen de guerra) y el exterminio nazi (genocidio) se debe atender al *Mens Rea* del delito; si se ubica antes o después de su comisión. En el caso del crimen de guerra sería después como un mero resultado o estrategia de la guerra y, en el caso del genocidio sería antes, como la ejecución de un plan generalizado y sistemático de eliminación.

Pero, sobre estas apreciaciones cabe hacer dos advertencias; la primera, en el caso del crimen de guerra no queda resuelto si es necesario que exista un plan previo y cómo, eventualmente se probaría su influencia en el crimen (después de Hiroshima vino Nagasaki) y la segunda, que en cualquiera de estos casos, igual se trata de una supresión de un grupo o, de la imposición de un grupo de personas, sobre otro.

Por lo tanto, ¿Cómo diferenciar entre la matanza aleatoria de miles de civiles con una que forma parte de un plan genocida⁸⁶? ¿Es el plan un elemento del crimen o sólo una circunstancia que permita probarlo?

⁸³ Greenawalt, Rethinking Genocidal Intent *vid supra* nota 82: "Yet in cases where the proclaimed motive of persecution is something other than that of group destruction, this attitude may be absent or difficult to identify. One might argue that such situations constitute genocide on the theory that genocidal purpose can be means and not an end. Certainly, one could not exonerate Hitler on the ground that his purpose was the pursuit, for example, of "German purity" and that the destruction of Jews was merely a means to this end". (Incluso en los casos donde el motivo proclamado de la persecución sea diferente a la destrucción del grupo, esta actitud puede estar ausente o difícil de identificar. Uno quizás discuta que tales situaciones constituyen genocidio en la teoría que el propósito genocida puede ser un medio, pero no un fin. Ciertamente, uno no podría exonerar a Hitler sobre la base que su propósito era obtener, por ejemplo, "la pureza alemana" y que la destrucción de judíos era meramente un medio para lograr ese fin). La traducción es mía.

⁸⁴ Quien define al genocidio como "Sustained purposeful action by a perpetrator to physically destroy a collectivity directly or through interdiction of the biological and social reproduction of group members" (Acción sostenida a propósito por un perpetrados para destruir físicamente a una entidad de manera directa o por la intercepción de la reproducción biológica y social de miembros de un grupo). La traducción es mía. Para esta autora el bien jurídico protegido por la tipificación del delito de genocidio es la vida. Pág. 97 Op. Cit. 46.

⁸⁵ Ibid. anterior, pg 105 y ss.

⁸⁶ Aunque debe tenerse presente que en la discusión de la Convención de 1948 ya se señaló que la diferencia radicaría en que el genocidio puede ser cometido tanto en tiempos de paz como de guerra, y el crimen de guerra sólo en tiempos de guerra. Por lo demás, respecto de la confusión que pueda existir es interesante lo señalado en Akayesu en cuanto a que la disputa política habría sido utilizada para esconder las intenciones de matanza de un grupo determinado, finalmente calificando estas acciones como genocidas. Op. Cit. 31 02.09.98 P. 127: "The execution of this genocide was probably facilitated by the conflict, in the sense that

Otra manera de diferenciar entre estos crímenes pareciera ser en principio, la existencia de una confabulación para el exterminio de personas pertenecientes a un grupo determinado⁸⁷ es decir, ya no es necesario probar un plan concertado sino sólo la existencia de determinadas circunstancias, por ejemplo, el hecho de pertenecer a una organización que tenga por objeto fines criminales, como lo hicieron los nazis. Sin embargo, frente a este argumento se puede seguir alegando que se debía obedecer las órdenes que recibía de matar a las personas y que por ello se cometían los delitos, por lo tanto, igual no existiría la intención especial genocida. O, por otro lado, que por el sólo hecho de pertenecer a una organización se deba presumir responsabilidad en el hecho ilícito (cuestión que infringiría, al menos así planteado el principio de culpabilidad).

En síntesis, desde el punto de vista subjetivo, todavía quedan desafíos doctrinarios para poder delimitar la intención especial requerida. Pretendo ir solucionando estos desafíos en lo que sigue de esta investigación.

Precisiones sobre el mens rea genocida

"Ben-Eliezer: "You knew that you would kill innocent people - women and children. Do you hate the Jews that much?"

Stiti: "No, not at all. I don't hate Jews. That's not it. I just wanted to take part in my people's war of national liberation. It's a holy war for the liberation of occupied Palestine. That's what I was thinking all the time."

(Esto es un extracto de una entrevista a una joven *shaheed*, que quiere decir mártir, por un atentado suicida frustrado, publicada en http://www.virtualjerusalem.com/news/infocus/?disp_feature=tfkYx5.var)

Después de analizar al *mens rea* genocida, y los problemas que surgen a partir de éste, me parece importante vincularlo con dos aspectos: al plan o política común y la participación conjunta que pueda existir entre los individuos.

Sobre la política común, si ésta se demuestra es más fácil probar que el individuo tenía una intención genocida. Si no se puede probar este plan y sólo se prueba la existencia de una actuación conjunta, donde los individuos puedan alegar que actuaban sólo bajo las órdenes de sus superiores, por lo tanto, no tenían facultades para decidir, la prueba de esta intención es más difícil, porque los individuos pueden alegar que no sabían exactamente cuáles eran los designios del grupo.

the fighting against the RPF forces was used as a pretext for the propaganda inciting genocide against the Tutsi, by bringing RPF fighters and Tutsi civilians together, though dissemination via the media of the idea that every Tutsi was allegedly an accomplice of the Inkotanyi. Very clearly, once the genocide got under way, the crime became one of the stakes in the conflict between the RPF and the RAF" (La ejecución de este genocidio fue facilitada probablemente por el conflicto, en el sentido que el luchar contra las fuerzas de RPF se utilizó como un pretexto para la propaganda que incita al genocidio contra los Tutsi, a través de identificar a los combatientes del RPF y civiles juntos, a través de la diseminación vía medios de la idea que cada Tutsi era supuestamente un cómplice del Inkotanyi. Claramente, una vez que el genocidio comenzó, el crimen llegó a ser una de las estacas en el conflicto entre el RPF y la RAF). La traducción es mía.

⁸⁷ Caso CIJ 1999 Application by the Republic of Croatia instituting proceeding against the Federal Republic of Yugoslavia. Application of the Convention on the prevention and Punishment of the crime of Genocide., 2 July p. 15. Ya Lemkin señalaría en *Axis Rule in Occupied Europe* que desde antiguo las guerras son contra soberanos y armados y no contra sujetos civiles, siendo la guerra un medio para llevar a cabo una política genocida. Además, EN: Genocide as a crime under international law, American Journal of International Law (1947) Volume 41 (1): 145 – 151, excluye la noción de *mass murder* porque se trataría de un exterminio que no estaría basado en una cohesión determinada. El genocidio, en cambio, se trata de la negación de la existencia de un grupo determinado.

Desde este punto de vista, la lógica tras la disociación de lo que serían acciones genocidas nacionales, raciales o religiosas de la Convención de 1948, sería la de separar la intención del resultado, distinguiendo así la motivación del resultado material de la comisión del delito.

Esta disociación permite destacar dos ideas del *mens rea* genocida:

No necesariamente la intención para que sea considerada como tal, debe producir la consecuencia perseguida, sino que debe estar dirigida a la persecución del objetivo, es decir, la de destruir a un grupo de personas total o parcialmente.

Aquí es donde es interesante referirse a un conjunto de personas que actúan de manera organizada, porque la perspectiva que se adopte para enfocar al delito de genocidio determina la responsabilidad que les cabe a cada uno de los individuos que intervinieron en los hechos.

Al respecto, la CDI en su Informe de 1996 sobre el Proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad, señala que si se asesina a un individuo, este asesinato, para ser considerado como un acto genocida, debe haber sido cometido porque el individuo pertenecía a un grupo determinado y como parte del objeto final de atacar a dicho grupo, por lo tanto, lo decisivo no es la individualidad de la persona, sino su pertenencia a un determinado grupo⁸⁸. Esto permite deducir que tal vez haya sido necesario un plan anterior, pero me parece, a la luz de todo lo expuesto, que se refiere más bien a su notoriedad, noción que se puede determinar a través de lo generalizado o sistemático⁸⁹.

Por lo tanto, para calificar al delito de genocidio, debe decidirse cuál es el bien jurídico protegido y el grado de afectación del bien. ¿Se trata de la vida e integridad física y psíquica de cada uno de los individuos por pertenecer a dicho grupo o de la existencia del grupo como tal? ¿Debe producirse una exterminación completa?

Las respuestas a las preguntas anteriores son sencillas, en el sentido que el objetivo sería proteger al grupo y no sería necesaria la destrucción completa de éste, sino una afectación sustancial a los miembros del grupo. Sin embargo, en la práctica las respuestas son más complejas si se utiliza a la intención como elemento de análisis.

Porque al enfocar al genocidio bajo la noción de intención⁹⁰ se califica a la acción desde el punto de vista subjetivo; se trata de la liquidación de personas sin una justificación aparente más que por la inevitable calidad que ellos poseen. ¿Cómo distinguir el genocidio del homicidio a un individuo derivado de una antipatía personal? ¿Qué sucede si ya existe

⁸⁸ Esto se puede vincular con un ejemplo de Quintano Ripollés, Pág. 648 *vid supra* nota 77: “*Quien matase a un negro (sic) para robarle, perpetra un delito común interno de robo con homicidio; si lo hace por ser de raza negra y movido por ese sentimiento de odio racial, el acto es susceptible de integrar un crimen contra la humanidad; en fin, si al perpetrar el homicidio se persigue programáticamente un objetivo de exterminio sistemático de la raza negra, se incide en la especie criminal genocida*”.

⁸⁹ Al respecto en los informes sobre los elementos de los crímenes de la CPI se advierte sobre el conocimiento; “*The first two elements for each crime against humanity describe the context in which the conduct must take place. These elements clarify the requisite participation in and knowledge of a widespread or systematic attack against a civilian population. However, this element should not be interpreted as requiring proof that the accused had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization*” (Los primeros dos elementos para cada crimen contra la humanidad describen el contexto en el que la conducta debe suceder. Estos elementos clarifican la participación necesaria en ellos y el conocimiento de un ataque masivo o sistemático contra una población civil. Sin embargo, este elemento no se debe interpretarse como una prueba del conocimiento del acusado de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización).PCNICC/1999/L.5/Rev. 1 Add.2.

⁹⁰ Alexander A. Greenawalt, Rethinking Genocidal Intent *vid supra* nota 82.

un plan generalizado de asesinatos y una persona ya había decidido ser parte de la organización que los comete, y luego es ordenada a cometer los crímenes por un superior? ¿Cometería genocidio? ¿Puede utilizarse la noción de masivo para determinar la intención genocida⁹¹? ¿Qué sucede con las personas que no cometen de propia mano el delito? ¿Qué importancia le atribuye la jurisprudencia a personas que forman parte del plan genocida?

Actus Reus

“The conception of genocide cannot be regarded on the plane of conventional penal law. An individual cannot murder an entire people.” Argumento de la defensa en el caso RUSHA ante el TMI. P. 702.

La metodología utilizada para analizar este elemento ha sido primero desglosar cada uno de los elementos positivos utilizados por la Convención de 1948 para luego hacer precisiones sobre la destrucción del grupo “como tal”.

En primer lugar, sobre la *“matanza de los miembros de un grupo”* el ICTR destaca, a partir del fallo Akayesu, que existe una diferencia entre la traducción inglesa de *“killing”* de la francesa de *“meutre”*. La traducción inglesa, en opinión del tribunal, sería más amplia porque incluiría tanto el homicidio intencional como al no intencional, por lo tanto, basándose en el principio de derecho penal de la interpretación *pro reo*, este tribunal prefiere la traducción francesa para atribuir la responsabilidad individual, es decir, el individuo solo será responsable cuando el homicidio sea intencional⁹².

En segundo lugar, la *“Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”* puede referirse entre otras (no está limitada), a la tortura (física y psicológica), a los tratos inhumanos o degradantes y a la persecución⁹³. Estas lesiones, no necesariamente implican que el daño causado sea permanente o irremediable.

En tercer lugar, el *“Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;”* puede referirse a una expulsión sistemática de las personas de sus hogares, expulsión que debe estar dirigida a la destrucción física del grupo. Debe advertirse que este sometimiento no necesariamente consiste en matar, sino que sólo se exige que tenga como objetivo la destrucción final del grupo.

En cuarto lugar, dentro las *“Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”* se pueden incluir, entre otras, a las mutilaciones sexuales, los controles de natalidad y a la separación forzada entre hombres y mujeres; cualquier medida que se adopte puede ser física o psicológica. Debe destacarse que dentro de estas medidas se menciona específicamente como genocida a la eventual situación que pueda presentarse

⁹¹ Por lo menos en el caso de Jelusic Op. Cit. 30, la respuesta sería negativa. 14.12.99 p. 53, porque el carácter masivo serviría más bien para establecer un crimen contra la humanidad, y no para el genocidio porque existiría el *mens rea* requerido.

⁹² Todo el análisis sobre las letras del artículo sobre el genocidio se basa en el fallo: Akayesu ante el ICTR Op. Cit. 31 02.09.98 P.500 y siguientes. Ver también: Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P.155 y ss., Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 P. 50 y ss., Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 P. 101, Niyitegekai Op. Cit. 16.05.03 P. 431 y Semanza Op. Cit. 33 15.05.03 P.318. Ante el ICTY Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 513 y ss.

⁹³ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 504 :*“For the purpose of interpreting art. 2 (2) (b) of the Statute, the Chamber takes serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhuman or degrading treatment, persecution”*. (“Con el objeto de interpretar el artículo 2 (2) (b) del Estatuto, el Tribunal considera que los daños físicos o mentales graves, sin significar que estén limitados, se refiere a actos de tortura, física o mental, trato inhumano o degradante, persecución”) La traducción es mía.

en sociedades patriarcales en las que una mujer es deliberadamente violada por un hombre de otro grupo por lo que el hijo que nace no pertenecerá al grupo de la madre. Esto, por la similitud que existe entre esta situación y la violación sexual como medio de “limpieza étnica”⁹⁴.

Finalmente, el “*Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*” no sólo se refiere a un traslado directo sino que además a los que resulten de una amenaza o trauma.

Respecto de todas estas medidas, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer lugar, cada una de estas medidas o maneras de cometer el delito de genocidio posee una atribución de responsabilidad independiente de lo que significa decidir si existió o no el delito. Es decir, desde el punto de vista de las acciones que se cometen, es distinto determinar que una acción es genocida (tipo) a determinar las acciones que sirven para fijar el nivel de participación. Por ejemplo, es distinto averiguar si quien disparó (y acertó y mató) a un individuo tenía la intención jurídico penal relevante para el tipo genocida (porque pertenecía a un grupo determinado), que la de averiguar su nivel de intervención en los hechos (por ejemplo, si se le había ordenado matar, o si confiaba en que había otro individuo que también dispararía). Este ejercicio lógico permite diferenciar entre un autor, cómplice o encubridor de lo que es determinar si hubo o no genocidio.

En segundo lugar, es interesante cómo la jurisprudencia, y en especial la del ICTR, para definir al grupo protegido recurre a la idea que se trata de proteger a los grupos estables, lo que constituye una afirmación de lo que podría considerarse como un elemento identificador del concepto de genocidio dado por la Convención de 1948, lo que presenta ventajas y desventajas⁹⁵.

En tercer lugar, se debe precisar que el ataque dirigido contra el grupo no requiere que el resultado sea la desaparición completa del mismo, sino que se afecte, como la mayoría de la jurisprudencia lo apoya, una parte sustancial del mismo⁹⁶. Sin perjuicio de ello, esta

⁹⁴ PROSECUTOR V. ANTO FURUNDZIJA, CASE N° IT- 95- 17/1 “LASVA VALLEY” (En adelante Furundzija) 10.12.98 P.172: “*The prosecution of rape is explicitly provided for in Article 5 of the Statute of the International Tribunal as a crime against humanity. Rape may also amount to a grave breach of the Geneva Conventions, a violation of the laws or customs of war or an act of genocide, if the requisite elements are met, and may be prosecuted accordingly.*” (La violación está explícitamente proscrita como un crimen contra la humanidad en el estatuto del tribunal. La violación puede también ser una grave violación de los Convenios de Ginebra, una violación de las leyes o costumbres de guerra o, si los requisitos se cumplen, un acto de genocidio, y puede ser proseguido”) La traducción es mía.

⁹⁵ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 516: “*In the opinion of the Chamber, it 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.*” (En opinión del tribunal es de particular importancia respetar la intención de quienes hicieron la Convención contra el Genocidio, la cual de acuerdo a los trabajos preparatorios, era asegurar la protección de cualquier grupo estable y permanente”) La traducción es mía. Las ventajas de esta afirmación descansa en que no restringe el concepto a los enumerados en la Convención, pero las desventajas serían que excluye a los inestables (no sería finalmente un criterio objetivo ¿quién define lo estable?). Ver también Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P. 163.

⁹⁶ Jelusic Op. Cit. 51 14.12.99 P. 82: “*Given the goal of the Convention to deal with mass crimes, it is widely acknowledged that the intention to destroy must target at least a substantial part of the group.*” (Dado el ‘goal’ de la Convención de tratar con los crímenes en masa, es ampliamente reconocido que la intención de destruir debe estar dirigida al menos a una parte sustancial del grupo) y Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 522. Ver también: PROSECUTOR V. DUSKO SIKIRICA, DAMIR DOSEN, DRAGAN KOLUNDZIJA, IT- 95 – 8 (En adelante Sikirica et al.) 03.09.01 P. 65, Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 P. 96, Semanza Op. Cit. 33 15.05.03 P. 316, Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P.64.

parte sustancial del grupo no siempre es numérica, sino que además puede tener relación con lo que significa para el grupo la destrucción⁹⁷.

En cuarto lugar respecto de la destrucción del grupo, la ya analizada intención genocida debe estar dirigida a la destrucción de un grupo como tal, esto es, los actos han de ser un medio para lograr tal objetivo⁹⁸.

Debe destacarse que la palabra destrucción sólo ha de ser considerada en su sentido material, esto es, causar el resultado muerte. Además, no es necesario obtener el objetivo final en el sentido de destruir totalmente el grupo⁹⁹ sino que debe afectarse de una manera

⁹⁷ Por ejemplo, en el caso PROSECUTOR V. RADISLAV KRSTIC IT- 98- 33 (En adelante Krstic) Fallo de 02.08.01 se hace un interesante alcance al afirmar en su P. 585: "*The Trial Chamber is therefore of the opinion that the intent to destroy a group, even if only in part, means seeking to destroy a distinct part of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it. Although the perpetrators of genocide need not seek to destroy the entire group protected by the Convention, they must view the part of the group they wish to destroy as a distinct entity which must be eliminated as such. A campaign resulting in the killings, in different places spread over a broad geographical area, of a finite number of members of a protected group might not thus qualify as genocide, despite the high total number of casualties, because it would not show an intent by the perpetrators to target the very existence of the group as such. Conversely, the killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide if carried out with the intent to destroy the part of the group as such located in this small geographical area. Indeed, the physical destruction may target only a part of the geographically limited part of the larger group because the perpetrators of the genocide regard the intended destruction as sufficient to annihilate the group as a distinct entity in the geographic area at issue. In this regard, it is important to bear in mind the total context in which the physical destruction is carried out.*" (El Tribunal Oral es por tanto, de la opinión que la intención para destruir a un grupo, incluso solo en parte, significa buscar destruir una parte distintiva del grupo en oposición a una acumulación e actos aislados individuales. Aunque los perpetradores del genocidio no necesitan buscar la destrucción del grupo por completo protegido por la Convención, ellos deben ver que la parte del grupo que desean destruir como una entidad separada que debe ser eliminada como tal. Una campaña que resulta en los asesinatos, en diferentes lugares esparcidos en una amplia área geográfica, de un número finito de miembros de un grupo protegido puede que no califique como genocidio, aunque exista un alto número de casualidades, porque no demostraría una intención de los perpetradores de tener como objetivo la verdadera existencia del grupo como tal. Asimismo, el asesinato de todos los miembros de una parte de un grupo localizado en una pequeña área geográfica, aunque destruya un menor número de víctimas, satisface el criterio de genocidio si fue llevada a cabo con la intención de destruir la parte del grupo como tal ubicado en esa área geográfica. Sin dudas, la destrucción física puede tener como objetivo solo una parte limitada geográficamente de un grupo más grande porque los perpetradores del genocidio consideraban la intención de destrucción como suficiente para eliminar el grupo como entidad distinta en el área geográfica en comento. Sobre este tema, es importante tener en mente el contexto total en el que la destrucción física se lleva a cabo). La traducción es mía.

⁹⁸ Op. Cit. 97 Krstic Fallo del 02.08.01 P.552: "*In 1951, following the adoption of the Genocide Convention, the International Court of Justice observed that the Convention looked 'to safeguard the very existence of certain human groups and [...] to confirm and endorse the most elementary principles of morality'. The ILC also insisted on this point in 1996: The group itself is the ultimate target or intended victim of this type of massive criminal conduct[...] the intention must be to destroy the group 'as such', meaning as a separate and distinct entity*" (En 1951, siguiendo a la adopción de la Convención contra el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia observó que la Convención buscaba "salvaguardar la existencia de ciertos grupos humanos y [...] confirmar y aprobar los principios más elementales de la moralidad". La CDI también insistió en este punto en 1996: El grupo mismo es el último objetivo o víctima en este tipo de conducta criminal masiva [...] la intención debe ser la de destruir el grupo 'como tal', como una entidad separada y distinta). La traducción es mía. Ver también: Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.522 y Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 21.05.99 P. 99.

⁹⁹ Sobre las consideraciones de cuál grupo es el protegido, es interesante la conclusión de la jurisprudencia del ICTR que señala que para la determinación de éstos se había establecido un criterio subjetivo general que deriva de la intención de los creadores de la Convención habría sido proteger los grupos estables; por ende la calificación de un grupo es circunstancial y debe ser establecido caso a caso. Debe destacarse que en Ruanda los Hutus y los Tutsis comparten la misma nacionalidad, raza, religión; lo único que los diferencia sería más bien una noción socioeconómica por la posesión de tierras. Un ejemplo de criterio subjetivo; Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.516 (op cit. Nota 84). Ver también: Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 p.58 y 377, Musema Op. Cit. 31 27.01.00

substancial su existencia. ¿Pero puede ser el genocidio un crimen contra una minoría de personas? ¿Puede existir un genocidio dentro de los miembros de un mismo grupo?

Frente a estas interrogantes, son relevantes las inquietudes expresadas en el Informe del Relator Especial de la ONU Whitaker¹⁰⁰ en 1985 sobre el delito de genocidio, en el que opina que la explotación económica y sexual de determinadas personas sería una manifestación del genocidio e incluso agrega como manifestaciones de este delito a las modalidades de exterminación o afectación a la existencia de determinadas personas, como el etnocidio y el ecocidio¹⁰¹. Es decir, destaca la necesidad de ampliar más el ámbito en el que han de considerarse los actos genocidas.

Las dudas sobre cuáles serían los actos a considerar como genocidas, son interesantes porque pueden inducir a plantear si se debe regular cada uno de los actos por separado para especificar los elementos necesarios para cometer el delito de genocidio todos de manera conjunta visto desde el punto de vista del contexto general.

Por otro lado, otro aspecto a considerar sobre la ejecución material del crimen, es el eventual conflicto que podría existir entre la libertad de expresión y la difusión de la propaganda genocida según ya lo manifestó Estados Unidos en la discusión de la Convención de 1948¹⁰². Es decir, a partir de qué punto puede considerarse que la libre expresión de un individuo incita a un plan genocida¹⁰³.

p.163. Este criterio también se habría señalado en el ICTY en el caso Jelisić Op. Cit. 51 Fallo del 14.12.99, P. 70: *"The Trial Chamber consequently elects to evaluate membership in a national, ethnical or racial group using a subjective criterion. It is the stigmatization of a group as a distinct national, ethnical or racial unit by the community which allows it to be determined whether a targeted population constitutes a national, ethnical or racial group in the eyes of the alleged perpetrators"* (Consecuentemente, el Tribunal Oral elige evaluar la membresía a un grupo nacional, étnico o racial utilizando un criterio subjetivo. Es la estigmatización de un grupo por la comunidad como una entidad distinta, nacional, étnica o racial lo que permite determinar si la población seleccionada constituye un grupo nacional, étnico o racial a la vista de los pretendidos perpetradores) en cuanto a criterio subjetivo. Esta idea también está en Krstić Op. Cit. 97 02.08.01 P. 557. Por otro lado, sobre esta defensa de grupos estables, es interesante la posición de la defensa en el caso Op. Cit. 96 Sikirica et al. Fallo del 03.09.01 P. 13 ya que excluye, como una manera de afectación al grupo, a los asesinatos de sus líderes políticos porque en su opinión, ello sería incluir la protección a los grupos políticos, grupos que fueron expresamente excluidos de la Convención de 1948: *"The Sikirica Defence refers to the Oxford English Dictionary which defines "political" as meaning "of or concerning the State or its government, or public affairs generally". Based on this meaning, the Defence submits that political, administrative, religious, and business leaders, as well as academic and intellectuals, all participate in "public affairs generally". The Defence notes that political groups were excluded from the 1948 Genocide Convention and that it is not the law that the killing of such people can be an offence of genocide under international law, including the 1948 Genocide Convention or the Statute"* (La Defensa de Sikirica se refiere al Diccionario de Inglés de Oxford el que define a lo "político" como aquello "que se refiere al Estado o a su gobierno, o a los asuntos públicos en general". Y basándose en este significado, la Defensa nota que los grupos políticos fueron excluidos de la Convención de 1948 y que no sería legal que el asesinato de tales personas pueda constituir genocidio bajo el derecho internacional, incluyéndose la Convención del Genocidio de 1948 o el Estatuto). La traducción es mía. Sobre este tema, sería interesante vincular esta idea con lo que significa la afectación substancial al grupo; si los líderes políticos representan al grupo ¿no sería una afectación al grupo asesinarlos?.

¹⁰⁰ E/CN.4/Sub2/1985/6, 2 July 1985.

¹⁰¹ Op. Cit., Párrafo 33.

¹⁰² EN:Official Records... *Vid supra* nota Página 214.

¹⁰³ Al respecto es interesante el caso Friedman, Amparo 5.12.89, Tribunal Constitucional Español N°214/91, España, que aunque versa principalmente sobre el derecho al honor versus la libertad de expresión, hace interesantes alusiones a la propaganda genocida y al papel que puede cumplir el Estado; en cuanto a la eventual negación de la legitimación activa de la señora Friedman como judía para protestar contra las declaraciones del señor Degrelle, se señala: *"el Estado español de derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad..."* y que el artículo 20.2 del

Al respecto, al momento de discutirse los elementos del genocidio a considerar en la Convención¹⁰⁴, se hizo alusión a la incitación de cometerlo. En aquel entonces, la URSS propuso un nuevo artículo para eliminar a aquellas organizaciones que tenían por objetivo elevar el odio racial, nacional o religioso e incitar a la comisión de actos genocidas. Esta proposición fue rechazada por 25 votos contra 7 con 6 abstenciones; porque aparte de las observaciones que se hicieron a raíz de la libre asociación, países como Egipto, hacen una diferencia entre la propaganda genocida (incitar al odio racial, nacional o religioso), y la incitación general. La segunda, se excluye porque es un concepto demasiado vago para incluirlo en la Convención, y la primera se excluye porque la incitación a cometer genocidio estaría incluida en el artículo 3 letra c) de la Convención bajo los términos de “instigación a cometerlo”.

