

LA NOCIÓN DE INTENCIÓN EN LA DEFINICIÓN DE GENOCIDIO¹

José Luis PÉREZ TRIVIÑO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho.
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INTERPRETACIÓN ESTÁNDAR: LA INTENCIÓN COMO INTENCIÓN ESPECIAL.—3. LA TEORÍA DE LA INTENCIÓN BASADA EN EL CONOCIMIENTO.—3.1. La interpretación penalista de la intención como conocimiento.—3.2. Las implicaciones procesales y normativas.—4. EL DELITO DE GENOCIDIO COMO DOLO EVENTUAL.—5. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA INTENCIÓN BASADA EN EL CONOCIMIENTO (Y EL DOLO EVENTUAL).—5.1. Las consecuencias procesales y normativas.—5.2. La prueba de la intención.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La caracterización de la intención ha sido uno de los temas más debatidos en el delito de genocidio. La cuestión ha generado una interesante discusión filosófica y jurídica que va más allá del debate acerca del dolo cuando éste se predica de cualquier otro delito. En la caracterización del delito hay una expresa referencia a la intención,

«eso indica que la persecución tiene que ir más allá estableciendo que el infractor quiso la conducta, o quería causar la consecuencia. También tiene que probarse que el infractor tenía una “intención específica”, o *dolus specialis*. Cuando la intención especificada no ha sido establecida, el acto sigue siendo punible,

¹ Quisiera agradecer los comentarios y críticas que en el desarrollo de este trabajo me hicieron mis compañeros de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, David Felip (Profesor Titular de Derecho Penal) y Ángel Rodrigo (Profesor Titular de Derecho Internacional Público), así como a los revisores de *REDI*. De los posibles errores del trabajo quedan obviamente exonerados.

pero no por genocidio. Puede ser clasificado como delito contra la humanidad o puede ser sencillamente un delito bajo el Derecho penal»².

Una razón de este énfasis en el propósito del agente es que en la gestación del Convenio para la Sanción y Prevención del Genocidio (1948), el delito de genocidio trató de configurarse de una manera específica como un delito de especial gravedad que trataba de recoger el peor crimen que pudiera cometer un individuo o grupo al atentar no sólo contra un sujeto particularizado sino que la acción criminal reflejaría el ánimo de destruir a un grupo social en todas sus manifestaciones (sociales, culturales, religiosas, etc.)³. De hecho, esta intención ulterior es uno de los elementos que permite distinguir el genocidio de otros crímenes contra la humanidad y contribuye a configurar su especial gravedad⁴.

También fue un objetivo de los legisladores que no fuera un delito vacío o meramente simbólico. A pesar de esa voluntad inicial, hay que recordar en este sentido que desde que se promulgó el Convenio para la Sanción y Prevención del Genocidio y hasta hace relativamente muy poco tiempo, no ha habido condenas de genocidio, siendo el caso que se han producido diversas matanzas perfectamente susceptibles de ser calificadas de genocidio⁵.

Esa tensión existente entre, por un lado, reservar la calificación de genocidio a supuestos muy concretos y graves⁶ y, por otro lado, el propósito de no dejar impunes a los eventuales autores de actos calificables de genocidio se refleja en la discusión contemporánea acerca de la intención en la caracterización del genocidio. El problema es que los tratados internacionales no definen el grado o cualidad de dicha intención. De ahí que hayan surgido distintas interpretaciones que restringen o amplían el número de responsables de un acto genocida. En efecto, la consecuencia práctica más inmediata de la decantación por una concepción u otra es la ampliación (o reducción) del posible número de individuos que podrían ser acusados de genocidio. Mientras una concepción restrictiva reduce el ámbito de eventuales acusados, las concepciones que extienden el significado de intención ampliarían ese espectro. En el presente trabajo, será mi propósito exponer las dos principales interpretaciones acerca de la intención⁷: *a*) la intención como intención especial, y *b*) la intención basada en el conocimiento y en el dolo eventual, siendo la primera más restrictiva que la segunda. En la parte final señalaré que a pesar

² SCHABAS, A., *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 214.

³ Por todos véase MAY, L., *Genocide: A Normative Account*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

⁴ AMBOS, K., «What does “intent to destroy” in genocide mean?», *International Review of Red Cross*, 2009, nú. 876, 3, p. 28; SHAW, M., *What is Genocide?*, Cornwall, Polity, 2007, p. 28.

⁵ FEIN, H., *Genocide. A Sociological Perspective*, Londres y Newbury Park, Sage, Calif.: 1993, p. 13.

⁶ «La convención [de 1948], de este modo, busca proteger el derecho a la vida de los grupos humanos, como tales. Esta característica convierte al genocidio en un crimen excepcionalmente grave», *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Trial Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párr. 553.

⁷ No presupongo que sean las únicas teorías acerca de la caracterización de genocidio. Entre otros, Larry May defiende una concepción en la que intención individual debe estar ligada a una intención compartida por aquellos que llevan a cabo el plan exterminador. MAY, L., *op. cit.*, nota 3.

del éxito de las concepciones extensivas de la intención durante los últimos años, es susceptible de varias críticas.

