

EL DELITO DE GENOCIDIO: DESARROLLO TEÓRICO Y NORMATIVO EN EL DERECHO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL. A PROPÓSITO DEL CASO DE SREBRENICA

Francisco Jiménez Solano¹

Fecha de recepción: 08 de febrero de 2024

Fecha de aprobación: 19 de septiembre de 2024

RESUMEN: Este artículo busca analizar el delito de genocidio, iniciando por un repaso general sobre su desarrollo histórico y dogmático, sus modalidades de comisión y el ámbito de protección de una especie delictiva especialmente compleja. Posteriormente, se examina la regulación sobre el genocidio, contenida en el Código Penal costarricense, y se contrasta con las disposiciones internacionales, determinándose que la figura nacional es deficiente en su formulación, incoherente con el resto del ordenamiento jurídico en su penalidad y, finalmente, inaplicable en un nivel práctico, si se respetan los principios de legalidad y prohibición de analogía. Además, se plantean problemas en cuanto a la responsabilidad del superior de naturaleza culposa y a la responsabilidad por omisión. Se procede entonces a revisar las líneas jurisprudenciales generales trazadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en los casos asociados al genocidio de Srebrenica, con la finalidad de determinar si este desarrollo permite solventar las lagunas existentes en la legislación nacional. Si bien podría utilizarse una figura como la de la Empresa Criminal Conjunta (JCE) para acreditar un dominio común del hecho, solo una reforma legislativa, se concluye, podría solucionar los problemas de tipicidad objetiva y subjetiva existentes, pues ni siquiera en los casos de los crímenes más groseros contra la humanidad, puede negociarse el respeto a

¹ Licenciado en Derecho con énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la misma casa de enseñanza. Defensor público del 2016 al 2022. Abogado litigante en materia penal y asesor en *compliance* penal. Correo electrónico: fjimenezsolano@gmail.com. San José, Costa Rica.

los principios protectores del Derecho Penal, máxime cuando el propio Derecho Internacional ha marcado la pauta sobre cómo debe tipificarse el genocidio.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal Internacional, Código Penal, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, principio de legalidad, genocidio, dogmática penal.

ABSTRACT: This article aims to examine the crime of genocide, starting with a brief review on the historical and dogmatic background, the forms of crime and the scope in which the norm seeks to offer certain level of protection. Afterwards, the article analyzes the criminal Code regulation about genocide, comparing it with International Law. Evidently, the national regulation is deficient, incoherent with the rest of the criminal system regarding the severity of the punishment, and inapplicable, especially considering legality and the prohibition of analogical interpretation of the law. Furthermore, the norm faces problems concerning superior responsibility and fault-based liability. When reviewing the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia legal precedents, regarding the Srebrenica genocide, the investigation concludes that the doctrine developed by the Court cannot solve the flaws of the national regulation on genocide. It is true, however, that certain parts of it can be applied with no major issue, such as the Joint Criminal Enterprise doctrine. Nevertheless, only a proper legal reform can solve the issues presented in this article. Even when facing the most gruesome crimes against humanity, the strict observance of the general principles of Criminal Law cannot be overlooked, especially considering that International Law itself has already drawn clear lines on how to prosecute genocide.

KEYWORDS: International Criminal Law, Penal Code, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, legality, genocide, criminal law.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. Generalidades históricas y dogmáticas sobre el genocidio; 3. El genocidio en el código penal costarricense ; 4. El genocidio de Srebrenica y las sentencias del TPIY; 5. La deficiente regulación costarricense sobre el genocidio y su posible mejora: a modo de conclusión; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Es difícil concebir un acto humano más atroz y reprochable que el crimen de genocidio. Desde lo jurídico, sería lógico que la respuesta del Derecho a semejante conducta sea la más severa que prevea el ordenamiento. Desde lo humano, aquellos colectivos que lo han sufrido de primera mano cargan con un estigma indeleble. Desde la memoria universal, lejos de volver la mirada hacia otro lado, se vuelve imperativo recordar con dolor lo ocurrido, no solo para que el tiempo no erosione la conciencia colectiva, sino para evitar que el cinismo y oportunismo político radical pretenda negarlo. Es imposible decirlo con más contundencia que Eisenhower, quien luego de visitar el campo de concentración de Buchenwald y atestiguar el horror producido por los nazis, advirtió: “Hice la visita deliberadamente, con el fin de estar en posición de ser testigo de estos eventos si, en algún momento, se desarrolla una tendencia de despreciar estos alegatos como simple propaganda”².

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la respuesta de la comunidad internacional fue casi inmediata y la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1948, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. El concepto que allí se acuña ha perdurado en la normativa internacional, de manera que es reiterado, palabra por palabra, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (1993), Ruanda (1994) y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Por alguna razón, sin embargo, el Código Penal costarricense cambia –para mal– la redacción, dificultando su interpretación y eventual aplicación.