Hacia un concepto de genocidio

Una vez introducidos los elementos del delito de genocidio y las preguntas que surgen a partir de éstos, me ha parecido importante exponer ahora y no antes (para tener un juicio más imparcial) definiciones de genocidio que se tendrán en mente al momento de ir estudiando este delito.

Como ya señalé, Lemkin, aparte de concebir la palabra genocidio, también distinguió una serie de elementos de dicho crimen¹⁰⁵ entre los que cabe destacar al *Mens Rea* que lo concibe como la intención de destruir o degradar, y al *Actus Reus* que es la acción que debe representar una amenaza seria para la existencia de un grupo.

Respecto del elemento subjetivo, Lemkin advirtió que antes de contemplar la intención en un tratado internacional, debía tenerse en mente que ésta se traducía expresamente en conspiración. Sobre las consecuencias de esta proposición, en cuanto a incidir en la calidad de los partícipes, me referiré en el apartado de las consideraciones de derecho penal.

Por el momento, y sin pretender agotar las definiciones del genocidio, me parece importante dar las siguientes por su importancia doctrinaria.

La primera es de una de las principales figuras en el derecho internacional penal moderno, M. Cherif Bassiouni. Para él el concepto de genocidio es bastante parecido al actual, pero con algunas modificaciones más bien del tipo penal. Este autor lo define como:

“Los actos siguientes son constitutivos del crimen de genocidio, tanto en tiempos de paz como de Guerra, si se realizan con el propósito de destruir en todo o en parte un

Pacto de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribido”. Pg. 132. EN: Derechos Humanos, textos y casos prácticos, Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, 1996. También Akayesu 02.09.98 P. 556 y siguientes. En Kambanda 04.09.98 P.39 vi), existe una expresa referencia: “the use of the media as part of the plan to mobilize and incite the population to commit massacres of the civilian Tutsi population” (El uso de la media como parte del plan para movilizar e incitar a la población a masacres contra la población civil Tutsi) Esto en relación con el caso PROSECUTOR V. GEORGES RUGGIU ICTR 97 – 32 Fallo del 01.06.00 (en adelante Ruggiu), porque Kambanda también participó en la radio RTLM que era conocida por incitar al odio contra los Tutsis.

¹⁰⁴ EN: Official Records... *Vid supra* nota Páginas 459 y siguientes.

¹⁰⁵ A saber: la intención de destruir o degradar determinados grupos nacionales, religiosos o raciales; que el ataque sea una amenaza seria a la vida, libertad, salud, economía y si quienes cometen el delito son representantes de Estado o de Grupos Sociales o políticos organizados, no puedan argüir estar siguiendo las leyes de su país (ello es evidente, por la política gubernamental nazi en que el propio Jefe de Estado, Hitler, promovía el plan genocida). Además, señala que se trata de un delito internacional al indicar el principio *aut dedere aut iudicare* y de aconsejar la creación de una CPI. En Genocide *FREE WORLD* - “A Non-Partisan Magazine devoted to the United Nations and Democracy,” published in five languages. [*Free World*, Vol. 4 (April, 1945), p. 39- 43]

*grupo nacional, étnico, racial o religioso: a) Causación de la muerte a los miembros del grupo. B) Causación de graves daños corporales o mentales a los miembros de un grupo. C) Sumisión deliberada a grupos a condiciones de vida dirigidas a producir su destrucción física, total o parcial. D) Imposición de medidas dirigidas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. E) Traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo*¹⁰⁶”.

De esto se deduce que habría sido más cauteloso en los términos empleados “causación” de muerte y no, matanza.

También existe una definición de la ONU del genocidio que me parece relevante por la relación con los tribunales *ad hoc* ICTR e ICTY:

*“Es la negación del derecho a existencia de grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación de dicho derecho a la persona individual; tal negación trastorna y escandaliza a la conciencia humana; inflige graves pérdidas a la humanidad, que se ve así privada de las aportaciones culturales o de otro tipo de estos grupos y es contraria a la moral así como al espíritu y a los fines de la ONU*¹⁰⁷”.

Por otro lado, actualmente existen autores que hacen una clasificación del genocidio según sus manifestaciones que se derivan del texto positivo de la Convención, en físico, biológico y cultural¹⁰⁸.

Respecto de esta tendencia a clasificarlo deben comentarse dos cosas; la primera, es que Lemkin decide no utilizar la palabra desnaturalización (refiriéndose a la pérdida de nacionalidad) porque no consideraría el factor biológico (es decir, consideraciones de raza), y la segunda, que es interesante la manera en la que este autor aborda el tema de los actos genocidas, clasificándolos en diversas *técnicas* como lo son: las políticas, sociales, culturales, religiosas, morales, económicas, biológicas y físicas. Esto porque, el mismo creador del concepto se refiere a estas técnicas dentro de la acción genocida, no como consecuencia, ni como conceptos excluidos, ni como el motivo, sino que como estrategias para lograr el objetivo¹⁰⁹ de destruir al grupo.

Además, me parece importante destacar que al momento de determinar el bien jurídico protegido por el delito de genocidio, se deben introducir reflexiones de relevancia internacional, pues así se adscribe a este crimen dentro de su sistema de protección.

Así, por ejemplo, desde un punto de vista histórico, y para reflejar el repudio internacional que existe para este crimen, en la discusión del proyecto de la Convención de 1948, se intentó incluir en el preámbulo a los juicios de *Nuernberg* para manifestar el repudio que existe frente a políticas de exterminio toleradas o incentivadas por el Estado y ello no se hizo así para no limitarlo a un suceso temporal.

Por último, si bien en esta investigación se desarrolla el análisis del genocidio a partir del concepto contemplado en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, que son idénticos

¹⁰⁶ EN: Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. M. Cherif Bassiouni. Editorial Tecnos. Madrid 1984.

¹⁰⁷ AG ONU Resolución 96 (I), 11 de diciembre de 1946.

¹⁰⁸ Donnedieu de Vabres, EN: El Delito de Genocidio, Canosa María José, Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Año Lectivo 185 – 1086/Enero 1986 N° 35, Caracas, Venezuela, Pág. 139; El Genocidio. Alcaíno Barros, Alfredo. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1952, Pág. 25. Clasificación que deriva del Proyecto enviado por el ECOSOC a la AG.

¹⁰⁹ Para esta idea: Genocide- A modern crime, *Op. Cit.* 105.

a los de la Convención de 1948, esta investigación descansa sobre una premisa aparte y fundamental para lograr su objetivo; el delito de genocidio es un delito que consiste en una masacre masiva de personas en la que a su vez, se ven involucradas otro conjunto de personas que lo cometen. Por lo tanto, en esta investigación se parte de la base que para atribuir responsabilidad individual, aunque haya sido una persona la que ha asesinado, han habido más personas involucradas.

Esta premisa es básica para entender la lógica de esta investigación que está dirigida a analizar los elementos típicos de este delito (*actus reus* y *mens rea*) a partir del caso Radislav Krstic.

La persecución y el genocidio

Esquema de sus elementos jurídicos

Una vez introducidos los elementos del genocidio y la persecución, es conveniente hacer un esquema comparativo de sus elementos para advertir sus similitudes y sus diferencias. Para la comparación de sus elementos he escogido la Convención de 1948 para el delito de genocidio porque, desde el punto de vista positivo, ésta no ha sufrido mayores modificaciones, en cambio, para el delito de persecución y su elemento subjetivo, he escogido los términos positivos de la Corte Penal Internacional, artículo 7 letra h¹¹⁰.

Mens Rea : “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

GENOCIDIO Protege la existencia del grupo

Actus Reus : Medidas destinadas a destruir al grupo como tal, total o parcialmente¹¹¹.

Mens Rea : Persecución por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género, además de la intención general de los Crímenes contra la humanidad, que consisten en el conocimiento del contexto generalizado y en la existencia del conflicto armado.

PERSECUCIÓN

Protege la afectación de los derechos fundamentales de las personas sobre la base de la intención descrita

Actus Reus : Medidas destinadas a la privación de los derechos fundamentales de los miembros de un grupo determinado.

Desde el punto de vista del *mens rea*, la persecución, como crimen contra la humanidad, presenta la particularidad que se comete dentro de un contexto generalizado y/o sistemático y que además requiere de una intención discriminatoria más atenuada que la del genocidio, porque la intención no debe ser la de destruir un grupo, sino la de afectar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, como se ha advertido, para cometer el delito de genocidio no es necesario destruir al grupo, sino que las medidas sean tendientes a ello, en consecuencia, tanto para el genocidio como para la persecución, la forma en que se determina la intención discriminatoria (como elemento subjetivo) será decisivo. Esto porque no sólo se debe probar

¹¹⁰ El *actus reus* lo he analizado a partir de la doctrina, en especial de la definición del Profesor Bassiouni.

¹¹¹ Op. Cit nota 63 Convención de 1948.

que ésta efectivamente existió, sino que además si su trascendencia dentro del objetivo final es de destrucción o sólo para la afectación de los derechos fundamentales del grupo.

Síntesis comparación entre ambos delitos

Al momento de analizar al delito de persecución se comenzó con la pregunta si bastaba con un conocimiento general o si se requería una intención discriminatoria. Si bien en aquel entonces, y luego de vincular al delito de persecución con los crímenes contra la humanidad, se concluye que éste puede probarse a través de la apreciación del contexto general, ello no quiere decir que no sea necesaria la intención discriminatoria, sino que es una característica que la diferencia de los demás crímenes los que no requieren de tal intención.

Sin embargo, lo que caracterizaría al genocidio y diferencia este delito de la persecución es que en este caso la intención discriminatoria es mucho más acentuada y requiere de una intención dirigida a destruir a un grupo como tal y no sólo a afectar sus derechos fundamentales.

Síntesis capítulo

Los crímenes contra la humanidad tuvieron la primera consagración positiva, para ser apreciados por un Tribunal Internacional, luego de la Segunda Guerra Mundial.

En ese entonces este tipo de crímenes se reglamentaron conjuntamente con los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz.

Luego, a través del proceso codificador, se reglan de una manera independiente del resto de los crímenes adquiriendo elementos característicos para definirlos, de los que se puede destacar el alternativo de generalizado o sistemático.

Debe advertirse, dentro de este proceso codificador, la importancia y trascendencia que un crimen sea considerado generalizado o sistemático, porque debe separarse de otras nociones similares como la es la de una política común.

Otra distinción que debe hacerse es entre la persecución, que es un crimen contra la humanidad, del delito de genocidio. Esto para entender la génesis histórica del delito de genocidio y las razones por las que se creó esta palabra ya que del concepto que se consagra en la Convención de 1948, se pueden distinguir elementos objetivos y subjetivos, y dentro del elemento subjetivo se incluye un elemento discriminatorio que desde ya cabe advertir es similar al del delito de persecución.

Finalmente, dentro de las críticas y balances de la Convención de 1948 la mayor dificultad que hasta el momento se advierte es que el *mens rea*, elemento subjetivo del delito de genocidio, ha sido difícil de definir y de distinguir del motivo personal de cometer el crimen. Sobre esta dificultad y por el momento, es importante destacar dentro de esta investigación que la atribución de responsabilidad por cometer un delito permite hacer dos pasos lógicos diferentes: el primero, para determinar el *mens rea* del delito (como elemento del tipo; intención discriminatoria) y el segundo, para determinar la participación en el delito.

CAPITULO III ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL PENAL INTERNACIONAL

Introducción general derecho penal

Nociones preliminares sobre la imputación de la responsabilidad individual penal internacional

El segundo tema que desarrollo en esta investigación, es la atribución de la responsabilidad penal a un individuo a través de la doctrina del emprendimiento conjunto, tema que me permite comprender además, cómo la jurisprudencia enfoca al *mens rea* genocida.

Es importante advertir que en el análisis de la responsabilidad penal internacional que se puede atribuir a un individuo, puede o no existir un vínculo entre éste y el Estado. Es decir, pueden ser particulares los que cometen el ilícito (sin vínculo), o, pueden ser personas que estén vinculadas institucionalmente con el Estado (civiles o militares).

En especial, estas distinciones son relevantes para el delito de genocidio porque éste posee características que pueden crear confusiones. Por ejemplo, para algunos autores este delito necesariamente debe provenir de la conducta de individuos actuando al alero del Estado¹¹², pero la jurisprudencia ha sido mayoritaria en afirmar que no es necesario que exista una política de Estado para el genocidio e, incluso, para los crímenes contra la humanidad¹¹³.

Por lo tanto, debe descartarse desde ya, como una regla general, que los individuos que cometen genocidio deban actuar al alero del Estado.

Autoría, Participación y ejecución de un plan común.

Introducción

El presente esbozo no pretende ser un acabado estudio sobre estos temas, sino más bien está dirigido a esclarecer lo que se entiende por estructura organizada de poder, y cómo han de considerarse a las personas que intervienen en ésta.

¹¹² Farhad Malekian. *International Criminal Responsibility of Individuals*, EN: *International criminal Law*. 2a Ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999. Pg. 176.

¹¹³ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.580, Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 31 02.05.99 P. 125 (al menos en los términos en que está redactado el Estatuto del Tribunal), Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.00 P. 69, Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P. 78, Tadic Op. Cit. 07.05.97 P.654, Blaskic Op. Cit. 29 03.03.00 P. 205. Kupreskic et al. Op. Cit. 31 14.01.00 P.551. El caso Kunarac et al. II Op. Cit. 32 12.06.02, P. 98, va mucho más allá porque rechaza que la política previa sea un elemento del crimen (no está ni en el derecho consuetudinario internacional ni en el Estatuto) ya que sólo se requiere para los crímenes contra la humanidad que el ataque esté dirigido contra la población civil y que se enmarque dentro de un contexto masivo o sistemático.

Es necesario introducir el tema de la estructura organizada de poder porque esta investigación descansa sobre la premisa que el genocidio es cometido por personas que actúan de acuerdo a un propósito común.

No es mi objetivo desarrollar con detalle la teoría penal, sino que entregar conceptos bases comunes para entender la lógica utilizada por la jurisprudencia; comprendo que la autoría merece un estudio aparte mucho más profundo y serio, por lo tanto, ahora sólo expongo los conceptos de autor, cómplice y encubridor, además de la coautoría y la autoría mediata.

En términos generales, dentro del concepto de autor deben hacerse las siguientes precisiones: existe la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata.

La autoría se caracteriza por ser uno el autor que comete el tipo penal, la coautoría porque son varios y la mediata porque el individuo ejecutor es considerado como un mero instrumento del autor para la comisión del delito. En todos estos casos, el autor es considerado “como la figura central del acontecer en forma de acción¹¹⁴”.

Existen básicamente, dos teorías de la autoría para definir la participación de las personas en un ilícito; aquella que se refiere al concepto unitario de autor, y aquella que distingue entre diversas formas de intervención en el delito. La primera, afirma que todos los que intervienen en el tipo penal son autores; sin perjuicio del grado en que intervengan lo relevante es la causalidad o intervención para la producción del suceso. Y la segunda, hace una diferencia entre las personas que intervienen en el suceso, lo que permitiría distinguir además de los autores, por ejemplo, entre cómplices y encubridores, siendo el autor la figura principal y los cómplices y encubridores figuras accesorias.

Por otro lado, desde el punto de vista del *mens rea* requerido en la participación en un ilícito pueden mencionarse, entre otras, la teoría subjetiva y la objetiva de participación. La objetiva formal considera autor a aquel que ejecuta los hechos descritos en el tipo, y la subjetiva se centra más bien en la voluntad de la persona que ejecuta el hecho, voluntad que puede ser de autoría o de participación, según la voluntad que exista para cometer el delito.

El problema de la teoría objetivo formal es que no necesariamente quien realiza el tipo es considerado autor¹¹⁵, por lo tanto, el autor alemán Claus Roxin la critica porque ésta no explica las nociones de ni de autoría mediata ni la de coautor¹¹⁶.

En relación con lo expuesto, desde el punto de vista de la participación, cuando existe un plan común para cometer un delito en el que participan varias personas, éstas pueden intervenir independientemente unas de otras (varios autores) o, actuando en conjunto (coautoría). En el primer caso, también cabe referirse a inductor y cómplice.

Inductor, como aquel ha determinado dolosamente a otro a realizar su hecho típico realizado dolosamente. Es importante mencionar que el individuo, para ser inducido, no debe querer el mismo la ejecución del hecho ya que su ejecución ha de estar determinada por el inductor. Y cómplice, como aquel que dolosamente ha prestado ayuda a otro en su hecho típico realizado dolosamente¹¹⁷.

¹¹⁴ Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Claus Roxin. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid Barcelona, 1998. Página 42.

¹¹⁵ Dentro de ella se consideran las teorías del dolo, interés y las mixtas.

¹¹⁶ Op. Cit. 114. Págs. 54 y ss.

¹¹⁷ Estos conceptos concuerdan con el Código Penal Alemán. Al respecto: Hans Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Editorial comares, Granada. 1993. Página 586.

Finalmente, este conjunto de personas que intervienen, lo pueden estar haciendo bajo una estructura organizada de poder, es decir, como *“los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor*¹¹⁸”.

Por lo tanto, al existir un conjunto de personas previamente organizadas que comparten un objetivo común, es incierta la determinación de la culpabilidad de cada uno de ellos, porque pueden alegarse excusas como la coacción, obediencia debida o que no existió manera de prever de parte del superior la situación creada. Para entender una de las tantas maneras en que puede resolverse el problema, es que utilizo la teoría del dominio del hecho.

La teoría del dominio del hecho como una explicación de la atribución de la responsabilidad individual

La teoría del dominio del hecho concibe al autor desde un punto de vista estricto; para ser autor se debe haber causado un resultado que tenga una correlación típica. Es autor quien comparte el dominio del curso del hecho.

El penalista alemán ya citado, Roxin¹¹⁹, propone que esta teoría se utilice como un criterio metodológico. Por lo tanto, el concepto de dominio del hecho debe permanecer abierto, es decir, no definido sino que sólo como una descripción del mismo. Esta metodología la utiliza porque así se *“delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizado, pero de otro lado, porque allí donde lo indispensable de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. “Regulativo” se entiende aquí como “orientativo”*¹²⁰”. Por lo tanto, para los efectos de esta investigación, me interesa utilizar esta teoría en relación con la autoría mediata, como dominio de la voluntad y a la coautoría, como dominio funcional.

La autoría mediata o en otras palabras, “el autor detrás del autor”, permite, a juicio de Roxin¹²¹, justificar la intervención en estructuras organizadas de poder y justificas además la intercambiabilidad de los sujetos que intervienen: los individuos ejecutores son fungibles en la medida que siempre existirá otro que podrá colaborar con la realización del plan.

Explicar la intervención en un hecho mediante la autoría mediata permite, en una estructura organizada de poder, que se pueda incriminar al superior que no ha ejecutado materialmente el hecho, porque éste ha obligado a otro a actuar. Por otro lado, cuando existe una organización previa de individuos, no sólo interesa la comisión del hecho material contenido en el tipo, sino que además determinar cómo y en qué consiste la distribución de papeles.

Al referirse a este conjunto de personas que intervienen y los papeles que éstos puedan tener en la intervención, el Profesor Roxin argumenta que el ejecutor es una “figura

¹¹⁸ Claus Roxin, op. Cit.. Nota 114, Pág. 268.

¹¹⁹ Op. Cit, 114 Págs. 139 y siguientes.

¹²⁰ Op. Cit. 114 Pág.146.

¹²¹ Op. Cit. 114 Página 691.

anónima y sustituible”, porque, como existe una organización con un objetivo común, ésta es independiente a los individuos que forman parte de ella, por lo tanto, si el ejecutor no quiere realizar el hecho, siempre existirá alguien que lo reemplace. Al respecto, opino que esta afirmación también debe considerar que el individuo decidió formar parte de un plan común¹²², por lo tanto, también debiera considerar su dolo personal, piénsese, por ejemplo, en los atentados de bombas humanas suicidas, en las que igual debería analizarse el dolo personal para cometer el ilícito.

Si se acepta el argumento de Roxin que postula que en esta intervención, se puede sustituir a los individuos, esto no satisface a la intención específica requerida para cometer el delito de genocidio, y, si se acepta, también habría que aceptar que esta intención se presume en todos los que intervienen en la estructura organizada de poder, cuestión que jurídicamente es dudosa.

Dudosa, porque genera un nuevo problema que consiste en que para poder atribuir responsabilidad penal el dolo debe ser personal y, en este caso, todos lo compartirían al tener la misma voluntad de exterminio. En consecuencia, esta teoría parece solucionar los problemas respecto de las personas que ocupan mandos mayores (autoría mediata) y no respecto de los ejecutores directos.

En el caso del genocidio, la intención de cometerlo podría distinguirse de la intención de participar en él; quién observa cómo se mata a una persona por pertenecer a un grupo determinado no está matando de propia mano a esa persona, pero si deja suceder... ¿cómo distinguir el conocimiento del contexto genocida del dolo individual? ¿El acuerdo de los coautores puede ser tácito?.

Otro obstáculo para aplicar la teoría de Roxin es que excluye a los individuos que sólo contribuyen en la fase preparatoria del delito (aunque para Roxin es muy discutido), y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha fallado, que no se requiere que el delito de genocidio esté terminado (Es una “*inchoate offence*”¹²³).

¹²² Sin embargo, poco parece reflexionar sobre la significación de la existencia de un plan común. Piénsese, por ejemplo, si el soldado B, que es nazi, es ordenado por su superior a matar a alguien y por error, esa persona no es judía, por tanto, B no habría cometido genocidio ¿Es culpable de complicidad en el genocidio en cuanto pudo prever que posiblemente la persona pertenecería a un determinado grupo?. Esto además se refuerza con la opinión de Hannah Arendt. Eichmann in Jerusalem. , Pg. 289. *Vid supra* nota en cuanto a que tal excusa sería lo mismo que si un delincuente común apuntara a las estadísticas afirmando que de cualquier modo alguien hubiese cometido el delito para excusarse. Ambos ejemplos, como es evidente, confirman la necesidad de establecer la responsabilidad desde un punto de vista individual, pero con criterios diferentes que desarrollo más adelante en los capítulos III y IV al desarrollar la intención específica requerida para cometer el delito de genocidio.

¹²³ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.473: “*The Chamber holds that a genocide clearly falls within the category of crimes so serious that direct and public incitement to commit such a crime must be punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the perpetrator*” (El tribunal Oral sostiene que el genocidio claramente cae dentro de la categoría de crímenes tan graves que la incitación directa y pública a cometer tal crimen se debe castigar como tal, aún cuando tal incitación falló de producir el resultado esperado por el perpetrador); Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P.115: “*However, the Chamber notes that Article 2(3) of the Statute, pertaining to the crime of genocide, foresees the possibility for the Tribunal to prosecute attempted genocide, among other acts. Since attempt is by definition an inchoate crime, inherent in the criminal conduct per se, it may be punishable as a separate crime irrespective of whether or not the intended crime is accomplished*” (Sin embargo, el Tribunal nota que el artículo 2(3) del Estatuto, relativo al crimen de genocidio, prevé la posibilidad para el Tribunal para procesar la tentativa del genocidio, entre otros actos. Como la tentativa es por definición, un crimen incipiente, inherente a la conducta criminal *per se*, puede ser punibles como un crimen separado independientemente de si el crimen destinado se alcanza o no) y Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 P.38: “*Instigation is punishable only where it leads to the actual commission of an offence desired by the instigator, except with genocide, where an accused may be held individually criminally liable for incitement to commit genocide under article 2(3)(c) of the Statute,*

Por otro lado, la coautoría como dominio funcional se basa en la división del trabajo; de una acción conjunta de varias personas que intervienen en la acción. Esta división del trabajo, en opinión de Roxin, ha de ser “conciente”¹²⁴ y por tanto, rechaza una imputación objetiva. La cooperación del autor ha de ser “en el momento del hecho” y representa un codominio del hecho. Por tanto, hay un requisito subjetivo, de plan común y otro referido a una característica objetiva de intervención: contribución y actuación.

A diferencia del dominio de la voluntad del autor detrás del autor, en el que deriva de una “falta de libertad, la ceguera o fungibilidad del instrumento”¹²⁵, en este caso se trata de un dominio conjunto dentro del plan global. Por tanto, es coautor “todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer”¹²⁶.

Para determinar entonces si se es coautor o autor mediato habrá que analizar cada caso particular y ver cómo se enfrenta ello en el delito de genocidio sin perder de vista el bien jurídico protegido. Por mientras, he explicado esta teoría porque, de todos los fallos investigados, sólo uno, el caso Stakic ante el ICTY, alude expresamente a ella, y analiza los principales temas investigados en este trabajo: el delito de genocidio y los problemas de delimitación que tiene con el delito de persecución además de la actuación bajo un propósito común como una manera de atribuir responsabilidad penal individual.

Lo importante, y destacable de esto, es que esta teoría es un punto de partida para analizar la intervención en el hecho que se le atribuye caracteres de delito, y como punto de partida, permite enfocar el análisis desde un punto de vista en el que intervienen varias personas.

Atribución de responsabilidad penal individual internacional: análisis del derecho positivo

127

Atribución de responsabilidad individual

Tribunal Militar Internacional (TMI)

even where such incitement fails to produce a result” (La instigación es castigada solo cuando lleva a la comisión verdadera de una ofensa deseada por el instigador, excepto con el genocidio, donde un acusado puede considerarse criminalmente responsable de la incitación para cometer el genocidio bajo el artículo 2(3)(c) del Estatuto, aún donde tal incitación falla en producir un resultado).

Las traducciones son mías.

¹²⁴ Op. Cit. 114, Página 694.

¹²⁵ Op. Cit. 114, Página 308.

¹²⁶ Idem anterior.

¹²⁷ El siguiente análisis es una referencia a la génesis y creación de estas instituciones y sólo se aboca a analizar directamente lo que es la atribución de responsabilidad individual.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y por los crímenes cometidos por el régimen nazi, los países aliados celebraron la denominada Conferencia de Londres que tuvo como objetivo atribuir responsabilidad a los individuos¹²⁸ y a las organizaciones¹²⁹, por haber cometido crímenes de guerra y contra la humanidad¹³⁰. Fruto de esta conferencia, se crea el TMI y su carta compuesta por 19 artículos.

De esta conferencia se destaca el mensaje del delegado de Estados Unidos, Mr. Justice Jackson, quien niega la inmunidad a las personas que alegan seguir órdenes de sus superiores, sobre la base que no podrá alegarse como una defensa judicial válida si previamente y de una manera voluntaria el individuo ya se había inmiscuido en la GESTAPO o la SS¹³¹.

En el Estatuto del TMI, a responsabilidad individual se contempla en el preámbulo del artículo 6 que señala:

“Art. 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.”

De acuerdo a como quedó consagrada la responsabilidad individual en este estatuto, en términos generales, debe destacarse lo que sigue respecto de las personas responsables:

La posición oficial de una persona, tanto Jefes de Estado o personas que ocupen cargos oficiales de gobierno no lo liberará de responsabilidad ni será considerada como una circunstancia atenuante de la responsabilidad. (Art. 7), y

Se autorizan los juicios *in absentia* (Art. 12)

Finalmente, es importante señalar que esta es la primera vez en que se reconoce por la aplicación del derecho internacional, que los individuos sí pueden ser responsables de los crímenes que cometieron, cuestión que se avala con el principio I de Nuernberg¹³²:

¹²⁸ Sobretudo por la crítica a la Conferencia de Moscú respecto de los casos de *“major war criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decisions of the governments of the Allies”*, del Informe que Mr. Justice Jackson presenta al presidente de Estado Unidos el 6 de junio de 1945.

¹²⁹ EN: Planning Memorandum distributed to delegations at the beginning of London Conference, June 1945 en www.yale.edu/lawweb/avalon/int/jacson/jack11.htm.