2. LA INTERPRETACIÓN ESTÁNDAR: LA INTENCIÓN COMO INTENCIÓN ESPECIAL

La interpretación prevaleciente de la noción de intención desde la promulgación del Convenio de 1948 asume que el genocidio es un delito de intención específica o especial. La descripción típica del delito de genocidio consiste en la enumeración de una serie de conductas que han de ser cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso⁸.

Los actos individuales que realiza el agente y con cuya ejecución se consuma formalmente el delito de genocidio constituyen, en este sentido, únicamente el medio para la consecución del fin: la destrucción del grupo. El delito de genocidio se perfecciona cuando una de las acciones que realiza el agente se consuma respecto de uno (o dos) de los miembros del grupo, según cuál sea la interpretación que se adopte. En cualquier caso, según la opinión más generalizada, para que el delito quede consumado bastan unos pocos actos que se adecuen a los tipos mencionados en el art. II siempre que sean cometidos con la intención de destruir al grupo. En este sentido, la inclusión del término «intención» no parece casual o gratuita. El redactado del artículo podría haber omitido la referencia a la intención: «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 [...]». Y el delito de genocidio no por la omisión de la intención hubiera dejado de requerir el dolo (general). Interpretado *a sensu contrario*, la inclusión de la referencia a la intención se podría comprender como una indicación por parte del legislador de requerir un estado mental específico por parte de los perpetradores respecto a la destrucción de los grupos víctimas.

La distinción entre una «intención específica» y una «intención general» no ha sido pacífica en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia penal. En términos generales esta categoría de la «intención especial» sirve para distinguir algunos delitos de aquellos en los que basta la «intención general», en los que basta una mínima intención de realizar la acción típica. Como señala Schabas:

«En un delito de intención general, el único asunto es la realización del acto criminal, y no es necesario probar la más lejana intención o propósito. Un ejemplo sería la intención mínima de aplicar la fuerza en el caso de agresión común. Un delito de intención específica requiere la realización del *actus reus* pero en

⁸ GIL, A., *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 179.

asociación con una intención o propósito que va más allá de la realización del mero acto»⁹.

Aplicando esta estructura dual presente en ciertos delitos al específico delito que es el genocidio, podría establecerse que para la calificación de una acción como genocida el autor debe realizar el *actus reus* con una determinada intención que va más allá de la mera realización de éste. Es decir, el autor tiene dos intenciones¹⁰. La primera consistiría en realizar la acción cuyo resultado sería el *actus reus* (p. ej., asesinar a un individuo) en la que el elemento subjetivo se cumpliría con el dolo. La segunda intención, más específica, tendría como objeto acabar con el grupo al que pertenece dicho sujeto¹¹. La «intención de destruir» incluye un requisito subjetivo adicional que complementa la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito¹². Lo distintivo del delito de genocidio es que esta última intención es la razón que actúa como determinante de la acción del individuo al cometer el *actus reus*. El propósito del individuo es central en la caracterización de la intención especial dado que incide en el elemento volicional de pretender causar una cierta consecuencia, de desear su realización¹³.

La víctima no es elegida por cualidades o características personales, sino porque es un miembro de un determinado grupo¹⁴. La intención de destruir al grupo es la base de la intención especial: el perpetrador realiza específicamente uno de los actos comprendidos en el *actus reus* con un deseo deliberado de destruir al grupo mismo. Así pues, si quien realiza uno de los actos

⁹ SCHABAS, *op. cit.*, nota 2, p. 218.

¹⁰ «The genocide offence has two separate mental elements, namely a general one that could be called “general intent” or dolus, and an additional “intent to destroy”». AMBOS, K., *supra*, nota 4, p. 2. Para apoyar esta idea Ambos cita entre otras fuentes International Commission of Inquiry on Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General, pursuant to SC Res. 1564, 18 September 2004, Annex to letter dated 31 January 2005 from the UN Secretary-General addressed to the President of the Security Council, S/2005/60, 1 February 2005, párr. 491; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09), párr. 139; TRIFFTERER, O., «Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such», *Leiden Journal of International Law*, 2001, núm. 14, pp. 399-408, en pp. 400 ss. Véase también ARNOLD, R., «The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court», *Criminal Law Forum*, 2003, 14, p. 127.

¹¹ Ahora bien, ¿qué ha de incluir esa intención especial? En mi opinión, no sólo incluye lo que los filósofos denominan consecuencias directas, sino también que el ámbito de la intención es más amplio: han de incluirse las acciones que se siguen necesariamente de la acción y aquellas otras acciones que constituyen un medio para la acción principal, es decir, las acciones que funcionan como requisitos causales o convencionales.

¹² AMBOS, K., *op. cit.*, nota 4, p. 3.

¹³ Las fuentes pertinentes en Derecho penal internacional proporcionan una base legal firme para la conclusión de que el deseo consciente es el requisito de la intención especial para el delito internacional de genocidio. BERGSMO, M., «Intent» en SHELTON, D. L. (ed.), *Genocide and Crimes Against Humanity*, Gale Cengage, 2005, disponible en eNotes.com. <http://www.enotes.com/genocide-encyclopedia/intent>, última visita el 7 de noviembre de 2010.