¹³⁰ En la que se destaca en el párrafo 1.5: *“For executing a common criminal plan or enterprise among the defendants”* (Por ejecutar un plan o empresa criminal conjunta entre los acusados). Además de la redefinición de los crímenes preparada por la delegación Británica y aceptada por la delegación francesa en Julio, 28 de 1945 en donde se refiere expresamente a *“plan or conspiracy”*. O, cómo, para la prosecución de miembros de organizaciones criminales se señala: *“upon proof of membership in such an organization, the burden shall be upon the defendant to establish any circumstances relating to his membership or participation therein which are relevant either in defense or in mitigation”* (Sobre la prueba de la asociación en tal organización, la carga estará sobre el acusado para establecer cualquier circunstancia que lo relacione a su pertenencia o la participación que es pertinente para la defensa o para la mitigación) EN: Revision of American Draft proposed agreement, June 14, 1945.

¹³¹ Así al ser miembro de una organización criminal trae como consecuencia la responsabilidad individual; por participar en esta *“empresa criminal conjunta”* igual los miembros son responsables de cada una de las ofensas cometidas.

¹³² Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. 31-12-1950.

“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”

Tribunales *ad hoc* para Ruanda y para la Ex Yugoslavia (ICTR e ICTY).

La responsabilidad penal individual se contempla en los artículos 6 y 7 de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* en idénticos términos:

“1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional para Rwanda determina que así lo exige la equidad.¹³³ ”

En este artículo se puede distinguir la participación directa¹³⁴ en la ejecución del crimen, responsabilidad de comando¹³⁵ y la complicidad.

La responsabilidad directa se esquematiza bajo el concepto de autor o, desde el punto de vista de la participación, bajo los conceptos de cómplice o encubridor.

Respecto de la participación, ésta no se limita a una intervención física directa, sino que además incluye acciones que hayan favorecido para la producción del resultado. Sobre esto, debe reiterarse que en el caso del delito de genocidio, según la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no es necesario completar el delito para ser responsable.

Por otro lado, la responsabilidad del superior jerárquico sobre los actos de sus subordinados, se enfoca mediante los criterios de: “*sabía o tenía razones para saber*” de estos actos (“*knew or had reason to know*”) y, que sabiéndolo no adoptó las medidas necesarias para prevenir el delito. La orden del gobierno o de un superior no libera de responsabilidad, pero sí puede ser considerada como una circunstancia mitigante.

Ninguno de los estatutos contiene alguna norma que haga particular referencia a la conspiración o ejecución de plan común, como elemento a analizar respecto del crimen, salvo lo mencionado sobre la responsabilidad directa.

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

¹³³ *Vid supra* nota

¹³⁴ Inciso primero.

¹³⁵ Inciso tercero.

En el Proyecto de Código de esta Comisión, se contempla la responsabilidad en los siguientes términos:

“Artículo 2: Responsabilidad Individual

Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual.

El que cometa el crimen de agresión será responsable personalmente de conformidad con el artículo 16.

*Será responsable de un crimen de los previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20 el que:
Haya cometido intencionalmente tal crimen;*

Haya ordenado la comisión del crimen y éste llegue a perpetrarse o se intente perpetrarlo;

No haya impedido o reprimido la comisión de tal crimen en las circunstancias previstas en el artículo 6;

Haya proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, para la comisión de tal crimen, incluso facilitando los medios para ello;

Haya participado directamente en el plan o confabulación para cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse;

Haya incitado directa y públicamente a otro a cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse;

*Haya intentado cometer tal crimen dando principio a su ejecución, sin que llegue a consumarse por circunstancias ajenas a su voluntad.*¹³⁶ ”

El siguiente análisis se basa en los comentarios de la CDI.

En primer lugar, los crímenes de los artículos indicados corresponden al genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes en contra de las Naciones Unidas y personal asociado y, a los crímenes de guerra.

En segundo lugar, en las formas de participación se contemplan tanto la comisión del crimen (letra a)) como la tentativa a cometerlo (letra g)). Respecto de la comisión del crimen contemplada en el número 3 letra a), ésta puede tratarse de un acto positivo o una omisión¹³⁷. En el primer caso, será responsable si realiza una acción y no cumple con su obligación de no actuar (realiza un acto cuando debió haberse abstenido de realizarlo) y, en el segundo caso, esto es en el de la omisión, será responsable si no ejecutó un acto cuando tenía la obligación de hacerlo bajo las normas del derecho internacional.

Por lo tanto, tanto en el caso del acto positivo como en el de la omisión el criterio se mide a partir de la obligación de actuar o de no actuar.

En tercer lugar, el caso de la tentativa a cometer un crimen (letra g), deben estar presentes los siguientes elementos: 1. Intención de cometer el crimen. 2. Realizar un acto

¹³⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48° Período de Sesiones, 06 de mayo a 26 de julio de 1996, DOC. U.N. A/51/10, pp. 10 a 129.

¹³⁷ Así se afirma expresamente en los comentarios de la CDI: “Subparagraph 3 (a) addresses the responsibility of the individual who actually “commits such a crime”. This subparagraph provides that an individual who performs an unlawful act or omission is criminally responsible for this conduct under the present subparagraph.” Op. Cit. 136.

para cometerlo y, 3. Que el acto no se pudo completar por una causa no atribuible a la voluntad del individuo.

En cuarto lugar, en el caso de la complicidad (letra d), se exige de quien provee la asistencia, que lo haga en conocimiento de que así lo hace para poder atribuírsele responsabilidad, además que su asistencia debe influir sustancialmente en la comisión del crimen.

En quinto lugar, la letra e) contempla a los planificadores o conspiradores para la comisión del crimen; ambos para ser responsables deben haber tenido una incidencia significativa en el crimen. Este tipo de responsabilidad se vincula con los crímenes que requieren de una política sistemática para ser cometidos. Además, se señala en los comentarios de la CDI, que esto se corresponde al término “planificado” utilizado en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* (Art. 6.1 y 7.1).

Finalmente, en el caso de la letra f) sólo se refiere a la incitación directa y pública. Directa porque se hace en términos explícitos, y pública, porque el llamado a cometer el crimen se hace a través de un medio público, como por ejemplo, la radio.

Corte Penal Internacional (CPI)

La CPI, en sus artículos 25 y siguientes, se encarga de la atribución de la responsabilidad bajo la autoría directa (“por sí solo”), la coautoría (“con otro”), y la autoría mediata (“por conducto de otro”). En el artículo 25 se señala:

“Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

*4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.*¹³⁸ ”

Para analizar la manera en que se atribuye la responsabilidad penal individual, es interesante la propuesta del artículo 25. 3 letra a), porque para la autoría mediata (“*por conducto de otro*”) da lo mismo si el autor mediato (que es otro que no comete de propia mano el delito), sea o no penalmente responsable, lo que hace reflexionar sobre cómo podría determinarse la responsabilidad del superior.

Por otro lado, respecto de las formas de participación que se contemplan en la letra b), “*quien ordene, proponga o induzca*”, se deben hacer las siguientes precisiones sobre quien ordena que se cometa el hecho ilícito. Primero, debe complementarse con la letra c) de los cómplices o encubridores, que es otra forma de participación en el ilícito, y segundo, debe complementarse con la regla especial del artículo 28 que contempla la responsabilidad del superior, en los siguientes términos:

”Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente

responsable por los crímenes de la competencia de el Tribunal que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de el Tribunal que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

¹³⁸ Vid supra nota .

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.¹³⁹

Por el momento, debe destacarse que, el criterio para atribuir, desde el punto de vista subjetivo, la responsabilidad a un superior es el mismo que se establece en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*: “*si sabia o tenía razones para saber*”¹⁴⁰. La particularidad es que se advierte que este conocimiento depende de las circunstancias del momento, es decir, no se presume un conocimiento estricto sobre las acciones de los subordinados.

Continuando con el análisis del artículo 25, en la letra d) se apunta expresamente a lo que ya se ha venido observando cuando intervienen varias personas en la comisión del delito: “*el propósito común*”. Adelanto, que este habría sido uno de los fundamentos positivos a los que se habría recurrido en el caso Tadic¹⁴¹ para apoyar la existencia de la doctrina del emprendimiento conjunto, y que uno de los antecedentes de este artículo, estaría basado en la Convención antiterrorista¹⁴² por el vínculo que existe entre estas organizaciones y la conspiración.

Por otro lado, en la letra f) se incluye la tentativa entendiéndose en términos generales como “*dar inicio a la ejecución del delito*”.

Finalmente, respecto de todas estas letras, es pertinente referirse al artículo 30 que hace una distinción, para el *mens rea* requerido, entre la intención y el conocimiento:

“ *Elemento de intencionalidad* ”

1. *Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*

2. *A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:*

a) *En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;*

b) *En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.*

3. *A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido*¹⁴³ .”

Por lo tanto, el Estatuto de la CPI contemplaría a la intención en términos más estrictos que el conocimiento. Es decir, el sujeto que actúa intencionalmente debe querer el resultado de su acción, mientras quien actúa con conocimiento debe sólo saber la probabilidad de su acción. Lo interesante de esta distinción es cómo se ha de considerar a aquella conducta dirigida como una distinta a aquella que prevea el curso de los acontecimientos, pues

¹³⁹ Op. Cit. 27.

¹⁴⁰ Art. 6.3 (7.3) de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* Vid *supra* nota

¹⁴¹ Tadic II Op. Cit. 30 Fallo del 15.07.99 P.222.

¹⁴² La nueva Justicia Penal Internacional, Kai Ambos. Fundación Miran Mack, 1era ed. Mayo 2000, Guatemala. Pág. 136.

¹⁴³ Vid *supra* nota .

¿Cómo determinar el curso 'normal' de los acontecimientos en ambas? .Esta interesante pregunta la trataré de dilucidar a través del análisis del caso Krstic.

La atribución de la responsabilidad individual y los crímenes

Crímenes contra la humanidad

Los estatutos de los tribunales *ad hoc* contemplan los crímenes contra la humanidad en similares términos, pero no idénticos: el ICTR requiere en el preámbulo del artículo que los actos sean cometidos con la intención discriminatoria basada en motivos "nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos", no así el ICTY el que sólo se refiere a este elemento discriminatorio en el crimen de persecución.

Esta exigencia del ICTR respecto del elemento discriminatorio, como más adelante analizo en detalle con la jurisprudencia, se refiere al ataque como característica de los crímenes contra la humanidad y no a la intención del individuo; ya se advirtió que este tipo de crímenes, requieren un ataque a la población civil y que el sujeto sepa que su acción formaba parte de ese contexto generalizado.

Otra diferencia entre estos Estatutos es que el ICTY señala que el ataque debe ser cometido "durante el conflicto armado". Este requisito exigido por este Tribunal parece distanciarse del legado que con posterioridad de *Nuernberg* elimina este nexo, pero ya en el caso *Tadic*¹⁴⁴ se afirma que ello sería un resultado exclusivo del límite jurisdiccional que el Tribunal se habría impuesto.

El crimen de Genocidio

Al examinar el genocidio desarrollé sus elementos típicos (*mens rea* y *actus reus*) y argumenté cómo sus definiciones influían en la imputación de la responsabilidad individual.

Ahora, al examinar la atribución de la responsabilidad individual frente a los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y ante la CPI, como los tribunales *ad hoc* no contemplan normas diferentes a las ya analizadas en la Convención de 1948, todo lo que se refiera a la determinación de la responsabilidad será tratado en la parte de la jurisprudencia.

Por el momento, debe destacarse que el Estatuto de la CPI, le da una posición privilegiada a la participación en el delito de genocidio regulando específicamente la instigación directa y pública en el Art. 25 letra e).

Además, este Estatuto, en su artículo 33, señala que existen órdenes manifiestamente ilegales, como la de cometer el delito de genocidio¹⁴⁵. Sobre este artículo, debe tenerse presente que se asocia el concepto de genocidio al de una orden a través de la ilegalidad *per se* del delito. Es decir, se valora previamente una orden como ilegal si es la de cometer

¹⁴⁴ Decisión sobre la moción de la defensa acerca de la jurisdicción 10.08.95 P. 74: "For these reasons, the Trial Chamber finds that the character of the conflict, whether international or internal, does not affect the subject matter jurisdiction of the Tribunal under article 3. The term "laws or customs of war", applies to international and internal armed conflicts. The minimum standards of common Article 3 apply to the conflict in the Former Yugoslavia and the accused's prosecution for those offences does not violate the principle of *nullum crimen sine lege*" (Por estas razones, el Tribunal Oral encuentra que el carácter del conflicto, ya sea internacional o interno, no afecta a la jurisdicción material del Tribunal bajo el artículo 3. El término "las leyes o costumbre de guerra", se aplica a conflictos armados internacionales e internos. Los estándares mínimos del Artículo 3 común se aplican al conflicto en la Ex Yugoslavia y la prosecución del acusado respecto de esas ofensas no viola el principio *nullum crimen sine lege*) La traducción es mía.

¹⁴⁵ Vid supra nota. 78. Artículo 33.

el delito de genocidio, por lo tanto, no se analizan las circunstancias en las que se dio la orden sino que su contenido.

La consecuencia de esta asociación, entre la orden y el delito ordenado, es que existe una calificación previa de un tipo de orden que permite aportar elementos para determinar la intención especial genocida, por ejemplo, podría deducirse que por esta asociación, no necesariamente es necesario probar la existencia de un plan previo. Pero esta asociación a su vez, también trae problemas, porque al eliminar las consideraciones a las circunstancias en que los hechos ocurrieron, deja una pregunta abierta: ¿Cuál es la contribución necesaria de una persona a la acción de otra persona para incitarlo o inducirlo a que cometa genocidio? (Análisis del contenido de la orden para obtener el resultado pretendido.)

Síntesis

Para enfocar el tema de la atribución de responsabilidad penal individual, lo he desarrollado desde un punto de vista doctrinario y positivo.

En la parte doctrinaria he optado por introducir nociones de derecho penal desde la teoría del dominio del hecho vista por un profesor en particular, Claus Roxin. Esto porque, es útil para examinar las estructuras organizadas de personas y los delitos que presentan determinadas características, como la de obtener un objetivo común.

En materia de codificación, el avance ha sido lento, ya que el Estatuto de Roma es el primero en definir los conceptos penales de la autoría, en codificar en un solo cuerpo los crímenes que merecerán juzgamiento, y en separar la atribución de la responsabilidad del análisis particular de cada crimen.

El objetivo de este capítulo ha sido entregar nociones que permitan tener, antes de entrar de lleno en el caso Krstic, elementos de criterio general de las estructuras organizadas de poder y el dominio del hecho, desde el punto de vista de la doctrina penal sin olvidar las consideraciones internacionales destacadas al principio.

Al igual que el capítulo anterior en que destaqué una conclusión sobre la atribución de responsabilidad y el delito, en esta parte es importante destacar que al momento de atribuir responsabilidad penal individual internacional y referirse específicamente a la participación, es importante distinguir entre las nociones de autoría mediata y las nociones de complicidad. Comprendo que esta distinción merece un análisis en un trabajo separado, pero es inevitable referirse a ello, al menos desde un punto de vista conceptual para los efectos de estructurar este trabajo.

CAPITULO IV EL CASO DE RADISLAV KRSTIC ANTE EL ICTY: EL GENOCIDIO Y LA DOCTRINA DEL EMPRENDIMIENTO CONJUNTO¹⁴⁶

“Los fines de las organizaciones secretas sólo pueden ser ilícitos. Por consiguiente, lo que necesitábamos, lo que seguimos necesitando no era ni es un centenar de porfiados conspiradores, sino un centenar de miles de fanáticos guerreros para nuestra teoría del mundo” Mi Lucha. Adolfo Hitler. Pg. 196

¹⁴⁶ En esta parte recomiendo al lector recurrir al anexo números uno y dos que describen de manera general los casos analizados, los grupos políticos y fuerzas armadas e irregulares de Yugoslavia.

Introducción al marco histórico del conflicto.

Criterio metodológico.

Mi objetivo hasta ahora ha sido introducir elementos de análisis del derecho internacional para situar al delito de genocidio dentro de un contexto de derecho general y desglosar el análisis de sus elementos típicos en especial cuáles han sido los problemas y confusiones al momento de determinar el *mens rea* genocida. Luego he entregado un esbozo general doctrinario de las distinciones que deben hacerse al momento de atribuir responsabilidad penal internacional.

En esta parte, me interesa analizar argumentos más específicos que permitan analizar la atribución de responsabilidad para los que intervienen en el delito de genocidio; autores, coautores, cómplices o encubridores, en especial bajo la doctrina del emprendimiento conjunto desarrollada en Krstic.

Por lo tanto, en esta sección examinaré la relación que existe entre la aplicación de esta doctrina y el *mens rea* genocida. Para ello, partiré por explicar la génesis de esta doctrina en la jurisprudencia, su concepto y características principales al momento de atribuir responsabilidad a individuos. Y luego analizaré cómo esta doctrina se ha utilizado para el delito de genocidio en el caso Krstic ante el ICTY, y la manera en que este caso ha colaborado para atribuir responsabilidad penal individual directa a alguien que no necesariamente ha sido el ejecutor material del crimen, pero que ha participado en él.

Finalmente, como ya anticipé en la introducción principal de esta investigación, decidí separar el caso de Radislav Krstic en el análisis del caso ante el tribunal Oral y luego ante el Tribunal de Apelación. Estimo que ello es pertinente para lograr comprender las propias confusiones que se originan en este caso.

Marco histórico del conflicto Yugoslavo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal Socialista de Yugoslavia quedó compuesta por seis repúblicas: Eslovenia, Croacia, Macedonia, Serbia (que incluye a las provincias autónomas de Kosovo y Voivodina), Bosnia – Herzegovina y Montenegro, todas proclamadas por Tito como la República de Yugoslavia. El poder ejecutivo constaba de una presidencia colegiada, en la que había un representante de cada una de las repúblicas, y un consejo federal ejecutivo. Entre 1945 y 1990, el Partido Comunista (conocido formalmente desde 1952, como la Liga de los Comunistas de Yugoslavia) fue el único partido político legal del Estado.

Luego de la muerte de Tito, la fragilidad de la unión de las repúblicas se manifestó por la creciente tensión entre tres grupos étnicos: los Serbios, cristianos ortodoxos que vivían en su mayoría en Serbia y Montenegro, los Croatas, católicos romanos, y los musulmanes, cuya mayoría vivía en pueblos y ciudades de Bosnia- Herzegovina.

En marzo de 1990 y luego de 50 años¹⁴⁷, Eslovenia, Croacia, Bosnia – Herzegovina y Macedonia tuvieron su primera elección multipartidista, a consecuencia de ello, en 1991 se independizó Eslovenia, Bosnia – Herzegovina, y Macedonia; y en 1992, Croacia.

En 1992, se crearon tres nuevas Repúblicas. Primero, la República Federal de Yugoslavia compuesta por Serbia y Montenegro, la que pasa a ser dirigida por el Presidente

¹⁴⁷ "Bosnia - Herzegovina", *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993 – 1999 Microsoft Corporation.

Slobodan Milosevic. Luego, la República Serbia de Bosnia con el autoproclamado presidente Radovan Karadzic formada por los serbios de Bosnia y, por último, la República Croata de Herceg – Bosna creada por los Croatas y dirigida por Mate Bobas.

A raíz de estas desintegraciones, se produjo un conflicto armado entre los grupos étnicos serbios, croatas y musulmanes, en el que se violaron diversos derechos fundamentales de las personas producto de sucesos tales como: ejecuciones en masa, expulsión de civiles y campos de concentración ilegales.

La reacción de la comunidad internacional frente a este escenario fueron múltiples resoluciones de la ONU que obligaban a que se adoptaran medidas destinadas a prevenir lo que en su opinión, era una incipiente limpieza étnica y que incluso, podía ser una manifestación del delito de genocidio¹⁴⁸.

Finalmente, los esfuerzos de la ONU para solucionar estos problemas significaron la creación de una Comisión de Expertos para informar acerca de este conflicto (Resolución 780 de 1992¹⁴⁹), quienes, a su vez, propusieron la creación de un Tribunal Internacional *ad hoc* para que se encargara de enjuiciar y castigar a los presuntos responsables de los crímenes cometidos.

El tribunal se creó con la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU Número 827 del 25 de mayo de 1993¹⁵⁰.

Génesis de la doctrina del emprendimiento conjunto.

Precedente: El caso Dusko Tadic

En el caso Tadic ante el ICTY, al analizarse la atribución de la responsabilidad individual bajo el Art. 7.1 del Estatuto del Tribunal, se utiliza por primera vez la doctrina del emprendimiento conjunto para vincular la responsabilidad individual con lo que significa la pertenencia a un plan común como forma de participación¹⁵¹.

¹⁴⁸ Por ejemplo, las resoluciones de la AG 780, 827, 808, A/RES/48/153, A/RES/47/80 y A/RES/47/121 entre otras. Además del informe S/1994/674 del 27 de mayo de 1994 en que se destaca: "*ethnic cleansing is a purposeful policy designed by one ethnic or religious group to remove by violent and terror – imposing means the civilian population of another ethnic or religious group from certain geographical areas*". (La limpieza étnica es una política diseñada a propósito por un grupo étnico o religioso para, mediante la violencia y el terror, remover a la población civil de otro grupo étnico o religioso de ciertas áreas geográficas) La traducción es mía. En este informe además se reconoce que todo ello forma parte de una política común de formar una "*Greater Serbia*", lo que es inevitablemente similar a la Gran Alemania que hace cincuenta años se habría perfilado en la mente de algunos. Con posterioridad, estas afirmaciones se confirman en el fallo Krstic en que se establece la similitud entre la limpieza étnica y el genocidio.

¹⁴⁹ S/RES/780 (1992) 06.10.92.

¹⁵⁰ S/RES/827 (1993) 25.05.93.

¹⁵¹ Tadic Op. Cit. 07.05.97 P. 674: "*First, there is a requirement of intent, which involves awareness of the act of participation coupled with a conscious decision to participate by planning, instigating, ordering, committing, or otherwise aiding and abetting in the commission of a crime. Second, the prosecution must prove that there was participation in that the conduct of the accused contributed to the commission of the illegal act*" (Primero, se requiere la intención, que involucra el conocimiento del acto de la participación más una decisión conciente de participar por planificar, instigar, ordenar, cometer o de otra manera alentar y ayudar en la comisión de un crimen. Segundo, la Fiscalía debe probar que había participación en la conducta del acusado que contribuyó a la comisión del

En este caso, el Tribunal le exige a la Fiscalía, para poder acusar por el crimen de persecución, que debe probar que existió la intención para cometer el crimen, (que consiste en el conocimiento de la participación, más la decisión conciente de participar mediante alguna de las acciones descritas en el Art. 7.1 del Estatuto) y, además probar que dicha participación contribuyó a que se cometiera el acto ilegal.

Con posterioridad, en la apelación de este caso, el criterio para determinar la participación en este emprendimiento conjunto se precisa aún más: es posible atribuir responsabilidad a una colectividad de personas que actúan de acuerdo a un propósito criminal común¹⁵².

En opinión del tribunal, el fundamento para atribuir responsabilidad bajo esta doctrina¹⁵³ está en el Art. 7.1 y en los fines del Estatuto del ICTY que además, cabe destacar, se reflejan en la resolución N° 827 de 1993 de la ONU, en que se hace hincapié en juzgar a los presuntos responsables de las violaciones masivas que ocurrían en Yugoslavia.

Por lo tanto, si bien el Art. 7.1 se refiere a participantes directos, ello no impide que igual pueda atribuirse responsabilidad a quienes no hayan intervenido directamente en el crimen, porque para este tribunal el objetivo es hacer responsables a los individuos que han cometido crímenes contemplados en los artículos 2, 3, 4 y 5, del Estatuto, los que pueden cometerse por varias personas que no necesariamente son ejecutores materiales del delito en el que intervienen¹⁵⁴.

acto ilegal) La traducción es mía. Debe destacarse que esta doctrina ya viene siendo utilizada desde antes en el IMT. Al respecto ver Kai Ambos, Op. Cit. 2.

¹⁵² Tadic Op. Cit. 30 15.07.99 P. 193: "*This interpretation, based on the statute and the inherent characteristics of many crimes perpetrated in wartime, warrants the conclusion that international criminal responsibility embraces actions perpetrated by a collectivity of persons in furtherance of a common criminal design*" (Esta interpretación, basada en el estatuto y en las características inherentes a muchos crímenes perpetrados durante los tiempos de guerra, garantiza que la responsabilidad criminal internacional incluye acciones perpetradas por una colectividad de personas para obtener un diseño criminal común). La traducción es mía. Esta apelación es para saber cuál es el grado de responsabilidad que tiene Tadic por la participación de asesinatos en un pueblo Jaskici, por haberse considerado en primera instancia insuficiente la prueba rendida. Al respecto ver anexo número 5.

¹⁵³ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 189: "*An interpretation of the Statute based on its object and purpose leads to the conclusion that the statute intends to extend the jurisdiction of the International Tribunal to all those "responsible for serious violations of international humanitarian law" committed in the former Yugoslavia (Art. 1). As is apparent from the wording of both article 7 (1) and the provisions setting forth the crimes over which the international Tribunal has jurisdiction (Art. 2 to 5), such responsibility for serious violations of International Humanitarian law is not limited merely to those who actually carry out the actus reus of the enumerated crimes but appears to extend to other offenders*" (Una interpretación del Estatuto basada en su objeto y propósito lleva a la conclusión que éste pretende extender la jurisdicción del Tribunal Internacional a todos aquellos "responsables de infracciones graves de la ley humanitaria internacional" cometido en la ex Yugoslavia (Art. 1). Es aparente de los términos del artículo 7 (1) y de las provisiones que exponen los crímenes sobre los que el Tribunal internacional tiene la jurisdicción (Art. 2 a 5), que tal responsabilidad para infracciones serias de la ley Humanitaria Internacional no es limitada meramente a los que llevan a cabo el *actus reus* de los crímenes enumerados, sino que además se extienden a otros ofensores). La traducción es mía.

¹⁵⁴ Tadic Op. Cit. 30 15.07.99 P. 191: "*Most of these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital facilitating the commission of the offence in question*". (La mayor parte del tiempo estos crímenes no resultan de la propensión criminal de individuos solos, sino que constituyen manifestaciones de la criminalidad colectiva: los crímenes a menudo son llevados a cabo por grupos de individuos que actúan en la prosecución de un diseño criminal común. Aunque sólo algunos miembros del grupo puedan perpetrar físicamente el acto criminal (el asesinato, el exterminio, la destrucción deseada de ciudades, los pueblos o

Es decir, este vínculo, entre varias personas que intervienen y la gravedad de los crímenes cometidos, permite responsabilizar a individuos que no han tenido participación directa en el crimen.

En el caso Tadic, esta doctrina se subdivide en tres tipos de casos que paso a explicar:

En este caso los acusados¹⁵⁵, actuando de acuerdo a un propósito común, tienen la misma intención criminal (*mens rea*) de llevar a cabo el plan al que pertenecen voluntariamente. Estos individuos, aunque no ejecuten materialmente el hecho, son culpables como coautores por desear el resultado. Para atribuir responsabilidad bajo este caso, a quien no ejecutó materialmente el crimen, son necesarios los siguientes requisitos:

Que voluntariamente sea partícipe en un aspecto del plan común (por ejemplo, dar asistencia material) y,

Aunque no se cometa personalmente el crimen debe desearse el resultado.

El caso de los campos de concentración¹⁵⁶: El *mens rea* consiste en el conocimiento personal de la naturaleza del sistema, además de la intención de obtener el objetivo común; es importante destacar que la intención puede inferirse de las circunstancias. Por tanto, la intención requerida puede inferirse de la posición de autoridad. El *actus reus* consiste en la participación activa en el sistema.¹⁵⁷ Este es un caso que consiste en una variación del anterior, en el sentido que ahora se hace referencia a un sistema organizado de individuos actuando en conjunto.

Este caso se caracteriza por atribuir responsabilidad a un individuo que aunque ejecute un acto más allá del propósito común es responsable siempre y cuando, los actos igual sean

las aldeas, etc.), la participación y contribución de otros miembros del grupo son a menudo esenciales para facilitar la comisión de la ofensa en cuestión). La traducción es mía.

¹⁵⁵ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P.196: “*The first such category is represented by cases where all co – defendants, acting pursuant to a common design, possess the same criminal intention.*” (La primera categoría es representada por los casos donde todos los co – acusados, actuando según un diseño común, tienen la misma intención criminal) La traducción es mía.

¹⁵⁶ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 202: “*The second distinct category of cases is in many respects, similar to that set forth above, and embraces the so called “concentration camp cases”*(La segunda categoría de casos es en varios aspectos, similar a la señalada con anterioridad, e incluye los llamados “casos de campos de concentración”). La traducción es mía.

¹⁵⁷ A estas alturas puede advertirse que el caso 1 y el 2 son bastante similares si no confusos, sobre esto, puede consultarse el caso Kvočka et al. ante el ICTY Op. Cit. 33 02.11.01 P. 273: “*It must be conceded that the Tadic formula for joint criminal enterprise responsibility appears to contain an inherent contradiction. On one hand, it expressly allows for contribution to the commission of the crime through aiding or abetting which, as we have discussed, require only knowledge, not shared intent. At other times, Tadic defines participation in terms of shared intent and it is not clear that this is limited to co – perpetrators. The Trial Chamber believes that the Nuremberg jurisprudence and its progeny allow for “aiding and abetting” in its traditional form to exist in relation to a joint criminal enterprise and in the case of such an aider and abettor, knowledge plus substantial contribution to the enterprise is sufficient to maintain liability. Once the evidence indicates that the participant shares the intent of the criminal enterprise, he graduates to the level of a co – perpetrator of the enterprise.*” (Se debe aceptar que la fórmula establecida en el caso Tadic para la empresa criminal conjunta contiene una contradicción inherente. Por un lado, expresamente permite la contribución al crimen a través de quien alienta o ayuda, elementos que, como hemos discutido, sólo requieren de conocimiento y no de intención compartida. Y por otro lado, el caso Tadic define a la participación en términos de intención compartida y no está claramente limitada a los co – autores. El tribunal Oral cree que la jurisprudencia de Nuremberg y su posterioridad permite que “alentado y ayudado” en su forma tradicional, existan en relación con una empresa criminal conjunta, y en el caso de tales personas que ayudan o alientan, el conocimiento además de la contribución sustancial a la empresa es suficiente para atribuir responsabilidad. Una vez que la evidencia indica que el partícipe comparte la intención de la empresa criminal, es suficiente para considerarlo como coautor de esa empresa) La traducción es mía.

una consecuencia natural y probable de este propósito¹⁵⁸. El *mens rea*¹⁵⁹ consiste en la intención de participar en un propósito criminal común para lograr sus objetivos, además de prever que otros miembros del grupo puedan cometer crímenes que no necesariamente se enmarcan dentro del propósito común. Por lo tanto, en términos de derecho penal, en este tercer caso se requeriría un dolo eventual del individuo para poder atribuirle responsabilidad individual (el exceso es una consecuencia natural y previsible). Como ejemplo de este caso se cita a la limpieza étnica, y dentro de ella a la situación en la que se quiere trasladar a una persona y en el curso para lograrlo se asesina a otra.

En general, los tres casos presentados comparten del *actus reus* las siguientes características:

1. Una pluralidad de personas.

2. La existencia de un plan, diseño o propósito común necesario para cometer un crimen contemplado en el Estatuto. No es necesario que este plan sea arreglado previamente o sea expreso, incluso puede ser extemporáneo y puede inferirse de la pluralidad de personas que actúan.

3. Participación del acusado en el diseño común que no necesariamente consiste en cometer de propia mano el crimen, sino que puede consistir en una asistencia o contribución al plan común¹⁶⁰.

En el caso Tadic, el tribunal de apelación decidió utilizar el tercer caso de conocimiento y falló que Tadic fue responsable de haber cometido crímenes contra la humanidad (asesinato) por haber tenido el conocimiento del asesinato de la población que no fuese Serbia y de haber proseguido en el propósito común tomando ese riesgo¹⁶¹. Con esta

¹⁵⁸ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 204: “*This third category concerns cases involving a common design to pursue one course of conduct where one of the perpetrators commits an act which, while outside the common design, was nevertheless a natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose*”. (Esta tercera categoría se refiere a los casos que involucran un diseño común para llevar a cabo una conducta en la que uno de los perpetradores comete un acto, el cual aunque está fuera del diseño común, era no obstante una consecuencia natural y previsible de llevar a cabo ese propósito común.) La traducción es mía.

¹⁵⁹ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 206 y 220. P. 206: “*As set in more detail below, the requirements which are established by these authorities are two fold: that of a criminal intention to participate in a common criminal design and the foreseeability that criminal acts other than those envisaged in the common criminal design are likely to be committed by other participants in the common design*”. P. 220: “*i. The intention to take part in a joint criminal enterprise and to further –individually and jointly- the criminal purposes of that enterprise, and ii. The foreseeability of the possible commission by other members of the group of offences that do not contribute the object of the common criminal enterprise*” (Según se señala con más detalle abajo, los requisitos que se establecen por estas autoridades tiene una doble faz: una intención criminal de participar en un diseño criminal común y la previsibilidad que los actos criminales diferentes a los previstos en un diseño criminal común probablemente se cometerían por otros participantes en el diseño común”. P. 220: (i. La intención de tomar parte en una empresa criminal conjunta y de avanzar –individual y colectivamente- en los propósitos criminales de esa empresa, y ii. La previsibilidad de la posible comisión de las ofensas por otros miembros del grupo que no contribuyen al objetivo de la empresa criminal común) La traducción es mía.

¹⁶⁰ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 227.

¹⁶¹ Tadic Op. Cit. 51 15.07.99 P. 232 “*Accordingly, the only possible inference to be drawn is that the Appellant had the intention to further the criminal purpose to rid the Prijedor region of the non-Serb population, by committing inhumane acts against them. That non-Serbs might be killed in the effecting of this common aim was, in the circumstances of the present case, foreseeable . The Appellant was aware that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly took that risk.*” (Por consiguiente, la única inferencia posible es que el Apelante tenía la intención de proseguir con el propósito criminal para librar a la región de Prijedor de la población no-serbia, cometiendo actos inhumanos en contra de ellos. Que los no-serbios pudiesen ser asesinados al realizar este designio común era, de acuerdo con las circunstancias del caso presente, previsible.

afirmación, en la apelación se logra revocar la decisión del Tribunal Oral que había sentenciado que no había suficiente evidencia para determinar la culpabilidad del acusado.

Para atribuir responsabilidad por esta doctrina el fundamento de este fallo descansaría en la costumbre internacional, la jurisprudencia de otros casos en diversos países y en dos tratados internacionales: La Convención Internacional para la supresión de Bombardeos terroristas (2.3.c¹⁶²) y el Estatuto de Roma (Art. 25.3.d).

Cuestión preliminar: Distinción entre el artículo 6.1 (7.1) y 6.3 (7.3) de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*

Una vez introducida la noción de la doctrina del emprendimiento conjunto, ésta debe distinguirse de la atribución de responsabilidad por el Art. 6.3 (7.3), que contempla la responsabilidad de comando en los siguientes términos:

“3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.”

Si bien esta última responsabilidad merece un estudio separado, es conveniente hacer distinciones básicas entre ésta y la doctrina del emprendimiento conjunto.

La responsabilidad bajo el Art. 6.3 (7.3) es aquella que recae sobre una persona que no ha ejecutado directamente los actos, sino que ha tenido el poder para prevenir y reprimir los crímenes que han sido cometidos por otros a su cargo¹⁶⁴, concepto que se asimila a la atribución de responsabilidad por la doctrina del emprendimiento conjunto, especialmente del segundo caso, porque también se trata de una persona, que eventualmente, no había cometido de propia mano el delito.

El Apelante estaba enterado que las acciones del grupo de que él era un miembro probablemente producirían tales matanzas, y no obstante tomó con gusto ese riesgo). La traducción es mía.

¹⁶² “3. Any person also commits an offence if that person: c. In any other way contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned.” (Cualquier persona comete un delito si esa persona: c. De cualquier otra manera contribuye a que se cometan una o más ofensas como las señaladas en los párrafos uno o dos del presente artículo por un grupo de personas actuando con un propósito común; dicha contribución será considerada intencional ya sea que se haya cometido con el objetivo de proseguir con la actividad criminal general o propósito del grupo o hecha con el conocimiento de la intención del grupo para cometer la ofensa u ofensas respectivas) La traducción es mía.

¹⁶³ **Para comparar las similitudes y diferencias que existen entre estos incisos, me he basado en los casos que expresamente los comparan y especialmente en aquellos en los que se ha acusado utilizando la doctrina de la empresa criminal conjunta y el 7.3, a saber: Kordic y Cerkez, Stacic, Krnojelac, Kvočka y Krstic.**

¹⁶⁴ Kordic y Cerkez, Op. Cit. 30 26.02.01 p.369: “The type of responsibility provided for in art. 7 (3) may be described as ‘indirect’ as it does not stem from a ‘direct’ involvement by the superior in the commission of a crime but rather from his omission to prevent or punish such offence, i.e., of his failure to act in spite of knowledge”. (El tipo de responsabilidad proporcionado por el Art. 7 (3) puede describirse como ‘indirecta’ ya que no proviene de un involucramiento ‘directo’ del superior en la comisión de un crimen sino que más bien de su omisión para prevenir o castigar tal ofensa, por ejemplo, de su falla en actuar aunque tenga conocimiento). La traducción es mía.

Sin embargo, para precisar la responsabilidad del superior, los tribunales *ad hoc* han establecido los criterios de conocimiento, previsión y control que éste debe tener sobre el despliegue de los subordinados.

Para fijar el grado de conocimiento se aplica el parámetro de la información disponible que tenía el superior sobre los actos de sus subordinados¹⁶⁵.

Para fijar la previsión, la jurisprudencia la ha enfocado desde la buena fe, por lo tanto, estima que sólo se le puede exigir al superior aquello que razonablemente podría deducirse de las circunstancias.

Y por último, el control se ha definido como el grado de dependencia que existe entre los subordinados y el superior, en cuanto a la capacidad del superior de descubrir las actividades de sus subordinados¹⁶⁶. La jurisprudencia sólo se ha referido a este tema de control de una manera tangencial, porque sólo lo ha utilizado para extender la responsabilidad a las cadenas civiles y ha omitido un análisis acerca de la mayor punibilidad que merecerían las cadenas militares, por ser éstas una institución dentro del Estado de derecho.

Por lo tanto y una vez ya definido el ámbito de aplicación del inciso tercero, cabe analizar el inciso primero en relación con la doctrina del emprendimiento conjunto, y la atribución de responsabilidad a individuos que no han cometido de propia mano los delitos.

La responsabilidad que se atribuye al superior puede considerarse como un matiz de la doctrina del emprendimiento conjunto, porque también atribuye la responsabilidad a alguien sobre la base del conocimiento que pueda tener de los actos y las consecuencias que se derivan si permite que estos actos sigan, pero ambas responsabilidades deben distinguirse.

Si hay suficiente evidencia que demuestra que el superior no sólo tenía información de las acciones de sus subordinados, sino que además ejerció facultades para planear, instigar o alentar y ayudar en los términos del Art. 7.1 del estatuto del ICTY, la atribución de responsabilidad será por el inciso 1 y no por el inciso 3.

Asimismo, si la omisión del superior contribuye a que un subordinado pueda cometer el crimen, la atribución de responsabilidad para el superior será por el artículo 7.1¹⁶⁷ y si se acusa por ambos incisos, el 1 subsume al 3¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Por ejemplo Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P.437: *"It appears clearly from the Appeals Chamber's finding that a superior may be regarded as having "reason to know" if he is in possession of sufficient information to be on notice of the likelihood of subordinate illegal acts, i.e., if the information available is sufficient to justify further inquiry"* (Aparece claramente de los hallazgos del Tribunal de Apelación que puede considerarse que un superior tiene la "razón para saber" si tiene la información suficiente para tener noticia de la probabilidad de actos ilegales de sus subordinados, es decir, si la información disponible es suficiente para justificar una indagación adicional) La traducción es mía.

¹⁶⁶ Kunarac et al. Op. Cit. 29 22.02.01 P. 396 *"What must be established is that the superior had effective control over subordinates. That means that he must have had the material ability to exercise his powers to prevent and punish the commission of the subordinates' offences"* (Lo que se debe establecer es que el superior tenía un control efectivo sobre sus subordinados. Esto significa que él tenía la habilidad material para ejercer sus poderes para prevenir y castigar la comisión de las ofensas cometidas por sus subordinados). La traducción es mía. Ver también: Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 415.

¹⁶⁷ Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P. 465: *"In cases where the evidence leads a Trial Chamber to the conclusion that specific acts satisfy the requirement of art. 7(1) and that the accused acted as a superior, this Trial Chamber shares the view of the Krnojelac Trial Chamber that a conviction should be entered under article 7(1) only and the accused position as a superior taken into account as an aggravating factor."* (En los casos en los que la evidencia conduzca al tribunal Oral a la conclusión que actos específicos satisfacen el requerimiento del Art. 7(1) y que el acusado actuó como superior, este tribunal Oral comparte la visión del Tribunal en el juicio de

De los casos relevantes que he investigado, es interesante el caso Stakic por la forma en que hace las diferencias anteriores, en el sentido que estima que no se puede condenar tanto por una acción como una omisión. Por lo tanto, disiente en una nota de pie (1013) con las conclusiones alcanzadas por el ICTR, porque éste ha considerado las palabras “ordenado” y “cometido” para satisfacer el estándar mental del “sabía o tenía razones para saber” del superior¹⁶⁹, siendo que la responsabilidad del superior se configura más bien bajo la idea de omisión.

Al respecto, debe tenerse presente que es la jurisprudencia del ICTY la que desarrolla la atribución de responsabilidad a individuos basándose en un objetivo común, y no la del ICTR, y que incluso el caso de Kayishema y Ruzindana es el único que remotamente se pronuncia sobre un objetivo común entre los individuos¹⁷⁰. Por lo tanto, si bien se puede argumentar que es imposible acusar a una persona por efectuar actos positivos y luego además por actos negativos, esto no puede confundirse con cómo se determinará finalmente la participación.

Me explico, en el caso Kayishema y Ruzindana¹⁷¹ al analizarse la responsabilidad bajo los términos del Art. 6(1), se destaca que para determinar las formas de participación hay

Krojelic en el sentido que se debe condenar por el 7(1) y que la posición de superior del acusado solo se debe considerar como un factor agravante). La traducción es mía. Ver también: Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 605. Ver también: Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P.371, Krojelac Op. Cit. 33 15.03.02 P. 173, 316 y 496.

¹⁶⁸ Stakic Op. Cit. 29 31.07.03 P.466: “*Obiter: It would be a waste of judicial resources to entry into a debate on article 7(3) knowing that article 7(1) responsibility subsumes article 7(3) responsibility.*” (Sería un desgaste de recursos judiciales entrar a discutir el art. 7(3), sabiendo que éste es subsumido por la responsabilidad del Art. 7(1)). La traducción es mía. Ver también: Blaskic Op. Cit. 29 03.03.00 P.337.

¹⁶⁹ PROSECUTOR V. CLEMENT KAYISHEMA, ICTR 95- 1 AND OBED RUZINDANA, ICTR 96- 10 (En adelante Kayishema y Ruzindana II) Fallo del 01.06.01. Nota 1013 : “*The Trial Chamber declines to follow the practice at the Rwanda Tribunal of finding that acts such as “ordering” or “committing” which clearly fall under Article 7(1) can be used to satisfy the mental element of “knew or had reason to know”, thereby merging the responsibility as a superior for direct acts with the theory of superior responsibility or imputed responsibility for acts of subordinates. See, e.g., Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana , Judgement, 21 May 1999, Article 7(3) convictions upheld on appeal, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana , Judgement (Reasons), 1 June 2001.*”(El Tribunal Oral desiste en seguir la práctica del Tribunal de Ruanda en el sentido que actos como “ordenando” o “cometiendo” que caen claramente bajo Artículo 7(1) puedan ser utilizados para satisfacer el elemento mental de “sabía o tenía razones para saber”, con lo cual unen la responsabilidad de un superior por actos directos con la teoría de responsabilidad superior o responsabilidad imputada por actos de sus subordinados. Véase, por ejemplo, el caso Clément Kayishema y Obed Ruzindana, el Juicio, 21 el 1999 de mayo, el Artículo 7(3) las convicciones apoyaron en la apelación, y Clément Kayishema y Obed Ruzindana, el Juicio (razones), 1 junio 2001.) La traducción es mía.

¹⁷⁰ Op. Cit 169 P. 203: “*In view of such a broad scope of participation that may give rise to responsibility under Article 6(1), there must be a clear awareness that this participation will lead to the commission of a crime. The Trial Chamber has set out, in Chapter 5.1 of this Judgement, that the clear objective of the atrocities occurring throughout Rwanda and the Kibuye Prefecture, in 1994, was to destroy the Tutsi population. The perpetrators of these crimes, therefore, were united in this common intention*” (En vista de tan amplia visión sobre la participación a la que puede originar responsabilidad el artículo 6(1), debe haber un claro conocimiento de que esta participación llevaría a la comisión del crimen. El Tribunal Oral ha establecido, en el capítulo 5.1 de su juicio, que el objetivo claro de las atrocidades que ocurrían en Ruanda y en la Prefectura de Kibuye en 1994 era el de destruir a la población tutsi. Por lo tanto, los perpetradores de estos crímenes estaban unidos en esta intención común). La traducción es mía.

¹⁷¹ Kayishema y Ruzindana Op cit. 169 P. 198: “*The Trial Chamber is of the opinion that, as was submitted by the Prosecution, there is a further two stage test which must be satisfied in order to establish individual criminal responsibility under Article 6(1). This test required the demonstration of (i) participation, that is that the accused’s conduct contributed to the commission of an illegal act, and (ii) knowledge or intent, that is awareness by the actor of his participation in a crime.*” (El Tribunal Oral es de la opinión que, según se

que analizarlas a través de dos criterios: uno de la participación que se ha tenido en el crimen, y el segundo, el conocimiento o intención en la participación del crimen.

Al analizar la participación, este fallo descarta que sea necesario que el acusado esté presente en la escena del crimen o que su contribución a éste sea directa, llegando a describir a este tipo de individuos bajo el término de “*approving spectator*”¹⁷², entendido como aquel que incentiva el actuar de los demás con su presencia.

Luego para distinguir entre los efectos de la presencia del *approving spectator* y la omisión del superior, este fallo señala que la responsabilidad del superior contemplada en el artículo 6.3 se basa en el deber de actuar, mientras que la responsabilidad contemplada en el Art. 6.1 se basa en el incentivo y el apoyo hacia el actor principal¹⁷³. Por lo tanto, la omisión sería distinta en uno y otro caso, ya que en el primero existiría una obligación de conducta, no así en el segundo.

En relación con lo anterior, el caso Akayesu¹⁷⁴ para diferenciar entre el Art. 6.1 y el 6.3, afirma que el superior no necesariamente debe actuar con conocimiento para poder

sostuvo por la Fiscalía, existe además un examen de dos pasos para los efectos de establecer la responsabilidad penal individual por el artículo 6(1). Este examen requiere la demostración de (i) la participación, esto es, que la conducta del acusado contribuyó para la comisión del acto ilegal y (ii) conocimiento o intención, esto es, que el actor sepa de su participación en el crimen) La traducción es mía.

¹⁷² Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 169 P. 200: “*It is not presupposed that the accused must be present at the scene of the crime, nor that his contribution be a direct one. That is to say, in light of the decision rendered in the Furundzija Judgement and the jurisprudence set out therein, the role of the individual in the commission of the offence need not always be a tangible one. This is particularly pertinent where the accused is charged with the “aiding” or “abetting” of a crime. In Furundzija it was held, “. . . an approving spectator who is held in such respect by the other perpetrators that his presence encourages them in their conduct, may be guilty of complicity in a crime against humanity.*” (No se presupone que el acusado deba estar presente en la escena del crimen, ni que su contribución sea una directa. Esto es, a la luz de la decisión rendida en el Juicio de Furundzija y la jurisprudencia sentada en esto, el papel del individuo en la comisión de la ofensa no siempre necesita ser un apalable. Esto es especialmente pertinente donde el acusado es inculpaado por haber ‘ayudado’ o ‘alentado’ en la comisión de un crimen. En Furundzija se sostuvo: ‘si los demás perpetradores consideran a la presencia del espectador como una que los incentiva en su conducta, éste puede ser considerado como culpable de complicidad en un crimen contra la humanidad’). La traducción es mía.

¹⁷³ Kayishema y Ruzindana Op. Cit. 169 P. 201: “*Therefore, subject to the caveat that the accused knew the effect that his presence would have, he may be found responsible under Article 6(1) for such a contribution to the commission of any of the offences specified in the Tribunal’s Statute*” y 202:” *This jurisprudence extends naturally to give rise to responsibility when the accused failed to act in breach of a clear duty to act. The question of responsibility arising from a duty to act, and any corresponding failure to execute such a duty is a question that is inextricably linked with the issue of command responsibility. This is because under Article 6(3) a clear duty is imposed upon those in authority, with the requisite means at their disposal, to prevent or punish the commission of a crime. However, individual responsibility pursuant to Article 6(1) is based, in this instance, not on the duty to act, but from the encouragement and support that might be afforded to the principals of the crime from such an omission*” (P. 201: Por lo tanto, de acuerdo a la advertencia que el acusado sabía el efecto que su presencia tendría, él puede ser encontrado responsable bajo el artículo 6(1) por esa contribución a la comisión de cualquiera de las ofensas especificadas en el Estatuto del Tribunal. P. 202: Esta jurisprudencia se extiende para generar responsabilidad al acusado si éste falla en su obligación de actuar. La pregunta de la responsabilidad que se genera a partir de un deber para actuar, y el correspondiente fracaso para ejecutar tal deber, es una pregunta que se vincula inextricablemente con el asunto de la responsabilidad de comando. Esto porque bajo el artículo 6(3) se impone un claro deber sobre aquellos que tienen autoridad, con los medios necesarios a su disposición, para prevenir o castigar la comisión de un crimen. Sin embargo, la responsabilidad individual según el Artículo 6(1) se basa, en este caso, no en el deber para actuar, sino en el ánimo y el apoyo que pueda proporcionarse a los actores principales del crimen de tal omisión). La traducción es mía.

¹⁷⁴ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 479: “*Therefore, as can be seen, the forms of participation referred to in art. 6 (1), cannot render their perpetrator criminally liable where he did not act knowingly, and even where he should have had such knowledge. This greatly differs from art. 6(3) analyzed here below, which does not necessarily require that the superior acted knowingly to render*

atribuírsele responsabilidad, sino que es suficiente el estándar mental de “*sabía o tenía razones para saber*” y además que haya fallado en adoptar todas las medidas necesarias y razonables, en otras palabras, es una responsabilidad que se basa en la omisión de actuar teniendo la obligación de hacerlo.

En síntesis, puede concluirse que la atribución de responsabilidad por el artículo 6.1 (7.1) a través de la doctrina del emprendimiento conjunto se debe a una participación directa, en cambio por el inciso tercero del mismo artículo, por omisiones¹⁷⁵.

¿Es necesaria la distinción entre complicidad y coautoría para la aplicación de la doctrina del emprendimiento conjunto?

En el capítulo III, en la parte de la atribución de la responsabilidad penal individual, analicé brevemente la dificultad doctrinaria que existía para diferenciar entre autor y las formas accesorias de participación.

Ahora, en esta sección comparo cómo la jurisprudencia ha tratado esta diferencia y si es que es necesario hacerla para la aplicación de la doctrina del emprendimiento conjunto. Para ello, es imprescindible recurrir a los términos del artículo 7.1 (6.1) de los Estatutos de los Tribunales que establecen la responsabilidad criminal individual:

“A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution...”.

Términos que en español se traducen en:

“La persona que haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar”.

Reproduzco estas traducciones, porque debe prestarse atención a que en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* se traduce “*aided*” por “*ayudado*” y “*abetted*” por “*alentado*”, esto por las consideraciones de derecho penal que existen sobre la coautoría y sobre la complicidad.

Sobre los términos de este artículo, la jurisprudencia ha dado las siguientes definiciones:

“Planificado”: Se requiere que una o más personas diseñen la comisión del crimen en su fase preparatoria y ejecutiva¹⁷⁶.

him criminally liable; it suffices that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed a crime and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof. In a way, this is liability by omission or abstention” (“Por lo tanto, como se puede ver, las formas de participación referidas en el art. 6 (1), no pueden atribuir responsabilidad criminal a su perpetrador si no actuó con conocimiento, e incluso en los casos que él debió haber tenido tal conocimiento. Esto difiere mucho del Art. 6(3) aquí analizado, que no necesariamente requiere que el superior actúe con conocimiento para atribuirle responsabilidad criminal; es suficiente que el tenía razones para saber que su subordinados estaban a punto de cometer o habían cometido un crimen y falló en tomar las medidas necesarias o razonables para prevenir tales actos o castigar a los perpetradores del mismo. De una manera, esto es la atribución por omisión o abstención”). La traducción es mía.

¹⁷⁵ Esto no obsta a que sea sumamente interesante desarrollar un trabajo aparte para comparar las similitudes y diferencias de los criterios de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior.

¹⁷⁶ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 480, Blaskic Op. Cit. 31 03.03.00 P. 279, Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 386, Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 601, Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P. 119 y Rutaganda Op. Cit. 31 06.12.99 P.37.

Dentro de este número debe destacarse que el fallo Akayesu ante el ICTR afirma que esta planificación se refiere a la complicidad en los sistemas legales de derecho civil, y a conspiración en el derecho común.

“*Incitado*”: Significa impulsar a otro a cometer una ofensa¹⁷⁷.

“*Ordenado*”: Implica a una persona que ejerce autoridad sobre otra y la utiliza para convencerlo a que cometa una ofensa¹⁷⁸.

“*Cometido*”: Cubre la perpetración física de un crimen o, una omisión culpable de quien infringe el derecho penal¹⁷⁹.

“*Ayudado y alentado*”: Significa que se proporciona una contribución sustancial para que el crimen se cometa¹⁸⁰. Esto a su vez se puede subdividir en:

Asistencia Práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial para que el agente principal cometa el crimen.

Debe demostrarse que quien alienta o ayuda sabía que sus propios actos asistían al agente principal para que cometiera el crimen.

“*El emprendimiento conjunto*”: Es la responsabilidad que se encuentra implícitamente contemplada en el Art. 7.1. Esta responsabilidad se atribuye a diferentes individuos por participar en un emprendimiento conjunto¹⁸¹. Es decir, son responsables los individuos aun cuando no hayan sido ejecutores materiales del crimen.

Para analizar el tema de la participación primero analizo sus elementos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia, para luego hacer algunas observaciones.

El *Actus Reus* de quien es accesorio al autor consiste en la asistencia física o apoyo moral. En varias ocasiones la jurisprudencia ha discutido si para la comisión de un crimen se requiere una participación directa, o, una indirecta como la mera presencia o apoyo moral. Al respecto, ha concluido que bastaría con una participación indirecta, es decir, la mera presencia, pero siempre y cuando se tenga conocimiento que se tiene un efecto directo o sustancial en la perpetración del acto ilegal¹⁸².