¹⁴ «La intención de destruir un grupo como tal, total o parcialmente, presupone que las víctimas eran elegidas en razón de su pertenencia al grupo cuya destrucción se buscaba» (*Prosecutor v. Radislav Krstic*, Trial Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párr. 557. Véase también MAY, L., *op. cit.*, nota 3.

del delito no tiene la voluntad de realizar una de las circunstancias relevantes como es desear matar a un individuo porque pertenece a un cierto grupo, entonces no comete un genocidio. Y aun cuando no quedaría eliminada la responsabilidad penal, lo cierto es que no sería un caso de genocidio, pues no existiría el elemento de la intencionalidad. Precisamente esto es lo que determinó la Sala de Primera Instancia en el caso *Akayesu* al absolver a un acusado de genocidio sobre la base de que «mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir a un grupo».

«Según este significado, la intención especial es el elemento clave de un delito intencionado, el cual se caracteriza por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del perpetrador»¹⁵.

Ahora bien, el que haya un acuerdo mayoritario en exigir intención no significa que haya un mismo grado de acuerdo en su caracterización¹⁶. Pero en la mayoría de los pronunciamientos se entiende que el propósito de la destrucción presupone que la elección de las víctimas se realiza precisamente por su pertenencia al grupo al que se pretende destruir. Por tanto, no es suficiente la posibilidad de prever o la probabilidad de destruir al grupo, como tampoco basta que sólo se conozca la pertenencia. Es necesario que la selección se haga por la razón de la pertenencia al grupo. Así se establece en el caso *Krstic*¹⁷.

La ventaja de esta concepción estricta de la intención es que parece adecuarse al propósito existente al finalizar la Segunda Guerra Mundial y, además, configura al delito de genocidio como un delito autónomo que lo distingue en gravedad de otros delitos internacionales ya que su comisión exige un especial estado mental por parte del autor.

Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente, en las décadas recientes han aparecido interpretaciones del componente de la «intención» en

¹⁵ Judgement *Akayesu*, Trial Judgement (ICTR-96-4-T), 2 September 1998, párr. 518. Véase también *Musema* (ICTR, 96-13-A) 2000, párr. 166. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY) adoptó el mismo punto de vista y el estándar del conocimiento, véase caso *Krstic* (*Prosecutor v. Radislav Krstic*, Trial Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párr. 557). Véase también, ARNOLD, R., *op. cit.*, nota 10, p. 144; AKHAVAN, P., «The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence», *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 3, pp. 992-993.

¹⁶ La redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en concreto la definición de la intención en el art. 30 tampoco ha servido para resolver la bizantina cuestión de la naturaleza de la relación entre estado mental, conducta, consecuencia y elementos basados en las circunstancias. MCGOLDRICK, D.; ROW, P., y DONNELLY, E., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004, p. 254. Véase también BADAR, M. E., «The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective», *Criminal Law Forum*, 2008, 19, pp. 473-518.

¹⁷ «El Fiscal y la defensa, en este caso, concuerdan en su opinión de que las víctimas del genocidio deben ser elegidas como objetivos en razón de su pertenencia a un grupo. Esta es la única interpretación coincidente con la intención que caracteriza el crimen de genocidio. La intención de destruir un grupo como tal, total o parcialmente, presupone que las víctimas eran elegidas en razón de su pertenencia al grupo cuya destrucción se buscaba. El simple conocimiento de que las víctimas pertenecían a grupos distintos al de sus perseguidores no es suficiente para determinar la intención de destruir el grupo como tal», *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Trial Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párr. 557.

el delito de genocidio que al rebajar el elemento volitivo y facilitar la prueba del estado mental exigido al perpetrador parece que lleva a ampliar el conjunto de posibles responsables de dicho delito. Examinaré a continuación dos de esas interpretaciones, la interpretación basada en el conocimiento de Greenawalt y la interpretación basada en el dolo eventual de A. Gil.

3. LA TEORÍA DE LA INTENCIÓN BASADA EN EL CONOCIMIENTO

Greenawalt presenta una caracterización de la noción de intención en el genocidio alternativa a la examinada en el apartado anterior. Tal concepción supone que en aquellos casos donde un perpetrador ha realizado uno de los actos genocidas (uno de los supuestos del *actus reus*), el requisito de la *mens rea* se entenderá satisfecho cuando se pruebe que el perpetrador sabía que los fines o los efectos manifiestos de una campaña contra los miembros de un grupo protegido en la que toma parte serían la destrucción de dicho grupo¹⁸. La selección de las víctimas forma parte de un contexto general en el que estos individuos son señalados como dianas de la campaña de exterminio. El perpetrador conoce cuáles son los criterios de selección de las víctimas y es sobre esta base cognoscitiva que se le puede imputar responsabilidad como genocida.

Pueden señalarse tres argumentos principales en favor de esta concepción. En primer lugar, un punto de apoyo de esta interpretación se encuentra en una cierta lectura del término «intención» según la doctrina penalista tradicional. Ésta sostiene que bajo este vocablo se encuentran distintas actitudes mentales del individuo, desde el simple conocimiento de los efectos de las acciones hasta la más extrema cuyo contenido es la volición de unos determinados resultados. En segundo lugar, puede afirmarse que el proceso de redacción de la Convención de 1948 tampoco ofrece una decantación clara y unívoca hacia la interpretación de la intención como «intención especial». A pesar de la importancia de este argumento, no lo desarrollaré en este trabajo¹⁹. En tercer lugar, habría que tomar en consideración una serie de implicaciones procesales y prácticas que apoyan esta interpretación «cognoscitiva» de la intención.