¹⁷⁷ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 482, Blaskic Op. Cit. 31 03.03.00 P. 280, Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 387.

¹⁷⁸ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P. 483, Blaskic Op. Cit. 31 03.03.00 P. 271, Kordic y Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 P. 388.

¹⁷⁹ Tadic II Op. Cit. 30 15.07.99 P.188, Kunarac et al. Op. Cit. 29 22.02.01 P. 390: “*An individual can be said to have ‘committed’ a crime where he or she physically perpetrates the relevant criminal act or engenders a culpable omission in violation of a rule of criminal law*”. (Se puede decir que un individuo ha cometido un crimen cuando él o ella perpetra físicamente el crimen relevante o engendra una omisión culpable por violación a la ley criminal). La traducción es mía.

¹⁸⁰ Aleksovski Op. Cit. 49 24.03.00 P. 162 – 164.

¹⁸¹ Tadic II Op. cit. 30 15.07.99 P. 185- 229.

¹⁸² Tadic Op. cit. 07.05.97 P.692: “*In sum, the accused will be found criminally culpable for any conduct where it is determined that he knowingly participated in the commission of an offence that violates international humanitarian law and his participation directly and substantially affects the commission of that offence through supporting the actual commission before, during or after the incident. He will also be responsible for all that naturally results from the commission of the act in question*” (“En suma, el acusado será encontrado criminalmente culpable para cualquier conducta donde se determine que él participó con conocimiento en la comisión de una ofensa que viola el derecho humanitario internacional y su participación afecta sustancial y directamente la comisión de esa ofensa por haber apoyado la comisión antes, durante o después del incidente. También será responsable de todo lo que naturalmente resulte de la comisión del acto en cuestión”) La traducción es mía; Celebici 16.11.98 P.327; Aleksovski 25.06.99 P. 162; Kunarac et al. 22.02.01 p. 393; Blaskic Op. Cit. 29 03.03.00 P.284; Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P.257; Furundzija Op. Cit. 94 10.12.98 P. 232; Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P. 126 y Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P. 33.

El *Mens Rea* requerido para quien es accesorio al autor es el conocimiento de que sus actos asisten al agente principal. Este apoyo no sólo es mediante actos positivos sino que también mediante omisiones¹⁸³.

Una vez introducidos estos requisitos generales de la participación, es pertinente analizar la manera en que ambos tribunales diferencian entre los conceptos de cómplice y de autor.

Ante el ICTR, para delimitar entre los conceptos de quien alienta o ayuda, se recurre a la legislación Ruandesa para afirmar que la complicidad puede ser “*by procuring means, aiding or abetting or by instigation*”¹⁸⁴. Luego, la intención o elemento mental del cómplice es su conocimiento de que estaba asistiendo a la comisión de un acto principal. Esto, en relación con el delito de genocidio, se traduce en que no es necesario para el cómplice tener *dolus specialis*, sino que tener conocimiento que se comete la ofensa principal¹⁸⁵.

Luego, distingue entre los términos “alentado y ayudado” del Art. 6.1 del Estatuto, que serían actos positivos y negativos de complicidad, de los términos contemplados en el Art. 2.3.e de “*la complicidad en el genocidio*” del Estatuto que solo sería un acto positivo para cometer genocidio. Por otro lado, afirma que para ser responsable por complicidad bajo el Art. 6.1 se requiere la intención específica del genocidio y no así para la complicidad del Art. 2.3.e¹⁸⁶, porque el 6.1 se refiere en términos generales a los crímenes del Estatuto y

¹⁸³ Blaskic Op. Cit. 29 03.03.00 P.284: “*The Trial Chamber holds that the actus reus of aiding and abetting may be perpetrated through an omission, provided that this failure to act had a decisive effect on the commission of the crime and that it was coupled with the requisite mens rea. In this respect, the mere presence at the crime scene of a person with superior authority, such as a military commander, is a probative indication for determining whether that person encouraged or supported the perpetrators of the crime*” (El Tribunal Oral sostiene que el actus reus de alentar y ayudar puede ser perpetrado a través de una omisión, si ésta falla en actuar tuvo un efecto decisivo en la comisión del crimen e iba de manera conjunta con el mens rea necesario. A este respecto, la mera presencia en la escena del crimen de una persona con la autoridad superior, tal como un comandante militar, es una indicación probatoria para determinar que esa persona alentó o apoyó a los perpetradores del crimen). Ver también: Kvočka Op. Cit. 33 02.11.01 P.253 y Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P.32 en el que además se refiere a ello bajo los términos: “*foreseeable consequence of his conduct*” (la consecuencia previsible de su conducta) La traducción es mía.

¹⁸⁴ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.484: “*Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would invoke facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto*...” (en muchos sistemas legales, ayudando y alentado constituyen actos de complicidad). La traducción es mía. Este fallo realiza una distinción entre la complicidad (que no se requiere intención discriminatoria) y el resto de las tipificaciones del 6.1 en las que sí se requiere. Puede concluirse que consideraría a la complicidad como un concepto más amplio que alentado porque respecto de este último se requieren omisiones. (También Musema Op. Cit. 31 27.01.00 P.179).

¹⁸⁵ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.545: “*In conclusion, the Chamber is of the opinion that an accused is liable as an accomplice to genocide if he knowingly aided or abetted or instigated one or more persons in the commission of genocide, while knowing that such a person or persons were committing genocide, even though the accused himself did not have the specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.*” (En conclusión, el Tribunal es de la opinión que un acusado es responsable como cómplice al genocidio si él alentó o ayudó o instigó con conocimiento a una o más personas en la comisión del genocidio, mientras sabía que tal persona o personas cometían el genocidio, aunque el acusado no tenía la intención específica para destruir, total o parcialmente a, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.) Bagilishema Op. Cit. 31 07.06.01 P.32 y Musema op. Cit. 31 27.01.00 P.180.

¹⁸⁶ Akayesu Op. Cit. 31 02.09.98 P.547: “*Consequently, where a person is accused of aiding and abetting, planning, preparing or executing genocide, it must be proven that such person aided with specific genocidal intent, i.e. the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such, whereas, as stated above, there is no such requirement to establish accomplice liability in genocide.*” (En consecuencia, cuando una persona es acusada de haber alentado y ayudado, planeado, preparado o

para la complicidad del genocidio sólo se requiere el conocimiento de plan genocida más la participación en la ejecución de tal plan (como elemento del *actus reus*)

Por otro lado, el ICTY, hace una distinción entre las formas de intervención como participación con el plan común que pueda existir entre quienes actúan en conjunto. Así, señala como características para el cómplice y el encubridor las siguientes¹⁸⁷:

Quien ayuda o alienta siempre es un accesorio a un crimen cometido por otra persona; el agente principal.

No es necesario probar la existencia de un plan común entre el agente principal y los cómplices y encubridores para la ejecución del crimen; incluso el autor principal puede ignorar la contribución del cómplice, es decir, no se exige un acuerdo entre estos agentes.

Quien ayuda o alienta lleva a efecto actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o a dar apoyo moral para la perpetración de un crimen específico y este apoyo tiene un efecto sustancial en el crimen y;

Quien ayuda o alienta sabe que asiste a que se cometa un crimen específico.

Por otro lado, exige para el plan común los siguientes requisitos:

No necesariamente existe un agente principal;

Es necesaria la existencia de un plan;

La acción debe representar la consecución del plan común o propósito (no es necesario una asistencia directa) y

El requisito mental es la intención específica para cometer el crimen, o, la intención de lograr el objetivo común, además de prever que, aunque sean crímenes que estén fuera del propósito criminal, era probable que se cometiesen.

De estas características y requisitos puede deducirse que en la intervención de un delito pueden distinguirse diferentes niveles de participación. Si esto se vincula con las clases de emprendimiento conjunto establecidas en Tadic, se puede concluir que esos tres tipos de casos se refieren más bien a fijar el grado de participación y a partir de allí atribuir responsabilidad. Es decir, primero se distingue sobre la base de qué criterio un individuo se ve involucrado en la comisión de un crimen, y luego se determina si su intervención a sido como la de un agente principal o la de un accesorio al crimen. Esta diferenciación es importante, porque es diferente caracterizar el tipo del delito de lo que es establecer las relaciones entre los individuos y su intervención en el delito.

Un caso que sirve para explicar estas diferencias entre cómplices y coautores basándose en su nivel de participación, es el caso Kvočka et al. (Son 5 acusados y todos son sancionados como coautores del delito de persecución cometido en el campo de Omarska, Keraterm y Trnopolje).

Este caso, hace un análisis de los términos del Art. 7.1 de: "*planning, instigating, ordering, committing or otherwise aiding and abetting in the planning, preparation or execution of any acts or omission*", que se utilizaron por la Fiscalía en un sentido amplio de

ejecutado el delito de genocidio, se debe probar que esta persona ayudó con la intención específica genocida, es decir, con la intención de destruir total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, mientras que ello no es necesario en la complicidad en el genocidio) La traducción es mía. Esto en relación al 545. No obstante, debe destacarse que esto es contrario al ICTY en cuanto a que para éste la intención genocida sería necesaria para el cómplice del artículo 4.3.e y no para el 7.1. Krstić 19.04.04 P. 138.

¹⁸⁷ Tadic II Op. Cit. 30 15.07.99 p. 229, Kordic and Cerkez Op. Cit. 30 26.02.01 p.399.

participación para determinar la obligación que les cabe a cada uno de los que intervienen en un emprendimiento conjunto¹⁸⁸.

En este fallo se parten criticando las conclusiones del caso Tadic sobre los campos de concentración¹⁸⁹ (segundo caso) alegando que descansa sobre premisas contradictorias, porque a veces requiere que los cómplices y encubridores sólo tengan conocimiento de los actos de los agentes principales y otras veces requiere una intención compartida, por lo tanto, no logra diferenciar este concepto con el de coautoría.

Además este fallo estima que para alentar o ayudar se requiere tener conocimiento del crimen al que se asiste, y, en el caso del delito de persecución, de saber que se cometen los crímenes a los que se asiste, con intención discriminatoria. Quien alienta o ayuda, no necesita compartir esta intención, pero sí debe saber del contexto general discriminatorio y saber que sus actos tienen un efecto significativo en él. Por lo tanto, aquel que alienta o ayuda será responsable por los actos que otros cometan si éstos eran una consecuencia predecible de la asistencia o aliento¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P. 242: *"The Amended Indictment states that the term "participated" as used in each count is intended to incorporate "planning, instigating, ordering, committing or otherwise aiding and abetting in the planning, preparation or execution of any acts or omission." Despite this caveat, most paragraphs of the Amended Indictment allege that the accused "instigated, committed or otherwise aided and abetted" the crimes enumerated. Hence, "participation" is generally used in a broad sense.*" (La acusación enmendada indica que el término 'participó' según como se utilizó en cada cargo, pretende incorporar 'planeado, instigar, ordenar, cometer o de otro modo alentado y ayudado en la planificación, la preparación o la ejecución de cualquiera acción u omisión'. A pesar de esta advertencia, la mayoría de los párrafos de la Acusación Enmendada alegan que el acusado 'instigó, cometió, o de otro modo alentó y ayudó' en los crímenes enumerados. De ahí, que la 'participación' se utiliza generalmente en un sentido amplio). Esto en relación al P. 245.: *"The prosecution argues for the application of the joint criminal enterprise theory as set out by the Appeals Chamber in the Tadic case under article 7(1) of the Statute, and asserts that the accused acted in pursuance of a common criminal enterprise"* (La Fiscalía argumenta que para la aplicación de la teoría de la empresa criminal conjunta, de acuerdo a como está sentada por el Tribunal de Apelación en el caso de Tadic de acuerdo al artículo 7(1) del Estatuto, y afirma que el acusado actuó conforme a una empresa criminal conjunta). Las traducciones son mías.

¹⁸⁹ Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P.273: *"It must be conceded that the Tadic formula for joint criminal enterprise responsibility appears to contain an inherent contradiction. On the one hand, it expressly allows for contribution to the commission of the crime through aiding or abetting which, as we have discussed, require only knowledge, not shared intent. At other times, Tadic defines participation in terms of shared intent and it is not clear that this is limited to co-perpetrators."* (La fórmula de Tadic para atribuir responsabilidad por la empresa criminal conjunta parece contener una contradicción inherente. Por una parte, expresamente permite la contribución a la comisión del crimen por ayudar o alentar que, como hemos discutido, sólo requiere conocimiento, y no la intención compartida. Otras veces, Tadic define la participación en términos de la intención compartida y no es claro que esto esté limitado a coautores.) La traducción es mía.

¹⁹⁰ Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P. 262: *"The aider or abettor of persecution does not need to share the discriminatory intent, but must be aware of the broader discriminatory context and know that his acts of assistance or encouragement have a significant effect on the commission of the crimes. Each and every act of discrimination need not be known or intended by the aider or abettor. The aider or abettor of persecution will thus be held responsible for discriminatory acts committed by others that were a reasonably foreseeable consequence of their assistance or encouragement."* (Quien alienta o ayuda a la persecución no necesita compartir la intención discriminatoria, pero debe estar enterado del contexto general discriminatorio y saber que sus actos de asistencia o ánimo tienen un efecto significativo en la comisión de los crímenes. Cada uno y todos los actos de discriminación no necesitan ser conocidos ni intencionados por quien alienta o ayuda. El que alienta o ayuda en la persecución se considerará responsable de actos discriminatorios cometidos por los otros cuando éstos sean una consecuencia razonablemente previsible de su ayuda o ánimo.) La traducción es mía.

Lo interesante es que luego afirma que aquel que alienta o ayuda puede involucrarse a tal punto en del emprendimiento conjunto, que puede llegar a convertirse en coautor¹⁹¹, por lo tanto, una vez que se prueba que el partícipe comparte la intención en un emprendimiento conjunto, se le puede considerar coautor; ya que a diferencia de quien alienta o ayuda, quien sólo debe tener el conocimiento de esta empresa y contribuir sustancialmente en ella, el coautor comparte esta intención y es quien realiza acciones u omisiones para llevar adelante el objetivo de un emprendimiento conjunto.

A partir de estas diferencias entre la coautoría y la complicidad, me parece interesante la posibilidad de concluir que los partícipes puedan convertirse en coautores si se involucran de una manera más directa en el emprendimiento conjunto por diversas razones: Primero, porque reduce la dificultad probatoria de tener que comprobar la intención discriminatoria respecto de un individuo determinado. Y segundo, porque si se considera que la intención especial para un coautor es la intención discriminatoria y para un partícipe es la del conocimiento de la intención del autor, y que en ambos casos debe existir una influencia sustancial en el emprendimiento conjunto, entonces ¿Podría aplicarse este raciocinio al genocidio en el sentido que su participación podría probarse a través de este conocimiento compartido? Más aún, si se piensa que en el contexto yugoslavo, la limpieza étnica significó una provocación de un riesgo para personas que no necesariamente eran identificables como un grupo cohesionado, es decir, era previsible que no fuera de estricto resultado que todos los que muriesen respondieren a un grupo calificado en la Convención de 1948. Por lo tanto, si se utiliza la doctrina del emprendimiento conjunto lo que debe probarse es el conocimiento del contexto y la intención criminal común, cuestiones que en principio elevan la carga probatoria, pero como este emprendimiento conjunto se puede inferir de las circunstancias, ello a su vez, disminuye esta carga. Lo interesante es que esta participación, como objetivo común, podría ser una nueva manera para determinar la intervención en el delito de genocidio.

La ventaja de la aplicación de esta doctrina es que se transforma en un elemento que debe probarse desde el punto de vista objetivo; si se influye sustancialmente en la empresa y se comparte el objetivo es un coautor, y, si sólo tiene conocimiento de la intención del autor, es cómplice o encubridor. Y es objetivo porque en ambos casos la participación debe ser significativa sobretodo si se trata de periodos donde existe violencia masiva¹⁹².

¹⁹¹ Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P. 249: "*An aider or abettor of a joint criminal enterprise, whose acts originally assist or otherwise facilitate the criminal endeavor, may become so involved in its operations that he may graduate to the status of a co-perpetrator of that enterprise.*"(Quien alienta o ayuda en una empresa criminal conjunta, y cuyos actos originariamente asistían o facilitaban la tentativa criminal, puede llegar a implicarse a tal punto en las operaciones, que él puede convertirse en un co – perpetrador de esa empresa.) Las traducciones son mías.

¹⁹² Kvočka et al. Op. Cit. 33 02.11.01 P. 308: "*The tria Chamber considers that personas who work in a job or participate in a system in which crimes are committed on such a large scale and systematic basis incur individual criminal responsibility if they knowingly participate in the criminal endeavor, and their acts or omissions significantly assist or facilitate the commission of the crimes*" (El Tribunal Oral considera que las personas que trabajan en una actividad o participan en un sistema en el que se cometen crímenes a gran escala y sobre una base sistemática, incurrn n responsabilidad criminal individual si ellos participan con conocimiento en la empresa criminal, y sus actos u omisiones asisten o facilitan de manera significativa a la comisión de los crímenes). Las traducción es mía.

De hecho, al momento de atribuir responsabilidad a los acusados, el Tribunal afirmó que la influencia sustancial puede deducirse entre otras cosas; de la posición del acusado, el tiempo en el campo de detención y su conocimiento de los hechos que sucedían¹⁹³.

Por lo tanto, si se vinculan estos razonamientos para atribuir la responsabilidad individual con la doctrina del emprendimiento conjunto, tal vez, en otros casos, en los que esta doctrina no se utilizó, se hubiesen llegado a diferentes conclusiones.

El caso de Radislav Krstic

Criterio Metodológico

A estas alturas del análisis es fundamental esclarecer que el criterio metodológico para analizar este caso descansa en dilucidar las conclusiones anteriormente apuntadas, a saber:

Sobre la atribución de responsabilidad al cometer el delito de genocidio: distinguir lo que es determinar el mens rea de lo que es determinar la participación en el delito.

Sobre la atribución de responsabilidad y la participación: Distinguir entre la coautoría, autoría mediata y quien ‘alienta o ayuda’.

Por lo tanto, es evidente que evitaré, en lo que respecta al caso en particular, a consideraciones político criminales u otros aspectos meramente procesales.

Presentación de los hechos¹⁹⁴.

El caso de Radislav Krstic se funda en los hechos ocurridos en el pueblo de Srebrenica (ver anexo número cuatro) en la región conocida como Podrinje Central, en julio de 1995, zona declarada por las Naciones Unidas como un área segura.¹⁹⁵

Este pueblo, antes de que comenzara el conflicto, estaba ocupado predominantemente por Musulmanes, por lo que representa un interés para la población Bosna- musulmana, y por otro lado, al ser esta región parte de Bosnia tiene relevancia fronteriza con Serbia por lo que representa un interés para la población Bosnia - Serbia

El 16.04.93 las Naciones Unidas declaró esta región como una ‘área segura’ y por un acuerdo firmado por las partes (General Halilovic y General Ratko Mladic, comandante del VRS), la tornó en una zona desmilitarizada ubicando las fuerzas del UNOPROFOR. Sin embargo, el problema de este acuerdo fue que no se acordó exactamente cuál sería la zona ha considerarse como desmilitarizada; si sólo la zona urbana o más.

El 08.03.95, el presidente de los Serbios – Bosnios, Radovan Karadzic, ordenó separa los enclaves de Srebrenica y Zepa (al sur) mediante una orden llamada “directiva 7” a la armada Bosna – Serbia (VRS). Hacia el 11.07, Srebrenica era un pueblo fantasma

¹⁹³ Es importante destacar que en este caso no se pudo atribuir responsabilidad por el 7.3 a Kvočka (P.411), Prcac (P.467) y Kos (P. 502), pero sí como coautores.

¹⁹⁴ **El fallo destina 296 párrafos para describir los hechos; lo que se describe en esta parte sólo es lo indispensable.**

¹⁹⁵ U.N. DOC. S/RES/819 (1993)

sometido a las fuerzas Bosnias – Serias, y las mujeres, niños y personas de edad se habían trasladado hacia la base de la ONU, Potocari.

El 13.07.95 comienza el traslado de las mujeres, niños y hombres en edad de servicio militar¹⁹⁶. A los hombres se les separó de sus familias y se les quitaron los papeles de identificación.

Finalmente, entre siete y ocho mil personas fueron capturadas por las fuerzas Serbias y casi todos fueron asesinados entre el 13 y 19 de Julio de 1995. Al momento de cometerse los crímenes, el general Krstic era el comandante de VRS (Drina Corps).

El emprendimiento conjunto y la intención genocida: El fallo del Tribunal Oral de 02.08.01

Aspectos procesales

El general Radislav Krstic era comandante de Drina Corps (parte del VRS) y fue acusado, bajo los términos del artículo séptimo incisos primero y tercero, de genocidio, complicidad para cometer genocidio, persecución por asesinato, tratos inhumanos, actos de terror, destrucción de la propiedad privada y traslado forzoso de personas, exterminación, asesinatos conforme al Artículo 5 del Estatuto, asesinatos conforme al artículo 3 del Estatuto, deportación o traslado forzoso de personas por los actos cometidos en o cerca del enclave Bosnio Musulmán de Sebrenica entre el 11 de Julio y 01 de noviembre de 1995.

Con fecha 02.08.01 Krstic fue condenado culpable como autor del delito de genocidio, persecución por asesinar, tratos crueles e inhumanos, aterrorizar a la población civil, traslado forzoso de personas y destrucción de la propiedad privada de civiles Bosno – Musulmanes y por asesinato como violación de las leyes o costumbre de guerra, y lo sentenció a 46 años de prisión.

Esta sentencia no sólo se caracteriza por ser la primera en condenar como autor del delito de genocidio, sino que además constituye la pena más alta hasta esa fecha.

Mens rea genocida.

El caso Krstic¹⁹⁷, plantea que las ejecuciones en masa son una manera de probar que un crimen se ha cometido a gran escala y que han intervenido varias personas que están involucradas en un emprendimiento conjunto, lo que a su vez, permite deducir que existió entre ellos una intención común genocida.

Este fallo compara, a través de la doctrina del emprendimiento conjunto y de una manera inédita a los fallos expuestos sobre el delito de genocidio, la relación que existe entre el conocimiento de las consecuencias probables de una acción y la intención especial genocida.

Para condenar por el delito de genocidio, la lógica utilizada por este tribunal puede resumirse como sigue:

En primer lugar, utiliza dos premisas:

¹⁹⁶ El concepto de hombres en edad militar es considerado amplio y no necesariamente implica vejez. Al respecto ver nota de pie de página número 3 del fallo Op. Cit. 97.

¹⁹⁷ Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 546 y siguientes. Es peculiar notar que este tribunal está compuesto por dos jueces que fueron parte del juicio Jelusic en el juicio oral, y que el otro juez es uno que estuvo en la apelación del caso Jelusic (Patricia Wald).

Se debe distinguir la intención del acusado, como un motivo personal, de la que se requiere para cometer el delito¹⁹⁸.

El genocidio se refiere a un conjunto de personas actuando bajo un emprendimiento conjunto¹⁹⁹, por lo tanto, y en relación con la primera de estas premisas, la intención de cada uno de los miembros puede variar, pero no la del emprendimiento conjunto.

Luego, sobre la base de esto, analiza separadamente el *mens rea* genocida del *mens rea* para atribuir responsabilidad penal individual. De esta comparación se debe destacar:

Sobre el delito: Cambia el término de “intención” por el de “goal”²⁰⁰. Si bien no se atreve a afirmar que el conocimiento del contexto general ha sido reconocido por la costumbre internacional para probar que existió el delito de genocidio, a través del término “goal” puede aseverarse que este crimen no requiere de una planificación previa por un período largo. Por lo tanto, este “goal” se puede alcanzar durante la implementación del emprendimiento conjunto, porque no es necesario determinarlo y definirlo con anterioridad²⁰¹.

Sobre la atribución de responsabilidad: Aunque los crímenes cometidos no fuesen parte del objetivo de este emprendimiento conjunto, igual serán atribuibles al individuo si éstos eran consecuencias probables de una campaña de limpieza étnica²⁰².

¹⁹⁸ Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 549: “As a preliminary, the Chamber emphasizes the need to distinguish between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime.”. (De manera preliminar, el Tribunal Oral enfatiza la necesidad de distinguir entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen) La traducción es mía.

¹⁹⁹ Como se advierte, es evidente, dentro de la lógica del raciocinio del tribunal, que si el primer paso lógico para el tribunal es atribuir responsabilidad a varios individuos, se deduce que se trata de un conjunto de personas actuando en un emprendimiento conjunto. Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 549: “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” (La gravedad y escala del crimen de genocidio debe hacer presumir que varios protagonistas están involucrados en su perpetración. Aunque el motivo de cada participante puede variar, el objetivo de la empresa criminal permanece igual. En esos casos de participación conjunta, la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo como tal debe distinguirse del acto criminal como tal, aparte de la intención de cada uno de los particulares perpetradores) en relación con el P. 550: “Genocide refers to any criminal enterprise seeking to destroy, in whole or in part, a particular kind of human group, as such, by certain means.” (El genocidio se refiere a cualquier empresa criminal que busca destruir total o parcialmente u tipo particular de grupo humanos, como tal, a través de ciertos medios) La traducción es mía.

²⁰⁰ Krstic 02.08.01 Op. Cit. 97 P. 571: “For the purpose of this case, the Chamber will therefore adhere to the characterization of genocide which encompass only acts committed with the goal of destroying all or part of a group.” (Para el propósito de este caso, el Tribunal se adhiere a la caracterización del genocidio como el que solo considera a los actos cometidos con el ‘goal’ de destruir el grupo en todo o en parte). La traducción es mía.

²⁰¹ Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 572: “Article 4 of the Statute does not require that the genocidal acts be premeditated over a long period. It is conceivable that, although the intention at the outset of an operation was not the destruction of a group, it may become the goal at some later point during the implementation of the operation. For instance, an armed force could decide to destroy a protected group during a military operation whose primary objective was totally unrelated to the fate of the group.” (El artículo 4 del Estatuto no requiere que los actos genocidas sean premeditados durante un período largo. Es concebible que, aunque la intención en un principio de una operación no sea la de destrucción de un grupo, ésta pueda llegar a ser la meta con posterioridad durante la implementación de la operación. Por ejemplo, una fuerza armada podría decidir destruir un grupo protegido durante una operación militar cuyo objetivo primario era totalmente no relacionado al destino del grupo.). La traducción es mía.

²⁰² Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 613: “If the crime charged went beyond the object of the joint criminal enterprise, the prosecution needs to establish only that the accused was aware that the further crime was a possible consequence in the execution of that enterprise

Al analizar a la intención genocida, como elemento del delito, este tribunal examina dos grandes temas: la intención de destrucción (P. 569 y siguientes) y luego el término “en parte”:

Intención de destrucción: La Fiscalía plantea que puede tratarse de: un deseo consciente para destruir, saber que sus actos destruían o saber que era una consecuencia probable que sus actos destruirían.

En cambio, la defensa insiste en un ‘*dolus specialis*’ que requiere una mayor premeditación.

Para analizar esta materia, el tribunal recurre a la Convención del Genocidio de 1948, la CDI, y jurisprudencia de la CIJ e ICTR.

Y es al momento de discernir entre este *dolus specialis* y el conocimiento general de las consecuencias de los actos que se adhiere a la opinión que sólo considerará a aquellos actos cometidos con el ‘*goal*’ de destrucción.

Lo interesante, y lo que debe destacarse, es que este ‘*goal*’ puede serlo, durante la implementación de la operación: lo que puede conducir a pensar que este ‘*goal*’ puede deducirse de los caracteres de esta implementación, caracteres que, de acuerdo a lo ya resaltado en la parte de los crímenes contra la humanidad, serían masivos o sistemáticos.

En parte: La intención debe estar dirigida a una destrucción ‘substancial’ del grupo (P. 528). Lo interesante de esta discusión es que la Defensa esgrime que el término ‘en parte’ se refiere a la escala del crimen cometido, en oposición a la intención que se refiere a destruir al grupo como tal. Frente a esta proposición, el tribunal está en desacuerdo porque el término también se refiere a la intención y lo que sí debe determinarse es un aspecto de discernimiento por lo cuantitativo (número) o cualitativo (cuanto se afectó). Por tanto, analiza la relevancia de una conducta que se dirige en contra de la existencia de un grupo como tal, afirmando que lo relevante es la afectación al grupo como tal en oposición a actos individuales que no puedan tener tal objetivo.

Por lo tanto, es en base a estos dos elementos que el tribunal concluye que el general Krstic sí es responsable de haber cometido el genocidio.

Por otro lado, al comparar al genocidio con la persecución²⁰³ esta sentencia destacó, a partir de los comentarios de la CDI, que la génesis del término genocidio, proviene de la

and that, with that awareness, he participated in that enterprise.” (Si el crimen acusado fue más allá del objeto de la empresa criminal conjunta, la Fiscalía sólo necesita establecer que el acusado estaba enterado que el crimen adicional era una consecuencia posible en la ejecución de esa empresa y que con ese conocimiento, él participó en esa empresa.). La traducción es mía.

²⁰³ Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 575: “*As such, genocide closely resembled the crime of persecution. In this regard, the ILC stated, in its 1996 Report, that genocide as currently defined corresponds to the second category of crime against humanity established under Article 6 (c) of the Nuremberg Tribunal’s Statute, namely the crime of persecution*” (Como tal, el genocidio se parecía al crimen de persecución. Sobre esta consideración, la CDI indicó, en su informe de 1996, que el genocidio tal como está definido actualmente, corresponde a la segunda categoría de crimen contra la humanidad establecida bajo el Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, a saber, el crimen de persecución) En relación con el P. 580: “*The Trial Chamber is aware that it must interpret the Convention with due regard for the principle of nullum crimen sine lege. It therefore recognises that, despite recent developments, customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide*” (El Tribunal Oral sabe que debe interpretar a la Convención con la debida consideración por el principio de *nullum crimen sine lege*. Por lo tanto, reconoce que, a pesar de recientes desarrollos, el derecho internacional consuetudinario limita a la definición del genocidio a esos actos que buscan la destrucción física o biológica de todo o parte del grupo. De ahí que una empresa que sólo

clasificación que se hizo en la Carta de Nuernberg en especial en su Artículo 6 (c) a raíz de los crímenes contra la humanidad. Al respecto, afirma que existió un consenso para incluir dentro del término genocidio no sólo a la destrucción física del grupo, sino que además todos los actos dirigidos a destruir las bases sociales o culturales del mismo, por lo tanto, a pesar que el aspecto cultural haya sido expresamente rechazado en las discusiones de la Convención de 1948 por considerarse un concepto muy vago, igual se puede aceptar a este tipo de medidas como una evidencia para probar actos genocidas. A pesar de esto, y sólo para respetar el principio de legalidad, este tribunal prefiere referirse al genocidio en los casos de la destrucción física o biológica de un grupo²⁰⁴ y no en los casos de afectación a la cultura.

Por lo tanto, al momento de examinar los cargos acumulativos que puedan recaer sobre el acusado²⁰⁵, afirma que tanto el delito de genocidio como el delito de persecución, requieren una intención especial, pero que la genocida sería distinta porque sería la de destruir y no así la de la persecución. Entonces, y porque un individuo no puede ser sancionado por la misma conducta por distintos delitos, la persecución debe subsumirse en la intención destructiva genocida que es más específica.

Atribución de responsabilidad individual por cometer el delito de genocidio.

La primera premisa que debe destacarse es que este tribunal considera que en el caso que un comandante actuó a través de sus subordinados planeando, instigando u ordenando, la responsabilidad por el inciso tercero del artículo séptimo del Estatuto es subsumida por el inciso primero del mismo, lo mismo sucede con el comandante que se le atribuye responsabilidad a través de la doctrina del emprendimiento común.

Este fallo, al aplicar la doctrina del emprendimiento conjunto para atribuir responsabilidad, concurre con la sentencia de Tadic respecto de los elementos del *actus reus* requeridos para los tres casos sugeridos en este fallo, y para determinar el *mens rea*, realiza sus propias interpretaciones según si el acto cometido estaba dentro o fuera de los propósitos del emprendimiento conjunto. Por lo tanto, la carga probatoria de la Fiscalía varía según si la acción cometida (P. 613):

Estaba dentro del propósito: En este caso se debe probar que entre el acusado y quien cometió el crimen existió el mismo estado mental requerido para cometerlo.

Estaba fuera del propósito: En este caso, se debe probar que el acusado tenía conocimiento que si se cometieron determinados crímenes es porque son una consecuencia probable del emprendimiento conjunto y además, teniendo conocimiento de ello, participó en dicha empresa.

ataca a las características culturales o sociológicas de un grupo humano para los efectos de aniquilar estos elementos que le dan al grupo su propia identidad distinta del resto de la comunidad no caería bajo la definición de genocidio) La traducción es mía.

²⁰⁴ Similar raciocinio que Kayishema y Ruzindana 21.05.99 P.548 *Op cit.* 29, en el que se distingue a la persecución del genocidio porque este último incluye las medidas conjuntamente con la intención de producir la destrucción del grupo, lo que en los hechos se tradujo en desechar, como medidas genocidas, las privaciones de la vida.

²⁰⁵ Krstic *Op. Cit.* 97 02.08.01 P. 684: “Clearly, genocide has a distinct mutual element in the form of its requirement of an intent to destroy a group, altogether, in whole or in part, over and above any lesser persecutory objective. The offence of persecutions, on the other hand, contains no element of intent or implementation that would not be subsumed in the destruction requirement of genocide” (Claramente, el genocidio tiene un elemento distintivo y mutuo en cuanto a que requiere una intención para destruir a un grupo, total o parcialmente, más allá de algún objetivo persecutorio menor. La ofensa de persecución, por otro lado, no contiene el elemento de la intención ni la implementación que no se pueda subsumir en el requisito de destrucción del genocidio) La traducción es mía.

Finalmente, este Tribunal propone, en mi opinión de manera acertada, que para la atribución de responsabilidad penal individual deben considerarse separadamente los conceptos de coautor y de cómplice, sancionando al acusado como autor del delito de genocidio.

En este caso, la lógica utilizada para determinar si se cometió o no el delito de genocidio es novedosa e importante para esta investigación, porque a partir del conocimiento del acusado de los caracteres generalizados y sistemáticos y del hecho que se haya involucrado en su perpetración se dedujo la intención compartida para cometer genocidio²⁰⁶. Por lo tanto, aplicó los criterios de general o sistemático para determinar la intención genocida, a diferencia de tratar de establecerla a partir de un punto de vista individual (tratar de determinar la intención específica del sujeto era o no discriminatoria). Incluso advierte, y así separa el análisis de la atribución de responsabilidad del crimen, que el cargo de genocidio sirve sólo para atribuir responsabilidad por los actos que hayan constituido la destrucción de un grupo.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina para poder determinar la participación en la comisión de un delito puede inducir a confusiones ¿Por qué como autor y no como cómplice? ¿Cuáles son los argumentos para determinar la calidad de esta intervención?

Para responder a estas preguntas es imprescindible recurrir a la apelación de este caso, donde se hizo, en mi opinión, una correcta distinción entre lo que es aplicar la doctrina para determinar el crimen de lo que es aplicarla para determinar la participación en él.

El emprendimiento conjunto como una manera de atribuir responsabilidad por cometer el delito de genocidio: el fallo del tribunal de apelación del 19.04.04.

Aspectos procesales

El 15 y 16 de agosto la Fiscalía y la Defensa interpusieron la apelación ante el Tribunal Oral. La apelación de la Fiscalía se basó en los siguientes argumentos:

Convicciones cumulativas.

La condena debió ser por cadena perpetua con un mínimo asignado de 30 años.

Por otro lado, la apelación de la Defensa se basó:

La sentencia por genocidio tuvo errores de hecho y de derecho.

Krstic fue privado de un juicio justo.

El Tribunal Oral cometió errores de hecho y de derecho.

²⁰⁶ Krstic Op. Cit. 97 02.08.01 P. 633: “General Krstic may not have devised the killing plan, or participated in the initial decision to escalate the objective of the criminal enterprise from forcible transfer to destruction of Srebrenica’s Bosnian Muslim military-aged male community, but there can be no doubt that, from the point he learned of the widespread and systematic killings and became clearly involved in their perpetration, he shared the genocidal intent to kill the men.”. (El general Krstic puede que no haya ideado el plan de la matanza, ni tomado parte en la decisión inicial para avanzar en el objetivo de la empresa criminal para la transferencia forzosa de la población a la destrucción de la comunidad masculina del ejército musulmán – bosnio de Srebrenica, pero no puede haber duda que desde que él sabía de las matanzas generalizadas y sistemáticas llegó a estar claramente implicado en su perpetración, y que él compartió la intención genocida para matar a los hombres.) La traducción es mía.

El Tribunal falló en considerar la práctica de penas en Yugoslavia y en sopesar las circunstancias mitigantes.

En términos generales, como aspecto relevante de esta apelación, y para los efectos de esta investigación, lo más importante de la resolución de este tribunal es que analiza el cargo de participe en un emprendimiento conjunto para cometer genocidio y se examinan los requisitos necesarios de quien alienta o ayuda.

Determinación del delito de genocidio

Para desarrollar el concepto de genocidio, utilizo los argumentos de la defensa para afirmar que el Tribunal Oral habría concebido de manera errónea el concepto de genocidio sobre la base de un doble análisis: Sobre la definición del grupo y la determinación de la intención de destruir.

En cuanto a la definición del grupo, el tribunal concluye que debe tratarse de una afectación sustancial al grupo (P.12) y que ello se puede derivar a partir de la evidencia presentada al juicio, sin que ello se limite a considerar a la parte del grupo como una porción sustancial de una mayor, es decir, como una entidad separada del grupo total. (Esto al examinar el impacto que causaron los asesinatos de los hombres en edad de servicio militar).

Luego, en cuanto a la determinación de la intención, la defensa argumentó (P.24) que el Tribunal Oral se excedió en la interpretación del concepto de genocidio ya que utilizó dentro de este concepto al desplazamiento geográfico. Sobre este tema, y recordando lo apuntado por el Profesor Lemkin sobre las técnicas de genocidio, este fallo tiene la particularidad que vuelve a destacar que lo que ha de determinarse es si existió o no la intención genocida (P.32), por tanto, el desplazamiento es evidencia de que el genocidio ocurrió.

Atribución de responsabilidad por cometer el delito de genocidio.

Antes de analizar la atribución de responsabilidad cabe referirse en esta parte al criterio que utilizó el Tribunal Oral para distinguir entre la complicidad y la autoría en el genocidio.

La posición de la Fiscalía fue que en ambos casos se requería intención especial y que para el caso de la complicidad, si el conocimiento de la intención genocida va acompañada de una contribución sustancial al crimen, esto es suficiente como para elevarse al carácter de intención compartida²⁰⁷.

Por otro lado, la defensa postuló que se debe probar para la complicidad que el acusado tuvo una contribución sustancial al crimen conociendo la intención genocida del agente principal.

A partir de estas dos posturas, el Tribunal concluye que como el rol del general Krstic fue uno que significaba una coordinación clave, siendo un aparte esencial en la participación, éste debía ser considerado como autor principal al haber participado en este emprendimiento común que consistía en matar a hombres en edad de servicio militar con el conocimiento que estos actos llevarían a la eliminación completa de la comunidad Bosna Musulmana en Sebrenica.

En concordancia con lo anterior, en la apelación del caso Krstic, la responsabilidad se atribuye a partir de la doctrina del emprendimiento conjunto, cuya base es el Art. 7.1 y deduce la intención especial genocida a partir de su participación y conocimiento inevitable

²⁰⁷ Krstic P. 638 Op. Cit 97.

de las consecuencias que sus actos tenían sobre lo que estaba sucediendo²⁰⁸, pero esta vez no como autor principal sino que bajo las figuras de quien alienta o ayuda contempladas en el artículo 7.1.

Antes de entrar de lleno en las contribuciones de este fallo, debe destacarse que en los alegatos del 27.11.03²⁰⁹, la Fiscalía advierte la diferencia entre la intención para atribuir responsabilidad y la intención para el delito de genocidio por la eventual superposición que existe entre los artículos 7.1 y el 4 del Estatuto del Tribunal en materia de complicidad en cuanto al conocimiento general y la intención específica genocida. Al respecto, la Fiscalía en mi opinión, hace un correcto alcance al percatarse que la doctrina del emprendimiento conjunto se utiliza para analizar los actos desde el punto de vista del contexto general para atribuir responsabilidad y no para ver el grado de intención exigida para cometer el crimen.

Luego en lo que respecta a determinar la participación de Krstic en los hechos, se cuestiona si el conocimiento de las consecuencias de los actos es una manera que sirve para probar la intención genocida²¹⁰, es decir si la evidencia presentada al juicio es suficiente para probar que el acusado compartía la intención genocida. Esto porque, como argumenta la defensa, presumir esta intención a partir de una participación, iría en contra del principio de presunción de inocencia del acusado²¹¹.

²⁰⁸ Fallo del 19.04.04 Krstic P. 644: *"In the present case, General Krstic participated in a joint criminal enterprise to kill the military-aged Bosnian Muslim men of Srebrenica with the awareness that such killings would lead to the annihilation of the entire Bosnian Muslim community at Srebrenica. His intent to kill the men thus amounts to a genocidal intent to destroy the group in part. General Krstic did not conceive the plan to kill the men, nor did he kill them personally."* ("En el presente caso, el General Krstic participó en una empresa criminal conjunta para matar a los hombres de ejército musulmanes - bosnios de Srebrenica con el conocimiento que tales matanzas llevarían a la completa aniquilación de la comunidad musulmana - bosna en Srebrenica. Su intención para matar a los hombres es suficiente para ser una intención genocida de destruir el grupo en parte. El general Krstic no concibió el plan para matar a los hombres, ni los mató personalmente). La traducción es mía.

²⁰⁹ Página 433: *"In my submission, the starting point is that complicity, at least as I understand it and the way the Prosecution has argued it recently, it's not a crime. It's a mode of liability. Complicity is the manner in which you commit the crime. It's the same as aiding and abetting. Though in Article 4 of the Statute complicity is listed as one of the acts that is punishable with other forms of inchoate crimes and incitement and other forms. It's not – in my respectful submission, it's actually not a separate crime, it's a form of participation in addition to aiding and abetting"* (En mi solicitud, el punto de partida es que la complicidad, por lo menos como yo la entiendo y de la manera en que la Fiscalía lo ha discutido recientemente, no es un crimen. Es una manera de atribuir responsabilidad. La complicidad es la manera en la que uno comete el crimen. Es lo mismo que para alentar y para ayudar. Aunque en el Artículo 4 del Estatuto la complicidad se enumera como uno de los actos que es punible con otras formas de crímenes incipientes e incitación y de otras formas. No es –en mi respetuosa solicitud, verdaderamente un crimen separado, sino que es una forma de participación además de la de alienta y ayuda) La traducción es mía.

²¹⁰ Krstic 19.04.04 P. 35: *"Awareness of the detrimental consequences"*. (El conocimiento de las consecuencias perjudiciales) La traducción es mía.

²¹¹ Krstic 19.04.04 P. 80: *"The Defence argues that in finding that Radislav Krstic shared the intent to commit genocide, the Trial Chamber failed to accord to him the presumption of innocence. The Defence identifies a number of instances in which the Trial Chamber used the language "must have known," "could not have failed to know," and "could only surmise" as illustrative of this failure. The Defence argues that the Trial Chamber adopted this language to mask the lack of a proper evidentiary basis for it's finding that Krstic possessed the intent to commit genocide."* (La Defensa discute que al hallar que Radislav Krstic compartió la intención para cometer el genocidio, el Tribunal Oral falló en concederle la presunción de la inocencia. La Defensa identifica varios casos en los que el Tribunal Oral utilizó el idioma "debe haber sabido," "no podría haber fallado de saber," y "sólo puede suponer" como ejemplos ilustrativos de este fracaso. La Defensa argumenta que el Tribunal Oral adoptó este idioma para enmascarar la falta de una evidencia apropiada para encontrar que Krstic tuvo la intención para cometer el genocidio) La traducción es mía.

Al respecto, en este caso se hace una interesante distinción entre un autor y cómplice en un emprendimiento conjunto, sobre la base que tener conocimiento que el genocidio se estaba cometiendo, no es lo mismo que tener la intención de cometerlo (o que cometerlo directamente)²¹². Es decir, no es lo mismo atribuir un grado o nivel de participación que determinar si se tiene la intención de cometer o no el delito de genocidio.

Por lo tanto, si bien la figura del emprendimiento conjunto permite atribuir responsabilidad por la comisión de un delito sin ser necesaria la participación directa en la ejecución de un hecho (y en este caso la intención genocida), cuando la participación significa conocimiento, y no compartir la intención para cometer el delito, no es que no se haya configurado el delito de genocidio, sino que se trataría de un cómplice y no de un coautor²¹³.

El emprendimiento conjunto como un nuevo enfoque para determinar la participación en el delito de genocidio.

Si se examina el método que la jurisprudencia en general ha utilizado para analizar a los crímenes contra la humanidad, se puede concluir que se mantienen los requisitos de la generalidad y/o sistematicidad dentro del contexto general, y que se coloca al ataque dentro del elemento objetivo. Además, de manera oportuna, se diferencian estos caracteres del plan previo y se atribuye la responsabilidad sobre la base del conocimiento presunto de lo que posteriormente ocurrirá.

Dentro de este esquema, al comparar el crimen de persecución con el genocidio para ver su parecido y por qué tienen un tratamiento diferente, demuestro que la jurisprudencia estudia el elemento discriminatorio especial requerido para la persecución (crimen contra la humanidad) a través del conocimiento objetivo de las circunstancias, al revés de lo que

²¹² Krstic 19.04.04 P. 104: *"Likewise, the fact that Krstic suggested that men be taken from his subordinates may support a finding of knowledge that executions of Bosnian Muslims were taking place, but it cannot establish that Radislav Krstic shared the intent to commit genocide. At most, a reasonable trier of fact could conclude that from this time, Krstic had knowledge of the genocidal intent of some members of the VRS Main Staff."* ("Igualmente, el hecho que Krstic sugirió que los hombres sean tomados de sus subordinados puede apoyar el hallazgo que tenía conocimiento que ejecuciones de musulmanes bosnios sucedían, pero no pueden establecer que Radislav Krstic compartió la intención para cometer el genocidio. A lo más, es razonable concluir de ese hecho que desde esa vez, Krstic tuvo el conocimiento de la intención genocida de algunos miembros del Personal Principal del VRS ") La traducción es mía.

²¹³ Krstic 19.04.04 P. 129: *"The Trial Chamber inferred the genocidal intent of the accused from his knowledge of the executions and his knowledge of the use of personnel and resources under his command to assist in those executions. However, knowledge on the part of Radislav Krstic, without more, is insufficient to support the further inference of genocidal intent on his part"* (El Tribunal Oral dedujo la intención genocida del acusado a partir del conocimiento en las ejecuciones y de su conocimiento en el uso del personal y recursos para asistir a esas ejecuciones bajo de su comando) en relación con P. 137: *"The criminal liability of Krstic is therefore more properly expressed as that of an aider and abettor to genocide, and not as that of a perpetrator"* (La atribución de responsabilidad para Krstic se define mejor como quien alienta o ayuda a que se cometa genocidio y no como aquella de un autor) y 140: *"The conviction for aiding and abetting genocide upon proof that the defendant knew about the principal perpetrator's genocidal intent is permitted by the Statute and case law of the tribunal."* (Sentenciar por ayudar y alentar al genocidio en base a la prueba que el acusado sabía de la intención genocida del autor principal es permitida por el Estatuto y la jurisprudencia del tribunal.) La traducción es mía.

sucede con el genocidio, caso en que la intención especial discriminatoria se determina a partir del propósito personal.

Sin embargo, a través de la doctrina del emprendimiento conjunto se puede atribuir responsabilidad a personas que no han intervenido directamente en la ejecución del crimen, sino que han estado involucrados en su comisión en cualquiera de las tres formas distintas presentadas en Tadic.

Como se puede apreciar, esta doctrina contribuye a determinar con mayor precisión la participación de individuos en crímenes de caracteres masivos, además de que permite establecer criterios para determinar cuál ha sido la contribución al hecho de las personas involucradas. Si se acepta la utilización de esta doctrina, entonces podría concluirse que la intervención en esta clase de delitos no sería necesaria como autor ejecutor. Esto además predice una colaboración conjunta como intervención necesaria en delitos masivos, que a través de la teoría del dominio del hecho, puede clarificarse, dependiendo si se adopta la decisión de imputación a través del dominio de la voluntad o el dominio funcional.

CAPITULO VI CONCLUSIONES

Contribuciones del caso Radislav Krstic para determinar la responsabilidad individual en el delito de genocidio

Al comienzo de este trabajo destacué que analizaría dos temas principales: el delito de genocidio y la atribución de responsabilidad individual internacional.

Sobre estos temas, y a través del caso Radislav Krstic y la utilización de la doctrina del emprendimiento conjunto, he destacado dos grandes contribuciones: La primera, que distingue entre lo que es atribuir responsabilidad por haber cometido un delito para determinar el grado de participación, de lo que es determinar si el tipo delictivo existió o no. Esta conclusión permite identificar al autor de un delito doloso por su intervención. Y la segunda, los aportes a la categorización del mens rea del delito a partir de la caracterización del mismo.

Es evidente que estas contribuciones dejan abiertas un sinnúmero de dudas, como por ejemplo, cuál será el desarrollo de la utilización de esta doctrina en la jurisprudencia, cómo hacer una caracterización de los delitos masivos, el análisis de la participación como una condición indispensable para la comisión del delito, la extensión de responsabilidad por comando, entre otros.

Sin perjuicio de lo anterior, la ambición de la presente investigación ha sido exhibir la situación de derecho positivo y jurisprudencial actual sobre la atribución de responsabilidad por haber cometido el delito de genocidio y en especial los aportes a estos temas que ha traído la aplicación de la doctrina del emprendimiento conjunto

Reflexión y Propuesta de análisis

“¡Solo quiero justicia! ¡Solo quiero la verdad!” Bendición. M. Valdés. Mamma Soul.

En esta parte quiero expresar una reflexión personal (opinión) que fundamenta este trabajo y, basándome en ello, entregar herramientas que creo deben ser consideradas al analizar el delito de genocidio.

En un Estado democrático de derecho, el derecho pasa a ser una garantía procesal que pretende acercarse a una situación de comunicación ideal con los ciudadanos en donde éstos vean satisfechas sus incertidumbres e inseguridades provocadas por alguna afectación a sus derechos. Es decir, de alguna manera, refleja la necesidad de traducir lo ideal en real.

En esta comunicación, la jurisprudencia como instrumento, no solo refleja una aplicación de penas sino que legitima el sistema. Por lo tanto, su desarrollo es importante como canal de discusión y crítica actual para apreciar conductas no toleradas e inaceptables.

A estas opiniones atribuyo la base de esta investigación, pues como es evidente, sólo me he limitado a analizar jurisprudencia de dos tribunales en particular y no he hecho ninguna referencia a soluciones nacionales o he abarcado más situaciones con relevancia internacional (incluso dejo abierta la pregunta que me motivó a hacer este trabajo).

Pero través de esta investigación pretendí introducir nociones históricas, doctrinarias y jurisprudenciales que permitiesen fundamentar mi idea principal que era delimitar de una mejor manera el *mens rea* y el *actus reus* del delito de genocidio. Para esto estimo que es fundamental que la doctrina del emprendimiento conjunto se vaya desarrollando cada vez más, para así desarrollar las consideraciones especiales que merecen este tipo de delitos.

Para solucionar lo anterior, estimo que se logra con una adecuada apreciación de la intención especial requerida para cometer el genocidio (discriminatoria) mediante instrumentos objetivos (de relevancia para el derecho internacional) para así no confundir la intención con el motivo personal del individuo ni con el grado de participación en el delito.

Cualquiera sea la decisión que se adopte estimo que no se deben olvidar las particulares características que presenta este delito y el objetivo al momento de su creación. Pues lo que he pretendido en esta investigación es entregar criterios para el estudio de un concepto que merece afirmaciones sobre su estructura.

BIBLIOGRAFÍA

A. CASOS ICTY

PROSECUTOR V. DRAZEN ERDEMOVIC, CASE N° IT- 96- 22

Fallo 29 de Noviembre de 1996.

Fallo 07 de Octubre de 1997. Opinión Disidente del Juez Stephen. Opinión Disidente del Juz Cassese. Opinión Disidente del Juez Li. Opinión disidente de los Jueces McDonald y Vohrah.

Fallo 05 de Marzo de 1998. Opinión Separada Juez Shahabuddeen.

Acusación inicial 29 mayo 1996..

PROSECUTOR V. DUSKO TADIC, CASE N° IT- 94- 1 “Prijedor”

Fallo 14 de Julio de 1997.

Fallo 07 de Mayo de 1997. Opinión Disidente del Juez McDonald.

Fallo 15 de Julio de 1999. Declaración Juez Nieto – Navia. Opinión separada Juez Shahabuddeen.

Fallo 11 de Noviembre de 1999. Opinión separada Juez Robinson.

Fallo 26 de Enero de 2000. Opinión separada Juez Shahabuddeen. Opinión separada Juez Cacéese.

Segunda acusación enmendada, 14 diciembre de 1995.

PROSECUTOR V. TIHOMIR BLASKIC, CASE N° IT- 95- 14

Fallo 29 de octubre de 1997. Opinión Disidente del Juez Adolphus G. Karibi.

Fallo 03 de marzo de 2000. Declaración Juez Shahabuddeen.

Segunda acusación enmendada 25 abril 1997.

PROSECUTOR V. ANTO FURUNDJIZA, CASE N° IT- 95- 17/1 “Lasva Valley”

Fallo 10 de Diciembre de 1998.

Fallo 21 de Julio de 2000. Declaración Juez Shahabuddeen. Declaración Juez Vohrah. Declaración Juez Robinson.

Primera acusación enmendada, 02 de junio de 1998.

PROSECUTOR V. ZEJNIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC, HAZIM DELIC AND ESAD LANDZO , IT- 96- 21 “Celebici Camp”

Fallo 16 de Noviembre de 1998.

Fallo 20 de Febrero de 2001. Opinión separada y disidente de los jueces David Hunt y Mohamed Bennouna.

Fallo 09 de octubre de 2001.

Acusación inicial, 21 marzo 1996.