3.1. La interpretación penalista de la intención como conocimiento

Greenawalt sostiene que el problema es que la comprensión de la intención criminal por parte de la teoría penal no ha conducido a que haya en la

¹⁸ GREENAWALT, A., «Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation», *Columbia Law Review*, 1999, 99, p. 2265; TRIFFTERER, O., *op. cit.*, nota 10, pp. 405-406. Hans Vest vincula la intención que debe predicarse de un autor a una «intención colectiva», VEST, H., «A structure-based concept of genocidal intent», *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 5, p. 790. Claus Kress apoya también el acercamiento basado en la estructura distinguiendo entre «la actividad genocida de nivel colectivo y «la conducta genocida individual», KRESS, C., «The Darfur Report and genocidal intent», *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 3, pp. 562-578.

¹⁹ Véase GREENAWALT, *op. cit.*, nota 18, p. 2274.

actualidad una idea uniforme acerca de ella. Para ello apela a dos argumentos. En primer lugar, en la teoría penal sobre el delito la noción de intención no está vinculada de forma necesaria y exclusiva a una volición o deseo. Dicho de otra manera, también es posible atribuir dolo si el agente pretende unas consecuencias de sus acciones y sabía hasta una certeza práctica cuáles serían las consecuencias de esas acciones, con independencia de si buscaba o no deliberadamente realizarlas²⁰.

La dogmática penal contemporánea ha intentado fijar un criterio de demarcación entre tres niveles volitivos en la realización de un tipo penal: la culpa consciente, el dolo eventual y el dolo directo. Este debate se ha reflejado en la caracterización de la intención en el genocidio. Como se ha visto en el apartado anterior, la versión dominante de la noción de intención señala que éste se caracteriza como una intención especial, esto es, dolo directo²¹. Sin embargo, en estos últimos años se han presentado concepciones alternativas entre las que destaca la teoría de la intención basada en el conocimiento y la que lo caracteriza como dolo eventual. En términos generales, ambas tentativas tienen el mismo presupuesto: establecer un reproche al agente por fines (o resultados) que el individuo no pretendía alcanzar, pero que de alguna manera conocía o resultaba factible establecer que se producirían como consecuencia de la acción que llevaría a cabo. Dicho de otra manera, la acción que realiza el agente produce resultados directos, pero, a su vez, consecuencias que no se desean de forma directa, no obstante lo cual se asumen como conocidas o probables. Mientras que la primera caracterización da lugar en el ámbito del genocidio a la teoría de la intención basada en el conocimiento, la segunda origina la concepción basada en el dolo eventual en la que está más presente un aspecto volitivo. Pero, como Ambos resume el debate «se sigue bastante claramente que una interpretación literal del término “intención” no indica ninguna clara preferencia por un acercamiento basado en el propósito o en el conocimiento»²².

Recientemente, Kai Ambos ha promovido otra interpretación de la intención en el delito de genocidio donde apoya las mismas consecuencias de la concepción de Greenawalt basada en el conocimiento pero las restringe al nivel de los perpetradores de más bajo nivel jerárquico en un genocidio. Su propuesta teórica consiste en distinguir, por un lado, el genocidio como acto individual y el contexto del genocidio y por otro lado, distinguir entre los perpetradores de nivel superior, medio e inferior. En relación con el segmento superior y medio de los perpetradores sería necesario probar la intención

²⁰ Como se señalará más adelante, la caracterización de la intención no es pacífica pues según ciertas sentencias y elaboraciones doctrinales, la intención no colapsa en la previsibilidad.

²¹ Clark ha intentado mostrar la calidad específica de la intención en el Estatuto de Roma: «Pero he intentado mostrar cómo los participantes van hacia un acuerdo general según el cual la negligencia y la culpa consciente no son normalmente niveles suficientes de culpabilidad para “los delitos más serios de la comunidad internacional”», CLARK, R., «The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences», *Criminal Law Forum*, 2001, 12, p. 334.

²² AMBOS, K., *op. cit.*, nota 4, p. 12.

especial, pero en relación con el último grupo sólo bastaría constatar el conocimiento de que existía un plan genocida. Así dice:

«El punto de partida para la posición propuesta aquí es doble. En primer lugar, sigue la estructura combinada y la aproximación basada en el conocimiento que tiene en cuenta el estado y función de los perpetradores. La concepción basada en el propósito interpretaba el requisito de “la intención para destruir” únicamente en el nivel superior y medio de los perpetradores [...]. En contraste, respecto al nivel inferior de los perpetradores la aproximación basada en el conocimiento defiende que también se tienen que aplicar a otras formas de participación. En segundo lugar, es necesario distinguir entre las formas diferentes de “comisión” o “participación” distintas a la de los perpetradores directos»²³.

De todas formas, a pesar de que restringe el ámbito de la teoría basada en el conocimiento al nivel inferior de los perpetradores, se enfrenta a las mismas objeciones que la teoría basada en el conocimiento, como se verá más tarde.

3.2. Las implicaciones procesales y normativas

La comprensión prevaleciente de la intención como intención especial respondía, más allá de las indeterminaciones examinadas antes, al propósito generalizado tras la Segunda Guerra Mundial de individualizar y caracterizar el genocidio como un delito de especial gravedad. Sin embargo, esta caracterización ha presentado desde entonces dificultades insoslayables en el plano de su aplicación a los casos individuales. En concreto, ha sido un tema recurrente señalar que es una concepción difícilmente aplicable desde el punto de vista de la prueba:

«El peligro de adherir a una intención específica estándar en tales situaciones no es meramente que la perpetración culpable se escapará de la responsabilidad por genocidio, sino que quizás y de forma más ominosa los problemas de prueba obligarán a los tribunales a expresar ambiguos patrones de hecho, en el específico paradigma de la intención»²⁴.

Este temor había quedado reflejado en el caso *Akayesu* donde se señaló que la intención genocida es «un factor mental que es difícil, si no imposible de determinar»²⁵, lo cual lleva a los órganos aplicadores a buscar mecanismos que permitan deducir o descubrir tal intención especial en el caso concreto.

Por otro lado, algunos autores han señalado que la caracterización estándar de la intención como intención especial deja fuera supuestos que quizá también deberían identificarse como casos de genocidio²⁶. En concreto se ha señalado a aquellos perpetradores subordinados que ejecutaron órdenes

²³ AMBOS, K., *op. cit.*, nota 4, p. 22.

²⁴ GREENAWALT, *op. cit.*, nota 18, p. 2281.

²⁵ *Akayesu*, *op. cit.*, nota 15, p. 523.

²⁶ En apoyo de esta interpretación está la jurisprudencia sentada en *Akayesu*, párrs. 479 y 485 respecto de la responsabilidad de los superiores y de los cómplices.

genocidas. El problema que presenta la atribución de responsabilidad a estos perpetradores es que basándose en la interpretación estricta de intención (como intención especial) podrían alegar en su descargo que simplemente ejecutaron las directrices genocidas de sus superiores (que sí actuaban con intención especial), pero que ellos no expresaban ningún tipo de intención (especial) genocida:

«En el caso de genocidio un acusado podría invocar órdenes superiores para negar la intención genocida requerida para el establecimiento de un caso *prima facie* [...]. Este aspecto de la intención genocida establece un problema particular dado el tipo de “matanza administrativa” presentado por el Holocausto, donde un Estado despliega una entera cadena de mando burocrática y militar para realizar el plan genocida»²⁷.

El peligro de la interpretación restrictiva de la intención respecto del riesgo de impunidad de los subordinados es todavía mayor cuando tiene que aplicarse a masacres administrativas de gran tamaño, pues en ellas casi cualquier partícipe, desde aquel que ocupaba un cargo inferior en la jerarquía hasta el que tenía un alto cargo, podría alegar ser un subordinado respecto de otras autoridades (superiores). Y ello, obviamente, repercutiría en una masiva elusión de la responsabilidad por genocidio.

Frente a los problemas prácticos a los que tiene que enfrentarse la concepción estándar de la intención, la teoría basada en el conocimiento presenta ciertas ventajas en lo que respecta a sus implicaciones prácticas ya que al rebajar el umbral subjetivo exigido para la comisión de genocidio, se ampliaría el círculo de los posibles acusados de dicho delito, puesto que también se podría incluir en la lista de los perpetradores a los sujetos que tuvieron ese conocimiento y realizaron los actos genocidas, aun cuando no tuvieron la intención ulterior de destruir al grupo víctima.

4. EL DELITO DE GENOCIDIO COMO DOLO EVENTUAL

Son varios los autores que interpretan que la noción de intención en algunos de los textos normativos examinados dan pie a incluir no sólo el dolo directo, sino también el indirecto y, en lo que más nos interesa aquí, el dolo eventual²⁸.

En nuestro contexto, ha sido A. Gil quien ha defendido que el delito de genocidio puede ser cometido en grado de dolo eventual. El principal argumento en el que sostiene esta interpretación estriba en la propia estructura del delito de genocidio.

En su caracterización del delito habría tres elementos dignos de ser considerados a estos efectos: *a)* el bien jurídico; *b)* la parte objetiva; *c)* la parte

²⁷ GREENAWALT, *op. cit.*, nota 18, pp. 2278-2279. Ambos señala algo similar. AMBOS, K., *op. cit.*, nota 4, p. 23.

²⁸ TRIFFTERER, *op. cit.*, nota 10, pp. 401-403.

subjetiva del tipo. Para la autora, la parte subjetiva realizada en cada acto ejecutivo incluye el elemento de la intención de realizar los restantes actos ejecutivos. De esta forma, el dolo debe abarcar también la producción del resultado como elemento del tipo que es, un elemento subjetivo trascendente referido a este último. Por ello, cuando el sujeto activo realiza un acto ejecutivo el elemento subjetivo con el que actúa no se limita a la conciencia y voluntad de realización de dicho acto, sino que a él se suman el resto de elementos subjetivos mencionados.

Por otro lado, en lo que concierne al tipo objetivo, el delito se consuma formalmente con una acción individual cometida contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir. Puesto que se trata de la destrucción física del grupo, la misma se realiza a través de la destrucción de todos y cada uno de sus miembros. Pero en su modalidad más representativa el tipo que consiste en «la matanza de miembros del grupo» se configura como un delito mutilado de varios actos, pues queda consumado en el momento en que se da muerte a uno solo de los miembros del grupo pero con la intención de continuar matando a los demás miembros hasta el exterminio del grupo. Así pues

«en la lesión del bien jurídico, la estructura es paralela a la de una tentativa inacabada, ya que se han comenzado los actos ejecutivos, pero el delito se consuma formalmente con el menoscabo (la muerte, la destrucción) de una parte ínfima (un individuo) del objeto material del bien jurídico, lo que para dicho bien (la existencia del grupo o subgrupo seleccionado en su conjunto) constituiría todavía únicamente un peligro abstracto».