- PROSECUTOR V. ZLATKO ALEKSOVSKI, IT- 95- 14/1 “Lasva Valley”
Fallo 25 de Junio de 1999. Opinión Disidente del Juez Rodríguez. Opinión de la Mayoría de los Jueces Vohrah y Nieto Navia.
Fallo 24 de Marzo de 2000. Declaración Juez Hunt.
Fallo 30 de Mayo de 2001. Opinión Separada Juez Patrick Robinson.
Acusación inicial 10 noviembre 1995.
- PROSECUTOR V. GORAN JELISIC, IT- 95- 10 “Brcko”
Fallo 14 de Diciembre 1999.
Fallo 05 de Julio de 2001. Opinión Separada de Nieto Navia. Opiniones parcialmente disidentes de Shahabuddeen, Wald y Pocar.
Segunda acusación enmendada 19 octubre 1998.
- PROSECUTOR V. ZORAN VUCOVIC, KUNARAC, KOVAC IT- 96- 23 “Foca”
Fallo 22 de Febrero de 2001.
Fallo 12 Junio 2002.
Acusación enmendada, 08 noviembre 1999 Kunarac y Kovac.
Acusación enmendada, 05 octubre 1999 Vukovic.
- PROSECUTOR V. DUSKO SIKIRICA, DAMIR DOSEN, DRAGAN KOLUNZIJA, IT– 95- 8 “Keraterm Camp”
Fallo 03 de septiembre 2001.
Fallo 13 de noviembre 2001.
Acusación enmendada de 30 agosto 1999.
- PROSECUTOR V. DARIO KORDIC AND MARIO CERKEZ, IT –95 –14/2 “Lasva Valley”
Fallo 26 febrero 2001.
Primera acusación enmendada, 30 septiembre 1998.
- PROSECUTOR V. ZORAN KUPRESKIC, MIRJAN KUPRESKIC, VLATKO KUPRESKIC, DRAGO JOSIPOLIC AND VLADIMIR SANTIC, IT –95 –16 “Lasva Valley”
Fallo 23 octubre 2001.
Fallo 14 enero 2000.
Primera acusación enmendada 09 febrero 1998.
- PROSECUTOR V. MIROSLAV KVOCKA, MILOJICA KOS, MLADO RADIC, ZORAN DRAGOLJUB PRCAC IT- 98- 30/1 “Omarska, Keraterm and Trnopolje Camps”
Fallo 02 de noviembre de 2001.
Acusación enmendada, 26 octubre 2000.
- PROSECUTOR V. RADISLAV KRSTIC, IT- 98- 33 “Sebrenica Drina Corps”
Fallo de 02 de agosto de 2001.
Acusación enmendada, 27 octubre 1999.
Fallo de 19 de abril de 2004.

PROSECUTOR V. MILOMIR STAKIC IT- 97 – 24 “Prijedor”

Fallo 31 Julio 2003.

Cuarta acusación enmendada, 10 abril 2002.

PROSECUTOR V. MILORAD KRNOJELAC IT – 97- 25 “Foca – KP Dom Camp”

Fallo 15 Marzo 2002.

Fallo 17 Septiembre 2003.

Tercera acusación enmendada, 25 junio 2001.

B. CASOS ICTR

PROSECUTOR V. JEAN PAUL AKAYESU, ICTR- 96- 4

Fallo 02 de Septiembre de 1998.

Fallo 02 octubre 1998.

Fallo 01 junio 2001.

PROSECUTOR V. CLEMENT KAYISHEMA, ICTR 95- 1 AND OBED RUZINDANA, ICTR 96 –10.

Fallo 21 de Mayo de 1999. Opinión Disidente y separada del juez Khan.

Fallo 01 junio 2001.

PROSECUTOR V. JEAN KAMBANDA, ICTR 97 – 23

Fallo 19 de Octubre 2000.

Fallo 04 septiembre 1998.

PROSECUTOR V. GEORGE RUTAGANDA, ICTR 96- 3

Fallo 06 de Diciembre de 1999.

PROSECUTOR V. ALFRED MUSEMA, ICTR 96-13

Fallo 27 de Enero de 2000. Opinión Separada de Lennart Aspergen. Opinión separada de Navanethem Pillay.

Fallo 16 noviembre 2001.

PROSECUTOR V. GEORGES RUGGIU, ICTR- 97- 32

Fallo 01 de Junio de 2000.

PROSECUTOR V. OMAR SERUSHAGO, ICTR- 98- 39

Fallo 05 de Febrero de 1999.

Fallo 06 abril 2000.

PROSECUTOR V. IGNACE BAGILISHEMA, ICTR 95 –1

Fallo 07 Julio 2001.

Opinión separada Asoka de Z. Gunawardana. Opinión separada de Mehmet Guney.

Fallo 03 Julio 2002.

PROSECUTOR V. ELIEZER NIYITEGEKA ICTR – 96 – 14

Fallo 16 Mayo 2003.

PROSECUTOR V. GÉRARD Y ELIZAPHAN NTAKIRUTIMANA 1: ICTR- 96- 10; 2: ICTR 96- 17

Fallo 21 Marzo 2003.

PROSECUTOR V. LAURENT SEMANZA ICTR- 97 – 20

Fallo 15 mayo 2003.

C. OTROS CASOS UTILIZADOS

Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). Preliminary objections ICJ, 11 July 1996. General List N° 91.

Case concerning application of the Convention on the Prevention and punishment of the crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). Written observations of Bosnia and Herzegovina on the application for revision of the judgment of 11 July 1996 (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) ICJ, 03 dec. 2001.

Application by the Republic of Croatia instituting proceeding against the Federal Republic of Yugoslavia. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide. ICJ, 02 de Julio 1999

Application instituting proceedings files in the Registry of the Count on 24 April 2001. Application for Revision of the judgment of 11 July 1996 in the case concerning application of the Convention on the Prevention and punishment of the crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), preliminary objections. (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) ICJ.

Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Justicia. Reservas a la Convención para la Prevención y la sanción del delito de genocidio. 28 de mayo de 1951.

USA v. Otto Ohlendorf Einsatzgruppen. Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington, 1950.

USA v. Wilhelm Von Leeb et al. 27 oct. 1948 (High Command Case). Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington, 1950.

USA v. Ernst Von Weizsaecker et al. (Ministries case). Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington, 1950.

USA v. Oswald Pohl et al (Pohl Case). Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington, 1950.

USA v. Wilhelm List et al. (Hostage Case). Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Nuernberg Military Tribunals. USA Government Printing Office. Washington, 1950.

D. TEXTOS

ALCAÍNO BARROS, ALFREDO. El Genocidio. Memoria de Prueba para Optar al grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 1952.

AMBOS, KAI. Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial desde Nuremberg a la Haya. EN: <http://www.tsjgo.com.mx/revistas/rev59/Kai.htm>

Dominio del hecho por organizaciones. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. EN: <http://www.unisr.ch/derechopenal/articulos/pdf/ambosgrammer.pdf>

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. Proceeding of the 66th annual meeting. Washington DC , April 27 –29, 1972. Vol. 66 N°4 Biafra, Bengal an Beyond. International Responsibility and Genocidal conflict.

APTEL, CÉCILE. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 144, páginas 721 – 730.

ASIL, 2001. Report on the 1994 Genocide on Rwanda and Surrounding Events. International Legal Materials, Vol. XL, Pg. 141.

AYLWIN AZOCAR, TOMÁS. La obediencia debida como eximente de la responsabilidad penal. Memoria de Prueba para Optar al grado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, 1956.

BANTEKAS, ILIAS. The Contemporary Law of Superior Responsibility. American Journal Of International Law, V.3, N° 3, Julio 1999.

BARRETT, NICOLE, 2001. Holding Individual Leaders Responsible for Violations of Customary International Law: The US Bombardment of Cambodia and Laos. 32 Columbia Human Rights Law Review 429. Spring 2001.

BASSIOUNI, M. CHERIF. Combating impunity for international crimes. 71 U. Colo. L. Rev. 40, Spring 2000.

Former Yugoslavia: investigating violations of international humanitarian law and establishing an international criminal tribunal. 18 Fordham Int'l L. J. 1191, April 1995.

Accountability for international crimes and serious violations of fundamental human rights: International crimes: jus cogens and obligations erga omnes. 59 Law and Contemp. Prob, 63, Fall 1996.

From Versailles to Rwanda in Seventy – Five Years: The need to establish a permanent International criminal Court. 10 Harv. Hum. Rts. J. 11.

Negotiating the Treaty of Rome on the establishment of an International Criminal Court. 32 Cornell Int'l L. J 443, 1999.

Crimes Against Humanity EN: International criminal Law. 2a ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999. Pg. 521 – 588.

Negotiating the Treaty of Rome on the establishment of an International Criminal Court. 32 Cornell Int'l L. J 443, 1999.

The sources and content of international criminal law: a theoretical framework. Crimes against humanity. EN: International criminal Law. 2a ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999. Pp: 3 – 127.

Universal Jurisdiction for International Crimes: historical Perspectives and Contemporary Practice. 42 Virg. J. Int'l L '81. Fall 2001.

BECK – DOSWALD, LOUISE Y VITÉ, SYLVAIN. Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos. Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 116, marzo – abril 1993, Páginas 99 – 126.

BRUGGER WINFRIED, 2000. May Government ever use Torture? Two Responses From German Law. American Journal of Comparative Law, 623 Vol. XLVIII, N°4.

CANOSA, MARÍA JOSÉ. El Delito de Genocidio. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Año lectivo 1985 – 1986 /Enero 1986 N° 35, Caracas, Venezuela, pg. 115 – 158.

COMMENTARIES TO Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. En <http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebCOMART?OpenView&Start=1&Count=30&Expand=5#5> .

CRAWFORD JAMES, PEEL JAQUELINE, OLLESON SIMON, 2001. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading. EN: <http://www.ejil.org/journal/vol12/No5/art2.html> .

D' AMATO. Superior orders vs. Command responsibility. The American Journal of International Law. July 1986. Vol. 80 N°3. Pg. 604 – 611.

Defending a person charged with genocide. 1 Chi. J. Int'l. 45, Fall 2000

DAMAŠKA, MIRJAN. The shadow side of command responsibility. The American Journal of International law. Editor in Chief M. Buxbaum, Summer 2001, N°3, vol XLIX.

Developments in the law – International Criminal law: IV. Defining Protected Groups Under the Genocide Convention. 114 Harv. L. Rev. 2007, May 2001.

DUBOIS, OLIVER. Las Jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional. Revista Internacional de la Cruz Roja, 01 de noviembre 1997, N° 144, Páginas 763 – 778.

DUFOUR GENEVIEVE. ¿Existen verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 840 pp. 969 -992. 31.12.00.

El derecho de la Guerra y las Fuerzas Armadas. Revista Internacional de la Cruz Roja N°25. 01 de Febrero 1978.

FENRICK WILLIAM, J. 1999. Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes, Columbia Journal of Transnational Law. 37,3: 767 – 85.

FERRER LLORET, JAIME. La aplicación de las normas internacionales sobre la responsabilidad penal del individuo: valoración de la práctica reciente. EN: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Enero – Junio 1998 N°27. pg. 11 – 79.

FIGUEROA WÄCKERLING, NORMA A. El proceso de Nuremberg. Memoria de Prueba para Optar al grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 1953.

GARRAWAY, CHARLES. Las órdenes Superiores y La Corte Penal Internacional: Justicia impartida o Justicia Denegada. Revista Cruz Roja Internacional N°836, 31 diciembre, 785,793.

GREENAWALT, ALEXANDER K.A. Rethinking Genocidal intent: the case for a knowledge based interpretation. 99 Colum. L. Rev. 2259, Dec. 1999.

GREPPI, EDOARDO, 1999. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 835, 531 – 554.

GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA. La Contribución de la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario- los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio- la responsabilidad penal individual. <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nuf/html/educuni>.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. El verdadero derecho penal de las naciones. EN: *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1950.

Justice Jackson's Report to the President on Atrocities and War Crimes; June 7, 1945. EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jack01.htm> .

INTERNATIONAL LAW COMMISSION REPORT, 1996. Chapter II Draft Code Of Crimes Against the Peace and Security of Mankind. A/48/10.

KELLER, ANDREW. Punishment for violation of international criminal law: an analysis of sentencing at the ICTY and ICTR. 12 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 53, 2001.

KELLY, MICHAEL J. Can sovereigns be brought to justice? The crime of Genocide's evolution and the meaning of the Milosevic trial. 76 *St. John's L. rev.* 257, Spring 2002.

La represión de las infracciones del derecho de Guerra cometida por los individuos. *Revista internacional de la Cruz Roja* N° 105. Mayo Junio de 1991. P. 263

LEBLANC, LAWRENCE. The intent to destroy groups in the Genocide Convention: the Proposed US understanding. *The American Journal of International law*. Vol 78 N°2, april 1984.

LEMKIN, RAPHAEL. Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress, (Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944), p. 79 – 95.

Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations. Additional explications to the Special Report presented to the 5th Conference for the unification of Penal Law in Madrid (14 – 20 October 1933).

Genocide- A modern crime, *FREE WORLD* - "A Non-Partisan Magazine devoted to the United Nations and Democracy," published in five languages. [*Free World*, Vol. 4 (April, 1945), p. 39- 43]

"Genocide as a Crime under International Law" *American Journal of International Law* (1947) Volume 41(1):145-151.

Genocide, *American Scholar*, Volume 15, no. 2 (April 1946), p. 227-230.

LIPPMAN, MATHEW. Fifty years after Auschwitz: prosecutions of Nazi death camp defendants, 11 *Conn. J. Int'l L* 199, Winter, 1996.

The Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide: Fifty years later. 15 *Ariz. J. Int'l and Comp. Law* 415, Spring 1998.

Genocide EN: *International criminal Law*. 2a ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999. Pg. 521 – 588.

Humanitarian Law: The development and scope of the superior orders defense. 20 *Penn. St. Int'l Rev* 153, Fall 2001.

Genocide: The crime of the century. The jurisprudence of death at the dawn of the new millennium, 23 Hous. Int'l L. 467, Spring 2001.

LLANOS MANCILLA, HUGO. El principio de jurisdicción universal en el derecho Internacional. EN: Jornadas de derecho Internacional 11 al 14 de dic. de 2000. Universidad nacional de Córdoba, Ciudad de Córdoba, República Argentina, OEA, Secretaría General, Washigton D.C., 2001.

MALEKIAN, FARHAD. International Criminal Responsibility of Individuals, EN: International criminal Law. 2a ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999. Pp. 153 – 221.

MAYOR CHRISTOPHER M. SUPERNOR, 2001. International Bounty Hunters for War Criminals: Privatizing the Enforcement of Justice. 50 A.F.L Rev. 215.

MERON, THEODOR. War crimes in Yugoslavia and the development of International Law. 88 A.J.I.L. 78, January 1978.

International criminalization of internal atrocities, 89 A.J.I.L. 554, July 1995.

The humanization of humanitarian law. 94 A.J.I.L. 239, April 2000.

METTRAUX, GUENAEL. Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda. 43 Harv. Int'l L.J. 237, Winter, 2002.

MIRKOVIC, DAMIR. The Holocaust: Remembering for the Future: Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia. The Annals of The American Academy of Political and Social Science. November 1996.

OSIEL J. MARK. Obeying orders: Atrocity, Military discipline, and the laws of war. 86 Calif. L. Rev. 939, Oct. 1998.

ORENTLICHER, DIANE F. Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and victim compensation. EN: Human Rights an agenda for the next century, ASIL pg 425 – 475. 1994.

PARRA GONZÁLEZ, CARLOS Y PÉREZ LITSCHY, HUGO. El Proceso de Adolfo Eichmann. Memoria de Prueba para Optar al grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 1965.

PAUST, JORDAN J. Applicability of international criminal law to events in the Former Yugoslavia. 9 Am. U.J. Int'l L. & Pol' 499. Winter 1994.

Superior Orders and Command Responsibility, EN: International criminal Law. 2a ed. Vol. I Crimes. Bassiouni M. Cherif. Transnational Publishers Inc. Ardsley, NY 1999, Pp. 223 – 237.

RIETHMULLER VACARO, JULIO H. El proceso de Nuremberg desde el Punto de vista Jurídico. Memoria de Prueba para Optar al grado de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, 1962.

ROBERGE, MARIE- CLAUDE. Jurisdicción de los Tribunales Ad Hoc para Ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 144, Páginas 695 – 710.

TAVERNIER, PAUL. La Experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ex Yugoslavia y para Ruanda. Revista Internacional de la Cruz Roja, 01 de noviembre 1997, N° 144, Páginas 645 – 653.

The American Journal of International law. Editorial Comment on the Genocide Convention. Vol. 43 N°4, oct. 1949.

The International Criminal Court: Fundamental Principles concerning the elements of genocide Amnesty International, Feb. 1999. AI Index: IOR 40/01/99.

THORP, JODI. Welcome ex dictators, torturers and tyrant. Comparative approaches to handling ex dictators and past human right abuses, 37 Gonz. L. Rev. 167, 2001.

Universal Jurisdiction for international crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice. 42 Va. J. Int'l L. 81, Fall, 2001.

VALENCIA VILLA, HERNÁN. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional. EN: La Justicia Penal Internacional: una perspectiva Iberoamericana. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional. Mayo 2000. De esta edición, Casa de América, Madrid, 2001.

VAN DER VYVER. Prosecution and Punishment of the crime of Genocide. 23 Fordham Int'l L. J. 286, 1999.

VAN SCHAACK, BETH. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. 37 Colum. J. Transnat'l L. 787, 1999.

VINUESA, RAUL EMILIO. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Diferencias y complementariedad, 26 de junio 1998, en www.cicr.org

WALLER, KARINA MICHAEL. Intrastate ethnic conflicts and international law: How the rise of Intrastate conflicts has rendered international human rights laws ineffective, specially sex bared crimes. 9 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 621.

WILLIAMS , PAUL; CIGAR, NORMAN. War Crimes and Individual Responsibility. A Prima Facie Case for the Indictment of Slobodan Milosevic. EN [Http://www.nesl.edu/center/balkan2.htm](http://www.nesl.edu/center/balkan2.htm) . Última modificación: 12/2001.

WRIGHT, QUINCY. War criminals. The American Journal of International Law. April 1945. Vol. 39. Pg. 257 – 285.

YACOUBIAN, GEORGE S., 1997. Underestimating the Magnitude of International Crime: Implications Of Genocidal Behavior for The Discipline of Criminology. Injustice Studies, Vol. 1, N°1. Nov. 1997.

E. LIBROS

AMBOS, KAI. Mayo 2000. La nueva Justicia Penal Internacional. Fundación Miran Mack, 1era ed., Guatemala.

AMBOS, KAI, JULIAN GUERRERO, OSCAR (Compiladores). 1999. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

ARENDRT, HANNAH. 1994. Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil. Penguin Books USA Inc., New York.

BASSIOUNI M. C. CHERIF AND M. WISE EDWARD.. 1995. *Aut Dedere aut Judicare*: The duty to extradite or Prosecute in International Law. Martinus Nijhoff Publishers.

BASSIOUNI M. C. CHERIF. 1984. Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional. Editorial Tecnos. Madrid,

BLANC ANTEMIR, ANTONIO. 1990. La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional.. Bosch Casa Editorial, S.A, , Barcelona.

CAMARGO PEDRO PABLO. 1995. Derecho internacional humanitario.. Santafe de Bogotá, DC, Colombia,.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL. 1999. Las organizaciones Internacionales. Undécima edición. Editorial Tecnos, Madrid.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL. 2000. Instituciones de Derecho Internacional Público.. Decimotercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid.

GARCIA, PRUDENCIO. 1995. El drama de la autonomía militar. Alianza Editorial S.A., Madrid.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. 1998. La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Ediciones doctrina y ley Ltda. Santafe de Bogotá, DC Colombia.

J. ANDREOPOLUS GEORGE (Ed.). 1994.Genocide. Conceptual and historical dimensions. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

J. FIERRO GUILLERMO. 1984. La Obediencia Debida en el Ámbito Penal y Militar. Editorial De Palma, Buenos Aires.

JESCHECK HANS HEINRICH. 1993. Tratado de Derecho Penal. Ed. Comares, Granada.

LAUTERPACHT H., (Ed.) 1952. International law. A Treatise. Vol II. Disputes, war and neutrality. Seventh ed..

McCORNICK TIMOTHY L.H. and GERRY J. SIMPSON. 1997. The Law of War Crimes. National and International Approaches. Edited by. Kluner Law International,

MEDINA CECILIA (Ed.). 1990. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Soc. Imp. La Unión Ltda., Santiago, Chile.

P. LAPLAZA FRANCISCO. 1953. El delito de genocidio o genticidio. Ediciones Arayú. Editorial DePalma, S.A.C.I, Buenos Aires,.

P. SCHARF MICHAEL. 1997. Balkan Justice, Carolina Academic Press,.

PICTET JEAN. 1986. Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario. Instituto Henry Dunant, Ginebra.

QUINTANO RIPOLLÉS ANTONIO. 1955. Tratado de derecho penal internacional e internacional penal. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto "Francisco de Vitoria". Madrid Pg. 377 – 656.

R. RATNER STEVEN and S. ABRAMS JASON. 1997. Accountability for Human Right atrocities in International law. Beyond the Nuremberg Legacy.. Clarendon Press Oxford, NY.

REISMAN W. MICHAEL and T. ANTONIOU CHRIS. 1994. The laws of War. A comprehensive collection of primary documents on international laws governing armed conflict. Edited with an introduction and commentary by. Vintage Books, NY

ROXIN CLAUS. 1998. Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid Barcelona.

2000. Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la Estructura del delito. Editorial CIVITAS.

S. LEVIE HOWARD. 1993. Terrorism In War. The Law of War Crimes. Ocean Publications, Inc.

F. REGLAMENTOS, ESTATUTOS Y CONVENCIONES

Rules of Procedure and Evidence ICTY (Amended April 2004) IT/32/REV.20.

Statute Of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 AS AMENDED 30 NOVEMBER 2000 by Resolution 1329.

Rules of Procedure and Evidence ICTR Adopted on 29 June 1995.

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Resolución 1431 (2002) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4601a sesión, celebrada el 14 de agosto de 2002.

CONTROL COUNCIL LAW No. 10. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity. EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm> .

London Agreement of August 8th 1945. EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm> .

Charter of The International Military Tribunal of Nuremberg. EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm> .

Estatuto de la Corte Penal Internacional. EN: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) .

The Moscow Conference; October 1943 EN: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii/moscow.htm>

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º periodo de sesiones, mayo 6 a julio 26 de 1996, Doc. U.N. A/51/10; pp. 10 a 129.

La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. UN.Doc E/447. First Draft. Second Draft UN Doc E/AC.25/SR.1 to 28.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

G. RESOLUCIONES E INFORMES ONU

Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ruanda preparado por el Señor René Degui- Ségui, Relator Especial de la Comisión de derechos humanos. A/49/508/Add.1, S/1994/1157/Add.1. 14 de noviembre 1994.

The battle of Sarajevo and the law of armed conflict. Annex III. A y VI.B preparado por el Relator William J. Fenrick y el Mayor A. Juan Veen. S/1994/674/Add.2 (vol.1). 28 december 1994.

Preparatory commission for the International Criminal Court . Addendum Annex III. Elements of crimes. Distr. Limited, 22 december 1999. PCNICC/1999/L.5/Rev.1/Add.2.

Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. PCNICC/2000/1. Distr. General 02 noviembre de 2000.

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición Anexo III elementos de los crímenes. Distr. Limitada 07 de abril de 2000 PCNICC/2000/L.I/Rev.1/Add.2.

Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición Proyecto definitivo de los elementos de los crímenes. Distr. General 06 de Julio 2000 PCNICC /200/INF./3/Add.2.

Resolución 1174 (1998) adopted by the Security Council at its 3892nd meeting on 15 June 1998. S/RES/1174 (1998).

Resolution 912 (1994) adopted by the Security Council at its 3368th meeting on 21 April 1994. S/RES/912 (1994)

Resolution 1329 (2000) adopted by the security council at its 4240th meeting, on 30 november 2000. S/RES/1329 (2000).

Report of the Security Council mission to the Great Lakes region, 15- 26 May 2001. S/2001/521/Add.1. 30 May 2001.

Promoción y protección de los Derechos Humanos. Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General presentado en conformidad con la resolución 1998/2 de la Comisión. E/CN.4/1999/92. 18 de diciembre de 1998.

La situación de los Derechos Humanos en el territorio de la ex Yugoslavia: violaciones de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Resolución de la AG 48/153 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/153. 07 de febrero de 1994.

Promoción y protección de los derechos Humanos. Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General presentado en conformidad con la resolución 2000/69. E/ CN.4/2001/91. 12 de Enero de 2001.

Promoción y protección de los derechos Humanos. Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General presentado en conformidad con la resolución 1998/29. E/ CN.4/1999/92. 18.12.98.

S/RES/827 (1993). 25 May de 1993

S/RES/808 (1993). 22 Febrero de 1993

S/RES/780 (1992). 06 Oct. 1992

S/RES/955 (1994). 08 Noviembre 1994.

Report of the international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991. A/54/187. S/1998/846. 25 August 1999.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada e su 27° período de sesiones. 05 Mayo – 25 de Julio de 1975. A/10010/Rev.1

Informe de la Comisión de derecho Internacional sobre la labor realizada en su 40° período de sesiones. 09 de Mayo a 29 de Julio de 1988. A/43/10. Pg. 113 – 154.

Report of the International Law Commission on the work of its forty – first session. 02 May – 21 July 1989, GA. A/44/10. Pg. 129 – 187.

Report of the International Law Commission on the work of its forty – third session. 29 April – 19 July 1991. A/46/10. Pg. 250 – 276.

Ninth Annual Report of the International Tribunal for the Prosecutors of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 A/57/150. Period from 01 August 2001 to 31 July 2002.

R E P O R T O F T H E I N T E R N A T I O N A L T R I B U N A L F O R T H E P R O S E C U T I O N O F P E R S O N S R E S P O N S I B L E F O R S E R I O U S V I O L A T I O N S O F I N T E R N A T I O N A L

HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991, ONU GENERAL ASSEMBLY Fifty-fourth session Item 53 of the provisional agenda.

Report by Mr. B.W Ndiaye Special Rapporteur on his mission to Ruanda from 8 to 17 April 1993 E/CN.4/1994/7 Add.1, 11 August 1993

Report by Mr. B. Whitaker. Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide E/CN.4/Sub.2/1985/6, 02 July 1985.

Resol. 96 (1) de la AG de la ONU. 11 dic. 1946.

Official Records of the third session of the GA Part I, Legal Questions. Sixth Committee, Summary Records of meeting 21 sept. – 10 dec 1948.

Report of the Ad Hoc Committee on Genocide. 5 April to 10 May 1948. Econ. & Soc. Council Official Records: Third year, seventh session. Supplement N°6. DOC E/794, NY 1948.

Letter from the Secretary General to the President of the Security Council transmitting the formal report of the Commission of experts S/1994/1405 , 9 Dec. 1994.

Report of Robert H. Jackson, U.S Representative to the International Conference on Military Trials: London 1945. Washington D.C government Printing Office 1949.

ILC Report 1996 Draft Code of Crimes Against Humanity against the peace and Security of Mankind. Chap. II.

H. Sitios de Internet consultados

www.cicr.org

www.un.org

www.derechos.org

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>

www.un.org/icty

www.ictj.org/default .

<http://www.icc-cpi.int/php/index.php>

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

Las edades de los acusados son a la fecha en que presumiblemente cometieron el delito.

En el casillero “Juicio” expongo de manera sucinta parte de los hechos en que se basa la acusación. Para un análisis más detallado están las acusaciones.

En el caso de los crímenes contra la humanidad, he destacado cuyo se acusa de haber cometido el delito de persecución.

En los aspectos relevantes de la apelación no los pongo todos sino solamente los que considero importantes.

Abreviaturas utilizadas:

CCH: Crímenes contra la humanidad

CG: Crímenes de guerra.

C.Gin. Convenios de Ginebra.