En resumen, según A. Gil, para el agente de un acto ejecutivo que supone la consumación del delito de genocidio,

«bastaría la comisión del hecho, por ejemplo, la muerte de un miembro del grupo, incluso si ha sido realizada con dolo eventual y con cualquier tipo de intención (incluido el mero contar con) respecto de la consecución del fin de la destrucción del grupo, pero con el conocimiento de que su acción se incardina en un plan que comprende el resto de los actos ejecutivos (porque él mismo u otros han decidido su realización) que tendrá como resultado no absolutamente improbable, con el que al menos se cuenta, la destrucción del grupo»²⁹.

5. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LA INTENCIÓN BASADA EN EL CONOCIMIENTO (Y EL DOLO EVENTUAL)

La discrepancia de fondo entre la concepción del genocidio como intención especial y la concepción basada en el conocimiento (o el dolo eventual) es básicamente dónde colocar el reproche jurídico. Para la primera teoría, sólo cabe el reproche de genocidio para aquel individuo que tenía la intención de cometer el *actus reus* y además, destruir al grupo víctima. Para la segunda teoría, el juicio disvalorativo también cabe para el individuo que (habiendo

²⁹ GIL, A., *op. cit.*, nota 8, p. 259.

realizado el *actus reus*) no intentaba necesariamente alcanzar el resultado de destruir al grupo, pero conocía que se podía producir dicha consecuencia³⁰. En la versión del dolo eventual, el sujeto se representa ese resultado como no improbable. Estas concepciones pretenden superar algunas de las dificultades con las que se enfrentaba la caracterización estándar de la intención especial como era el problema de la responsabilidad de los subordinados y la (in)determinación de la intención.

A pesar de sus atractivos iniciales, hay dos problemas en estas interpretaciones de la intención basada en el conocimiento, más allá de que hay argumentos históricos y pronunciamientos judiciales contrarios. Respecto a lo primero, basta recordar que el *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind* (1996) excluía al dolo eventual como elemento suficiente del *mens rea* del perpetrador³¹. Respecto a los argumentos de carácter jurisprudencial están las citadas resoluciones de los casos *Akayesu* y *Kristc*.

Pero volviendo a los argumentos citados en defensa de la concepción de la intención como dolo especial, la concepción basada en el conocimiento adolece de dos problemas. En primer lugar, puede llegar a presentar consecuencias práctico-normativas contraintuitivas y, en segundo lugar, no ofrece tantas ventajas en el terreno de la prueba.

5.1. Las consecuencias procesales y normativas

La concepción cognoscitivista del genocidio tiene que aceptar que según sus propias premisas podría derivarse que fueran acusados de genocidio algunos miembros de los propios grupos víctimas y que intuitivamente sería difícil concluir que fueron autores de un genocidio. Piénsese en los *Sonderkommando* a los que Primo Levi se refirió como «la zona gris» dada la dificultad de caracterizar y valorar moralmente sus acciones³².

³⁰ A. Gil lo plantea de otra manera, pero creo que el énfasis está en el mismo problema: «¿Qué grado de intensidad requiere el elemento volitivo de la intención, es decir, si la intención de destruir al grupo ha de alcanzar la intensidad volitiva de un dolo directo de primer grado o bastaría una intención equiparable al dolo directo de segundo grado o incluso al dolo eventual?», GIL, A., *op. cit.*, nota 8, p. 232. En algún sentido, la teoría del dolo especial trata de mantener la bien conocida diferente valoración entre el bombardeo terrorista y el bombardeo estratégico, sobre la base de la distinción entre: a) los resultados que son el producto de una acción intencional, y b) los resultados que aunque puedan haber sido previstos por el agente, no son el producto de una acción intencional, no son propiamente queridos por él. En cambio, la teoría alternativa del dolo en el genocidio tendería a disolver dicha distinción. Sobre la distinción entre los tipos de bombardeo, véase SCANLON, Th., *Moral dimensions: permissibility, meaning, blame*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 2008, p. 129.

³¹ Según Piña Rochefort, en el ámbito del *Common Law* la discusión acerca de la caracterización de la intención no es en nada pacífica. Señala este autor que a partir de dos importantes casos, *Steane* y *Moloney*, se aceptó que la intención no se reducía a previsibilidad. Es decir, se requería una vinculación más fuerte entre el agente y resultado producido o querido. Véase PIÑA ROCHEFORT, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*, Granada, Comares, 2002, pp. 80-85.

³² Desde un punto de vista penal estos sujetos podrían alegar alguna de las causas de justificación típicas como el estado de necesidad (o algunas teorías alternativa de la autoría) para mitigar su

Así pues, esta interpretación tendría, inicialmente, la ventaja de incluir entre los perpetradores del delito de genocidio a individuos que colaboraron en el genocidio y que tenían plena conciencia de sus actos. Pero por otro lado, a este acercamiento se le podría objetar que amplía en demasía el círculo de autores, pues incluiría entre los responsables de genocidio a grupos como los citados anteriormente, más allá de que en una fase ulterior su responsabilidad pudiera quedar atenuada. En cambio, la teoría de la intención especial sería más acorde con otras intuiciones básicas que señalarían que tales individuos no eran genocidas a pesar de haber participado directamente en los *actus reus*, de ser conscientes del contexto genocida y de que con sus acciones colaboraban en su realización. Pero les faltaba la intención de llevar a cabo el delito específico de genocidio, de *querer* eliminar a las víctimas como integrantes de un cierto grupo.

5.2. La prueba de la intención

Frente a la idea de que las intenciones son más difíciles de probar que las creencias es preciso señalar que éstas también son estados mentales (no hechos externos) y como tales se enfrentan a problemas similares a los que se enfrenta la intención, otro estado mental³³. Las creencias, al igual que las intenciones, tienen un modo subjetivo de existencia y tenemos acceso a ellas por medio de la consciencia, es decir, un tipo de comprensión al margen de la evidencia empírica (o de inferencias a partir de ella). Por ello, los estados mentales al no ser observables, no son susceptibles de prueba directa, sino de prueba indirecta o de indicios. Por otro lado, en la atribución de creencias pueden darse otros problemas específicos. González Lagier dice al respecto:

«No obstante, a propósito de la atribución de creencias y de la evaluación de la situación hecha por el agente es preciso tener en cuenta los llamados errores del pensamiento cálido, como los estudiados por Elster y otros autores (la debilidad de la voluntad, el autoengaño, los posibles efectos aberrantes de la interacción entre deseos y creencias, como cuando atribuimos una exagerada probabilidad a aquello que deseamos que ocurra o la disminución de la fuerza del deseo en función de la dificultad, etc.) y la propensión a cometer ciertos errores en la atribución de probabilidades en contextos de incertidumbre o en ciertos tipos de razonamiento lógico. Es decir, el estudio de las perversiones de la racionalidad»³⁴.

Así pues, los estados mentales deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se adscriben y de las circunstancias del contexto. Pero esto afecta tanto a la prueba de la intención como a la

responsabilidad. Pero incluso así la concepción propuesta aquí deja resuelto el tema desde la propia concepción de la noción de genocidio y del requisito de la intención especial.

³³ Como señala González Lagier: «Esto puede hacer pensar que hemos pasado del problema de atribuir intenciones al problema, igualmente difícil, de atribuir creencias». GONZÁLEZ LAGIER, D., «Buenas razones, malas intenciones. Sobre la atribución de intenciones», *Doxa*, 2003, 26, p. 676.

³⁴ GONZÁLEZ LAGIER, D., *op. cit.*, nota 33, p. 676.

prueba del conocimiento, por lo que no cabe concluir de forma tan rotunda que la identificación de las creencias es cualitativamente más fácil que la prueba de la intención. En cualquier caso, se han intentado fijar criterios para deducir la existencia de tal intención especial. En *Akayesu* y en *Musema*, especialmente se estableció que: «La Cámara considera que es posible deducir la intención genocida inherente en un acto particular desde el contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, si estos actos fueron cometidos por el mismo perpetrador o por otros. Otros factores, tales como la escala de las atrocidades, su naturaleza general, en una región o un país, o además, el hecho de dirigirse deliberada o sistemáticamente a las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo particular, a la vez que se excluye a los miembros de otros grupos, puede permitir a la Cámara inferir la intención genocida de un acto particular»³⁵. Por otro lado, están los *Elementos del Crimen*, donde se establece en términos generales que «La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso» y, con respecto al genocidio que «la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción».

6. CONCLUSIONES

La interpretación tradicional de la intención en el delito de genocidio como una intención específica ha sido objeto de diversas críticas por la teoría basada en el conocimiento. En apoyo de esta última interpretación hay tres argumentos principales: *a)* una cierta interpretación del término «intención» según la doctrina tradicional que llevaría a reducirla al conocimiento de las consecuencias de la acción realizada; *b)* el proceso de redacción del Convenio de 1948 no ofrece un apoyo claro e inequívoco de la interpretación de la intención como «intención especial», pues podría dar cobertura a otras interpretaciones como la de la intención como conocimiento o como dolo eventual; *c)* las implicaciones procesales y prácticas de la interpretación basada en el conocimiento que permite ampliar el ámbito de los eventuales responsables de la comisión de genocidio.

A pesar de la solidez de estas críticas a la interpretación tradicional de la intención como intención especial ésta todavía ofrece una lectura interesante y razonable del elemento volitivo de la intención en el delito de genocidio según fue diseñado tras la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, sólo cabría incluir dentro de la intención del genocidio la voluntad de realizar el *actus reus* con el propósito de exterminar al grupo víctima, siendo insuficiente el mero conocimiento de que se estaba llevando a cabo una acción genocida, o de que era probable que de los actos propios de ejecución de los *actus reus* pudiera producirse un genocidio, el exterminio de un grupo víctima.

³⁵ *Musema*, párr. 166.