NG: *Not Guilty* (inocente)

CASO	PUESTO	ACUSACIÓN	PENA	JUICIO	COMPOSICIÓN TRIBUNAL
Drazen Erdemović – 96 – 22 “Pilica Farm” Arresto 23 años Sentencia Final	Soldado del 10th Detachment. También era comandante de una pequeña unidad.	Tribunal Oral I: CCH Tribunal Oral II: CG Ambas acusaciones sobre la base del Art. 7.1.	Tribunal Oral I: 10 años. Condenado por Tribunal Oral II: 5 años Transferido a Noruega 08.98	Se declaró culpable. Acusado de haber participado en los asesinatos de cientos de Musulmanes Bosnios en o cerca del 16.07.95 en la Municipalidad de Svornik.	Tribunal Oral Tribunal I – Jueces Claude Jorda, Francia, (Pres.), Elizabeth Odio Benito, Costa Rica y Fouad Riad, Egipto. 29.11.96 Tribunal de Apelación – Jueces: Antonio Cassese, Italia (Pres.), Gabrielle Kirk McDonald, EEUU, Haopei Li, China, Ninian Stephen, Australia y Lal Chand Vohrah, Malasia. 07.10.97 Tribunal Oral Tribunal II <i>ter</i> – Jueces Mumba (Pres.), Shahabuddeen y Wang. 05.03.98
Dusko Tadic IT-94-1 I “Prijeedor” 37	Dueño de un café “Nipon”. En 1990 se une a la SDS	CCH (persecución) sobre la base	Tribunal Oral: 25 años Tribunal	Se declaró inocente de todos los	Tribunal Oral Chamber II: Juez Gabrielle Kirk McDonald (Pres.),

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

		del Art. 7.1. CG	<u>de</u>	cargos. Análisis	EEUU Juez Ninian
--	--	------------------	-----------	------------------	------------------

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

años Arrestado Final	de Sentencia local en 1992.	sobre la base del Art.7.1.	Apelación: 20 años Transferido a Alemania 10.00	carácter internacional del conflicto para determinar aplicabilidad Art. 2 Estatuto. Participó entre Mayo y Dic. de 1992 en el ataque y captura de Musulmanes Bosnios y croatas. Condenado por persecución Se utiliza la doctrina de la empresa criminal conjunta	Stephen, Australia Juez Lal Chand Vohrah, Malasia. 07.05.97 Tribunal de Apelación Tribunal Jueces Shahabuddeen (Pres.), Cassese, Wang, Nieto-Navia y Mumba. 15.10.99 Tribunal Oral Chamber II bis : Juez Gabrielle Kirk McDonald (Pres.), EEUU Juez Lal Chand Vohrah, Malasia Juez Patrick Robinson, Jamaica. 11.11.99
Zlatvko Aleksovski IT – 95 –			Tribunal Oral: 2 años y 6	Se declara inocente de	Tribunal Oral Tribunal I bis: (IT-95-14/1-T)

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

14/1 "Lasva Valley" 33 años Arrestado en 1996 Sentencia Final	Comandante de la prisión en Kaonik. Sociólogo.	CG basándose en arts. 7.1 y 7.3 C.Gin art. 2.	meses Tribunal de Apelación: 7 años Transferido a Finlandia 09.2000. Liberado en 14.11.01	todos los cargos Absuelto por Art. 2 C.Gin. Desde Enero a Mayo 1993 acepta como detenidos en la prisión que tenía a cargo a cientos de Musulmanes Bosnios.	Juez Almiro Rodriguez Portugal (Pres.) Juez Lal Vohrah, Malasia Juez Rafael Nieto-Navia, Colombia. 07.05.97 Tribunal de Apelación Tribunal: (IT-95-14/1-A) Juez Richard May, Reino Unido (Pres.) Juez Florence Mumba, Zambia Juez David Hunt, Australia Juez Wang Tieya, China Juez Patrick Robinson Jamaica. 24.03.00
Anto Furundzija -95 -17/1 "Lasva Valley" 24 años Detenido por SFOR Sentencia Final	Comandante de una unidad especial de la policía militar HVO ("Jokers")	CG sobre la base del Art. 7.1	Tribunal Oral: 10 años Tribunal de Apelación: 10 años Transferido a Finlandia 09.2000	Se declara inocente de todos los cargos. Análisis de la tortura y la violación. Además de los efectos de la presencia del acusado en el inferior jerárquico. Cerca del 15 de Mayo de 1993 en el cuartel general de los "jokers" en Nadioci interrogó a una mujer y un soldado croata y estuvo presente mientras se violaba a la primera y se golpeaba al segundo.	Tribunal Oral Tribunal II: (IT-95-17/1-T) Juez Florence Mumba, Zambia (Pres.) Juez Antonio Cassese, Italia Juez Richard May, Reino Unido. 10.12.98 Tribunal de Apelación Tribunal: Juez Mohamed Shahabuddeen, Guyana (Pres.) Juez Lal Vohrah, Malasia Juez Rafael Nieto-Navia, Colombia Juez Patrick Robinson, Jamaica J. Fausto Pocar, Italia
Mucic et al. IT- 96-21 "Celebici Camp" Zdravko Mucic: 37 años Arrestado. Hazim Delic: 28 años.	Mucic: Comandante del Campo Celebici Superior de Delic) Delic: Comandante del Campo Celebici hasta el cierre de éste. Landzo:	Tribunal Oral: Mucic, Delic y Landzo: CG. Delalic, Mucic y Delic: sobre la base del art. 7.3. Delic y Landzo: sobre la base del art.	Tribunal Oral: Delalic: Inocente de todos los cargos. No se pudo establecer la existencia de un vinculo superior-	Se determina que la responsabilidad de comando es aplicable tanto a civiles como a militares. Todos acusados por violaciones,	Tribunal Oral Tribunal: Juez Adolphus G. Karibi-Whyte, (Pres.), Juez Elizabeth Odio Benito Juez Saad Saood Jan. 18.11.98 Tribunal de Apelación Tribunal- Jueces Hun

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

Arrestado. Es en custodia Landzo: del Campo	7.1 Tribunal de subordinado. Apelación: Mucio. Además el	asesinatos, torturas,	(Pres.), Riad, Nieto-
--	---	--------------------------	-----------------------

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

<p>19 años. Arrestado. Zejnilovic Delalic: 44 años Sentencia Final</p>	<p>Celebici Delalic: Comandante del Primer Grupo Táctico de la Armada Bosnia.</p>	<p>Delic y Landzo: Elimina el cargo de CG por cargos acumulativos entre CG y violación al Art. 2 de los CGIn.</p>	<p>acusado coordinaba y no controlaba (a pesar de que sí se reconoce un apoyo logístico) Mucic: 7 años por 7.3 Delic: 20 años No se prueba 7.3 y sí 7.1 Landzo: 15 años por 7.1 Tribunal de Apelación: Mucic: 9 años Delic: 18 años Landzo: 15 años</p>	<p>atentados sexuales y maltratos en el campo en 1992.</p>	<p>Navia, Bennouna y Pocar. 20.02.01</p>
<p>Goran Jelisic IT -95 -10 "Luka Camp" 24 años Detenido por fuerzas internacionales. Sentencia Final</p>	<p>Sentencia Final</p>	<p><u>GENOCIDIO</u> sobre la base del Art. 7.1 CCH (persecución) y CG sobre la base del Art. 7.1 TRIBUNAL ORAL: Absuelve de genocidio</p>	<p>Tribunal Oral: 40 años Tribunal de Apelación: 40 años Espera ser transferido a algún país</p>	<p>Se declara inocente del cargo de Genocidio Se declara culpable a los cargos de CCH y CG Es absuelto por el cargo de genocidio por falta de mérito probatorio para el <i>Mens Rea</i> (98 bis) La Fiscalía apela por la absolución del genocidio. Desde Mayo a Julio 1992 los Serbios confinan a cientos de Musulmanes y Croatas en el Campo Luka en condiciones inhumanas y bajo guardias armados. Se cometen de manera sistemática asesinatos.</p>	<p>Tribunal Oral Tribunal I: Juez Claude Jorda, Francia (Pres.) Juez Fouad Riad, Egipto Juez Almiro Rodrigues, Portugal. 14.12.99 Tribunal de Apelación Juez Mohamed Shahabuddeen, Guyana (Pres.) Juez Lal Chand Vohrah, Malasia Juez Rafael Nieto-Navia, Colombia Juez Patricia Wald, Estados Unidos Juez Fausto Pocar, Italia. 05.07.01</p>
<p>Kupresic et al "Lasva</p>	<p>Dragan Papic: Miembro</p>	<p>Tribunal Oral: Zoran</p>	<p>Tribunal Oral: Zoran</p>	<p>Todos se declaran</p>	<p>Tribunal Oral Tribunal II: Juez Antonio</p>

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

Valley” Zoran K.: 34 años. Rendición voluntaria. Mirjan K.: 29 años. Rendición voluntaria. Vlatko K.: 34 años. Detenido por SFOR Drago Josipovic: 37 años. Rendición voluntaria. Drago Papic: 25 años. Rendición voluntaria. Valdimir Santic: 34 años. Rendición voluntaria. Sentencia Final	HVO Zoran K.: Miembro partido comunista SFRY. Reserva JNA y HVO. Comandante local HVO. Mirjan Vlatko Técnico mecánico. Reserva HVO. Vlatko K.: Inspector Policía. Soldado HVO. Drago Josipovic: Miembro HVO. Vladimir Santic: Policía. Comandante policía militar. Comandante “Jokers”. Soldado HVO en Vitez.	Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic y Vladimir Santic sobre la base del Art. 7.1 CG y CCH(persecución de Seguridad de Papic: en base 7.1 CCH.	Kupreskic: 10 años Mirjan Kupreskic: 8 años Vlatko Kupreskic: 6 años Drago Josipovic: 15 años Vladimir Santic: 25 años Dragan Papic: NG de Tribunal de Apelación. Zoran Kupreskic: Absuelto de todos los cargos. Mirjan Kupreskic: Absuelto de todos los cargos. Vlatko Kupreskic: Absuelto de todos los cargos. Drago Josipovic: 12 años Valdimir Santic: 18 años.	inocentes de todos los cargos. Se trata de una “limpieza étnica” en el pueblo de Ahmici entre 1992 y 1993. Condena por persecución ante el tribunal oral (Extenso Tribunal de Apelación). En la apelación es por hechos materiales.	Cassese, Italia (Pres.) Juez Richard May, Reino Unido Juez Florence Mumba, Zambia 14.01.00 Tribunal de Apelación Tribunal: Jueces Wald (Pres.), Vohrah, Nieto-Navia, Pocar y Liu. 23.10.01
Tihomir Blaskic IT -95 -14 “Lasva Valley” 32 años Se entregó voluntariamente. apelación.	Coronel de HVO, luego comandante de los headquarters regionales y luego Comandante de HVO. Pendiente apelación.	CG y CCH(persecución de la base de los Arts. 7.1 y 7.3.	Tribunal Oral: 45 años	Previamente formó parte del juicio Kordic et al. Desde 1992 a 1994 miembros del HVO violaron normas del derecho humanitario internacional en contra de Musulmanes Bosnios en Bosnia Herzegovina. Condena por persecución.	Tribunal Oral Tribunal I: Juez Claude Jorda (Pres.), Francia Juez Mohamed Shahabuddeen, Guyana Juez Almiro Rodrigues, Portugal. 03.03.00
Kunarac, Kovac y Vukovic IT -96 -23 “Foca” Kunarac	Vukovic: Sub comandante de la policía militar y líder paramilitar. Mesero. Kunarac:	Kunarac: CG y CCH sobre la base del Art. 7.1 y 7.3 Kovac: CG	Tribunal Oral: Kunarac: 28 años Kovac: 20 años Vukovic:	Todos se declaran inocentes de todos los cargos. Primer	Tribunal Oral I: Jueces – Florence Mumba (Pres.) David Hunt, Fausto Pocar. 03.07.00 Tribunal Oral Tribunal II: Juez

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

32 años Kovac: 31 años Zoran Vukovic: 31 años Sentencia Final	Comandante paramilitar Kovac: Sub comandante de la policía militar y líder paramilitar	y CCH sobre la base del Art. 7.1 Vukovic: CCH y CG sobre la base del Art. 7.1	12 años Tribunal de Apelación: Confirmando todas las sentencias	fallo que analiza la violación como CCH. Kovac y Kunarac: En 1992 capturan el pueblo de Foca conjuntamente con los pueblos aledaños. Se arrestan a cientos de Musulmanes y Croatas y son detenidos, asesinados, golpeados y abusados sexualmente. Vukovic: Asaltos sexuales y violaciones en grupo (incluidas menores de 16 y 15 años)	David Hunt, Australia (Pres.) Juez Florence Mumba, Zambia Jueces Fausto Pocar, Italia. 22.02.01 Tribunal de Apelación Tribunal - Jueces Jorda (Pres.) Vohrah, Shahabudde Schomburg, Guney y Meron. 12.06.02
Kordic y Cerkez IT -95 -14/2 "Lasva Valley" Dario Kordic: 31 años Mario Cerkez: 32 años Ambos se entregaron voluntariamente apelación	Kordic: Político. Miembro de HDZ-BiH y posteriormente su presidente. Cerkez: Militar. Comandante de la Brigada de Vitez de HVO Pendiente	Kordic y Cerkez por violaciones Convenios de Ginebra, CG y CCH (persecución) por 7.1 y 7.3	Tribunal Oral: Kordic: 25 años Cerkez: 15 años	Se declaran inocentes de todos los cargos. Entre Nov. De 1991 y 1994 planificaron, causaron, prepararon, instigaron, apoyaron, dirigieron e hicieron una campaña de persecución y de limpieza étnica. Se les condena por persecución. Se utiliza la teoría de la empresa criminal conjunta.	Tribunal Oral Tribunal III: Juez Richard May, Reino Unido (Pres.) Juez Mohamed Bannouna, Marruecos Juez Patrick Robinson Jamaica. 26.02.01
Sikirica, Dosen y Kolundzija IT -95 -8 "Keraterm	Sikirica: Comandante Campo Keraterm Kolundzija	Sikirica: GENOCIDIO sobre la base del Art. 7.1, CG y	Tribunal Oral: Sikirica: 15 años Dosen: 5	Los tres se declaran culpables al crimen de persecución. La	Tribunal Oral: Patrick Robinson (Pres.), Richard May y Mohamed Fassi Fihri. 03.09.01 Tribunal

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

<p>Camp” Duskoj Sikirica: 28 años. Damir Dosen: 25 años. Dragan Kolundzija: 33 años. Todos detenidos por la SFOR. Sentencia Final</p>	<p>Dosen: Comandantes.</p>	<p>CCH(persecución) sobre la base del Art. 7.1 y 7.3 Dosen y Kolundzija: CG y CCH sobre la base del art. 7.1 y 7.3</p>	<p>3 años</p>	<p>defensa presenta basándose en el 98bis, mociones para absolver del cargo de genocidio y se le da lugar. Sobre la base de los mismos hechos que el caso Kvocka et al.</p>	<p>Oral Tribunal III: Juez Richard May, Reino Unido Juez Mohamed Fassi Fihri, Marruecos, Juez Patrick Robinson, Jamaica (Pres.).13.11.0</p>
<p>Radislav Krstic IT -98 -33 “Sebrenica – Drina Corps” Detenido por SFOR Sentencia Final</p>	<p>General y comandante Drina Corps (parte de VRS). Lieutenant Colonel JNA.</p>	<p><u>GENOCIDIO o complicidad para cometerlo sobre la base del Art. CG y CCH (persecución) sobre la base del Art. 7.1 y 7.3</u></p>	<p><u>Tribunal Oral:</u> 46 años.</p>	<p>Se declara inocente de todos los cargos. En Julio de 1995 rodeó el área protegida de Sebrenica y ataca puestos de la ONU expulsó o mato a la población Musulmana Bosna. Se utiliza la teoría de la empresa criminal conjunta. Primero en ser condenado por el delito de genocidio.</p>	<p><u>Tribunal Oral:</u> Alamiro Rodríguez (Pres.), Fouad Riad y Patricia Wald. 02.08.01 <u>Tribunal Apelación:</u> Theodor Meron (Pres.), Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Mehme Guney y Wolfgang Schombrg. 19.04.04</p>
<p>Kvocka et al. IT -98 -30/1 “Omarska y Keraterm Camp” Todos son arrestados salvo Zigic que ya se encontraba en la cárcel Kvocka 35 años Prcac: 55 años Kos: 29 años Radic: 40 años Zigic: 34 años. Pendiente apelación</p>	<p>Kvocka: Policía de la Estación de Omarska. Alta posición de facto de influencia. Subordinado de Zeljko Meakic en el Campo Omarska. Prcac Policía técnico del crimen. Retirado. Kos: Mesero. Reserva de la policía de Omarska. Radic: Policía Zigic: Taxista</p>	<p>Todos: CCH(persecución) CG en base 7.1. Además Kvocka, Prcac, Kos y Radic por el 7.3.</p>	<p><u>Tribunal Oral:</u> Kvocka: 7 años Prcac 5 años. Kos: 6 años Radic: 20 años Zigic: 25 años</p>	<p>Todos se declaran inocentes de todos los cargos. Entre Abril y Agosto de 1992 las autoridades Bosnias Serbias segregaron, detuvieron y confinaron a más de 6.000 Musulmanes Bosnios, Croatas Bosnios y la población no Serbia en</p>	<p><u>Tribunal Oral:</u> Alamiro Rodríguez (Pres.), Fouad Riad y Patricia Wald. 02.11.01</p>
	<p align="center">Alejandra Andrea Vallejos</p>		<p align="center">Morales</p>	<p>los campos de Omarska, Trnopolje y Keraterm bajo condiciones inhumanas, torturas, asesinatos.</p>	<p align="center">113</p>

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

- 97-24 "Prijedor" 3 años. Pendiencia apelación	político local (People's radical party) que luego se fusiona con SDS, pasó a ser su vicepresidente en Prijedor	y <u>complicidad para cometerlo</u> sobre la base de los artículos 7.1 y 7.3	<u>Tribunal Oral</u> : Cadena Perpetua	los cargos. 30 de abril de 1992 se toman Prijedor. Los Musulmanes bosnios y los Croatas Bosnios son detenidos, asesinados y torturados. Se utiliza la teoría de la empresa criminal conjunta.	Volodymyr Vassylenko Carmen Maria Argibaito 31.07.03
Milorad Krnojelac IT -97 -25 "Foca Camp" 52 años. Detenido por SFOR Sentencia Final	Comandante de KP Dom	CCH(persecución) sobre la base de los artículos 7.1 y 7.3	<u>Tribunal Oral</u> : 7 años y 6 meses. <u>Tribunal de Apelación</u> : 15 años	Se declara inocente de todos los cargos. Entre Abril y Junio 1992 se toman Foca y aldeas aledañas y se confinan a miles de Musulmanes y no Serbios. Se utiliza la teoría de la empresa criminal conjunta.	<u>Tribunal Oral</u> : David Hunt (Pres.), Florence Ndepele MwaChande Mumba y Liu Daqun. 15.03.02 <u>Tribunal de Apelación</u> : Claude Jorda (Pres.), Wolfgang Schomburg, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney y Carmel Agius 17.09.03.

CASOS ANTE EL ICTR ANALIZADOS

CASO	PUESTO	ACUSACIÓN	PENA	JUICIO	COMPOSICIÓN TRIBUNAL
Jean Paul Akayesu ICTR 96 -4 41 años Arrestado en Zambia. Sentencia Final	Profesor, Inspector de escuela. <i>Bourgmestre</i> de la comuna de Taba desde abril de 1993 hasta Junio de 1994.	<u>GENOCIDIO, complicidad e incitación para cometerlo</u> , CCH (exterminio), Violación Art. 3 común a los Convenios de Ginebra sobre la base de los Arts. 6.1 y 6.3.	<u>Tribunal Oral</u> : Presidio Perpetuo de <u>Tribunal de Apelación</u> : Redondeado todos los fundamentos de apelación de la defensa. Presidio Perpetuo.	Se declara inocente de todos los cargos. Sólo juiciado por 6.1 y no por complicidad. Se declara inocente contra la humanidad.	<u>Tribunal Oral</u> : Laity Kama (Pres.), Lennart Aspergen y Navanethem Pillay. 02.09.98 <u>Tribunal de Apelación</u> : Claude Jorda, (Pres.), Lal Chand Vohrah Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia, Fausto Pocar. 01.06.01 Transferido a Mali 09.12.01
Ignace Bagilishema ICTR	<i>Bourgmestre</i> de la	<u>GENOCIDIO</u> y	<u>Tribunal Oral</u> : Inocente	Se declara inocente de todos los cargos. No se	<u>Tribunal Oral</u> : Jueces-Eric Møse (Pres.),

ANEXO 1 CASOS ANALIZADOS ANTE LOS TRIBUNALES AD HOC

-95 -1 39 años. Arrestado en Sudáfrica. Sentencia Final	Comuna de Mabanza	<u>complicidad a cometerlo.</u> CCH	de todos los cargos <u>Tribunal de</u> <u>Apelación:</u> Confirma la sentencia	logra probar la intención discriminatoria del genocidio. Tampoco puede establecerse la responsabilidad sobre la base del 6.3. Absuelto de todos los cargos.	Asoka de Zoysa Gunawardana, Mehmet Güney. 07.06.01 <u>Tribunal de Apelación –</u> Jueces – Claude Jorda, Mohamed Shahabuddeen, David Hunt, Fausto Pocar y Theodor Meron. 13.12.02	6 e la lo a s fá
Jean Kambanda ICTR -97 -23 39 años Arrestado en	Ingeniero Comercial. Primer Ministro del Gobierno Interino de	<u>GENOCIDIO sobre la base de l Art. 6.1 y 6.3, también conspiración</u>	<u>Tribunal Oral:</u> Presidio Perpetuo <u>Tribunal de</u> <u>Apelación:</u> Confirma	Se declara culpable de todos los cargos. Se condenaron penas cumulativas por los mismos hechos. No se analizó doble sanción.	<u>Tribunal Oral –</u> Jueces – Laïty Kama (Pres.), Lennart Aspergen y Navanethem Pillay. 04.09.98 <u>Tribunal de Apelación:</u> Claude	E p d a d

**EL GENOCIDIO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL:
Contribuciones del caso Radislav Krstic**

Kenya Sentencia Final	Ruanda en 1994	para cometerlo (6.1) y complicidad (6.1 y 6.3). CCH en base Art. 6.1 y 6.3 (exterminio)	sentencia anterior	Se le sancionó por todas las acusaciones.	Jorda (Pres.), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto Navia y Fausto Pocar. 19.10.00 Transferido a Mali 09.12.01
Clement Kayishema (40 años) y Obed Ruzindana (32 años) ICTR -95 – 1. Arrestado en Kenya. Sentencia Final	Kayishema: Prefecto de Kibuye. Médico Ruzindana: Comerciante.	Ambos: GENOCIDIO, CCH.	Tribunal Oral: Kayishema: Cadena Perpetua 25 años	Se declaran inocentes todos los cargos.	Tribunal Oral – Jueces – William H. Sekule (Pres.) Ykov A. Ostrovsky y Tafazzal Hossain Khan. 21.05.99 Tribunal de Apelación: Claude Jorda, (Pres.) ,Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia, Fausto Pocar. Transferido a Mali 09.12.01
Alfred Musema ICTR -96 -13 45 años. Arrestado en Suiza. Sentencia Final	Ministro de Agricultura. de una Fábrica de Té (pública) Miembro Consejo Prefectoral en Byumba Miembro del Comité Técnico de la Comuna de Butare	GENOCIDIO, coautor y complicidad de cometerlo.	Tribunal Oral: Cadena Perpetua de Apelación: Confirma la sentencia aunque elimina el cargo de violación.	Se declara inocente de todos los cargos. Tribunal	Tribunal Oral – Jueces – Laïty Kama (Pres.), Lennart Aspergen y Navanethem Pillay. 27.01.00 Tribunal de Apelación: Claude Jorda (Pres.), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto Navia y Fausto Pocar. 16.11.01 Transferido a Mali 09.12.01
Georges Ruggiu ICTR -97 – 32. Arrestado en Kenya Sentencia Final	Periodista e interlocutor de la radio RTLM.	Incitación directa y pública a cometer GENOCIDIO. CCH (persecución)	Tribunal Oral: 12 años	Se declara culpable de todos los cargos	Tribunal Oral: Navanethem Pillay (Pres.), Erik Møse y Pave Dolenc. 01.06.00
George Rutaganda ICTR -96 -3 36 años. Arrestado en Zambia Pendiente Apelación	Ingeniero Agrícola y hombre de negocios. Propietario de SARL. Miembro Interhamwe.	GENOCIDIO, CCH (exterminación violación Art. 3 Convenio de Ginebra sobre la base del	Tribunal Oral: Cadena Perpetua	Se declara inocente de todos los cargos	Tribunal Oral – Jueces – Laïty Kama (Pres.), Lennart Aspergen y Navanethem Pillay. 06.12.99
116		Art. 6.1	Alejandra Andrea Vallejos Morales		
Omar Serushago ICTR -98 -39 33 años. Se rindió voluntariamente. Sentencia Final	Líder de facto de Interhamwe en Gisenyi Sentencia	GENOCIDIO, CCH (exterminio) sobre la base del Art. 6.1 v	Tribunal Oral: 15 años Tribunal de Apelación: Confirma la	Se declara culpable de todos los cargos	Tribunal Oral – Jueces – Laïty Kama (Pres.), Lennart Aspergen y Navanethem Pillay. 05.02.99 Tribunal de Apelación: Claude

ANEXO NÚMERO 2 PARTIDOS POLÍTICOS

ICTY

SDA – Muslim Biased Party for Democratic Action

SDS – Serbian Democratic Party

HDZ – Croatian Democratic Party (Hrvatska Demokratska Zajednica)

ICTR

MDR – Movimiento Democrático Republicano (Hutu)

UNAR – Unión nacional Ruandesa (Tutsi)

MRND – Movimiento Revolucionario Nacional Para el Desarrollo y la Democracia

PSD – Partido Social demócrata

PL – Partido Liberal

RPF – Frente Patriótico Ruandés.

CDR – Coalición para la defensa de la República (Hutu)

FUERZAS MILITARES O GRUPOS ARMADOS

ICTY (Además de estas fuerzas existen más de 80 fuerzas paramilitares ya sea a favor de Bosnia Herzegovina o de Croacia)

JNA - Yugoslav National Army. Que después de la disolución de Yugoslavia, Serbia y Montenegro se transformó en Yugoslav Army (VJ)

BIH – Sarajevo Corps. Está dividido en diez Brigadas de infantería; de aquí nace HVO (Croatian Defense Council) en 1992.

“Jokers” – Miembros de la Policía Militar Croata

ICTR

RPA – Rwandan Patriotic Army

RAF – Rwandan Armed Forces

Interhamwe

Impuzamugabmi

Anexo Número 3

Ruanda está dividida en doce comunas que son gobernadas por un *bourgmestre* conjuntamente con un consejo comunal que está compuesto por diferentes representantes de distintos sectores de la comuna.

Sobre el *bourgmestre* se encuentra el Prefecto que puede tomar medidas en contra del primero e incluso solicitar su despido al Ministerio del Interior. Además el Prefecto tiene un poder general de suspensión sobre las entidades comunales. Incluso en caso de grave

desorden público o antes de que éste ocurra, puede ejercer autoridad directa sobre la policía comunal. Además ejerce la última autoridad de requisición sobre la gendarmería nacional.

El *bourgmestre*, antes del multipartidismo de 191, era el representante del gobierno central en la comuna, pero a la vez sobre la base de que se trata de comunas semi autónomas. Ejemplos de sus atribuciones eran:

Representar a la comuna ante los tribunales de justicia.

Distribuir los recursos de la comuna, incluso la tierra.

Responsabilidad y autoridad sobre la policía comunal.

Puede llamar a gendarmería nacional a restaurar el orden.

Es oficial judicial.

Luego del multipartidismo, los *bourgmestre* ya no eran necesariamente representantes del gobierno central en la

comuna, sino que representantes de sus partidos políticos en el ámbito local. Su función principal es la de ejecutar las leyes adoptadas por la comuna, y sin ser parte e la policía comunal, tiene autoridad sobre ella y es responsable de su funcionamiento y control.