Además de enfatizar que el legislador introdujo en el redactado del artículo sobre el genocidio el requisito de la intención de destrucción de los grupos, cosa que podría haber omitido perfectamente, he intentado apoyar este punto de vista en dos argumentos. En primer lugar, la teoría basada en el conocimiento extiende el círculo de personas susceptibles de ser responsables de genocidio hasta incluir a aquellos que habían realizado el *actus reus* con una participación poco significativa en la acción genocida o sin tener la volición especial de exterminar al grupo víctima. Sin embargo, a estos participantes no los consideraríamos intuitivamente genocidas. En segundo lugar, no ofrece tantas ventajas en la esfera de la prueba pues, siendo cierto que hay problemas para dar constancia de la voluntad (dolosa) dado que se trata de un estado mental de difícil acceso cognitivo a terceras personas, también es verdad que el «conocimiento» es otro estado mental como es la volición, con tantas o más dificultades a la hora de establecer su existencia, extensión y contenido.

A estas razones respecto de las interpretaciones alternativas, hay que añadir dos argumentos adicionales. En primer lugar, el que a tenor de la interpretación estándar algunos sujetos activos en un genocidio no puedan ser calificados como genocidas no implica que vayan a quedar impunes pues seguirán siendo autores de otros delitos internacionales. Y en segundo lugar, la interpretación estándar es coherente con el propósito emergente tras las calamidades ocurridas en la Segunda Guerra Mundial de configurar un nuevo delito caracterizado por ser «el crimen de crímenes»³⁶, el de mayor gravedad que pueda perpetrarse por los seres humanos, y que para ello, se requiere que el autor ejecute las acciones típicas con una voluntad especial de dañar los bienes jurídicos protegidos: la existencia de los grupos en cualquiera de sus manifestaciones previstas. Y es que aunque difícilmente pueda establecerse una jerarquía entre los distintos delitos de naturaleza internacional³⁷ (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio), no cabe duda de que este último conserva un elemento simbólico y expresivo innegable.

RESUMEN

LA NOCIÓN DE INTENCIÓN EN LA DEFINICIÓN DE GENOCIDIO

El propósito de este trabajo es exponer las dos principales interpretaciones acerca de la intención en el delito de genocidio: *a*) como intención especial y, *b*) como conocimiento (y dolo eventual), siendo la primera más restrictiva que las segundas. Estas dos últimas interpretaciones han tenido un importante desarrollo en las últimas décadas al destacar: *a*) una cierta interpretación del dolo que incluiría el conocimiento o la previsión de las consecuencias de la acción; *b*) el proceso de redacción del Convenio de 1948 no ofrece un apoyo claro e inequívoco de la interpretación de la intención como «intención especial»; *c*) las implicaciones procesales y prácticas de la interpretación basada en el conocimiento que permite ampliar el ámbito de los eventuales responsables de comisión de genocidio.

³⁶ *Kambanda*, (ICTR 97-23-S), Trial Chamber I, 1998, párr. 16.

³⁷ AKHAVAN, *op. cit.*, nota 15, p. 998.

No obstante, he tratado de mostrar que la interpretación basada en la intención especial es más adecuada dado que parece ajustarse mejor a la voluntad de los legisladores del Convenio de 1948, sus consecuencias prácticas son razonables y sus dificultades de prueba no son tan exigentes respecto a las que se predicán del «conocimiento».

Palabras clave: intención, genocidio.

ABSTRACT

THE NOTION OF INTENTION IN THE DEFINITION OF GENOCIDE

The purpose of this work is to expose the two main interpretations about the intention in the crime of genocide: *a*) as special intention and, *b*) as knowledge, being the first more restrictive than the second. The «knowledge» theory have had an important development in the last decades as pointing out *a*) one some interpretation of the «means read» that would include the knowledge or the forecast of the consequences of the action; *b*) the process of writing of the Convention of 1948 does not offer a clear and unambiguous support of the interpretation of the intention as «special intention»; *c*) the procedural and practical implications of the interpretation based in the knowledge that allows to expand the field of the eventual perpetrators of genocide. Nevertheless, I have tried to show that the interpretation based in the special intention is more suitable since it seems to adjust better to the will of the legislators of the Convention of 1948, its practical consequences are reasonable and its evidentiary difficulties are not so demanding with regard to the «knowledge» theory.

Keywords: intention, genocide.

RÉSUMÉ

LA NOTION D'INTENTION DANS LA DÉFINITION DU GÉNOCIDE

Le propos de ce travail est d'exposer les deux principales interprétations sur l'intention dans le délit de génocide: *a*) comme intention spéciale, et *b*) comme connaissance (et dol éventuel), la première étant plus restrictive que les deuxièmes. Ces deux dernières interprétations ont eu un important développement dans les dernières décennies en soulignant: *a*) une certaine interprétation du dol qui comprendrait la connaissance ou la prévision des conséquences de l'action; *b*) que le processus de rédaction de la Convention de 1948 n'offre pas de soutien clair quant à l'interprétation de l'intention comme intention spéciale; et *c*) les implications du processus et des pratiques de l'interprétation basée sur la connaissance qui permet d'élargir les éventuels responsables de commission de génocide. Cependant, nous avons tenté de montrer que l'interprétation basée sur l'intention spéciale est plus appropriée étant donné qu'elle semble mieux s'ajuster à la volonté des législateurs de la Convention de 1948, ses conséquences pratiques sont raisonnables et ses difficultés de preuve ne sont pas tellement exigeantes par rapport à celles que prêche la théorie de la «connaissance».

Mots clés: intention, génocide.