El genocidio en Srebrenica en julio de 1995 resultó en la peor masacre ocurrida en Europa desde la Segunda Guerra Mundial (Salas, 2020). Su magnitud ameritó el dictado de múltiples sentencias condenatorias contra los perpetradores materiales, instigadores y autores intelectuales serbobosnios. Este breve ensayo

² Dwight D Eisenhower, *Letter to General of the Army John C. Marshall* (1945). <https://www.eisenhowerlibrary.gov/sites/default/files/research/online-documents/holocaust/1945-04-15-dde-to-marshall.pdf>

pretende contestar el planteamiento de si las sentencias dictadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) en relación con el genocidio de Srebrenica, brindan parámetros de interpretación adecuados para la correcta exégesis del tipo penal de genocidio, tanto por la jurisdicción penal internacional, como por la jurisdicción costarricense, tomando en especial consideración las lagunas que la legislación nacional contiene, como se verá más adelante.

La hipótesis de trabajo, meramente conceptual (no se cuenta – afortunadamente– con casos prácticos a nivel interno para ponerla a prueba) es que, pese al valor histórico y jurídico que tienen las sentencias del TPIY, no eximen la necesidad de realizar una reforma legal al artículo 382 del Código Penal e incluso, de incorporar normas adicionales para perseguir la responsabilidad del superior, la conspiración y otras figuras de participación.

El objetivo general de este texto académico es analizar los fundamentos y el desarrollo doctrinario y normativo del delito de genocidio, tanto a nivel nacional como internacional, con especial énfasis en el desarrollo plasmado en la jurisprudencia del TPIY. Para satisfacerlo, resulta indispensable examinar las generalidades dogmáticas del genocidio, comparar la normativa internacional con la contenida en el Código Penal, analizar los antecedentes y el contexto de creación del TPIY y definir algunos parámetros generales que pueden extraerse de las sentencias del TPIY en relación con el genocidio de Srebrenica. Finalmente, se brinda el criterio del autor sobre algunos supuestos que presentan dificultades de aplicación para el derecho interno.

Estas pretensiones se abordan desde un enfoque teórico y cualitativo, utilizando la revisión de fuentes bibliográficas sobre el tema, sin abandonar el necesario análisis crítico que merece una figura penal de la trascendencia del genocidio. No debe obviarse, en ese sentido, que buena parte de la coherencia de un sistema penal, depende de la seriedad y calidad técnica con la que se tipifican y castigan las conductas más graves y reprochables.

2. GENERALIDADES HISTÓRICAS Y DOGMÁTICAS SOBRE EL GENOCIDIO

El concepto de genocidio no está expresamente plasmado en el Acuerdo de Londres para el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en 1945, pero es en este instrumento donde se ubica su primer esbozo dogmático (Ávila, 2006, 89), aunque el concepto había sido acuñado por Lemkin en 1944 (Ávila, 2006, 90). Pese a la trascendencia histórica del genocidio cometido contra la población judía por la Alemania nazi, en los Juicios de Nuremberg el genocidio no tuvo un papel preponderante y no fue considerado como tal, sino como crimen de guerra y crimen contra la humanidad (Werle y Burghardt, 2013, 254).

En diciembre de 1948, mediante acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se crea la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, el primer instrumento internacional en hacer referencia directa al concepto y perseguir su comisión. La definición contenida en el artículo 2 reza:

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:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.³

La Convención no estipulaba pena alguna, dejando a discreción de los Estados firmantes la determinación en cuanto a la clase y *quantum* del castigo. Es hasta casi cincuenta años después que, con la creación del Tribunal Penal

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Resolución No. 260 del 9 de diciembre de 1948) <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-prevention-and-punishment-crime-genocide>

Internacional para la ex Yugoslavia, se crea el primer tribunal internacional competente para la persecución del genocidio (Werle, 2011, 409).

La regulación contemplada desde 1948, como se verá más adelante con detalle, fue reproducida integralmente por el Estatuto del TPIY, por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Werle, 2011, 411), que es el instrumento internacional con una jurisdicción y competencia más amplia (aunque no universal) de los mencionados.

Una de las primeras características constatables de la definición del crimen de genocidio, es que no se trata de un tipo penal *per se* (Salas, 2020, 146). Hace referencia, en su formulación, a actos que ya de por sí son considerados delictivos, pero con una finalidad ulterior que trasciende la protección básica de los tipos base. Ese elemento evidencia una característica clásica del Derecho Penal Internacional: la doble naturaleza, individual y colectiva, de los bienes jurídicos tutelados (Olásolo, 2016, 102-03). Esta doble tutela implica que hay una protección hacia los bienes jurídicos individuales (como la vida, la integridad física y la dignidad humana). Sin embargo, el elemento diferenciador del genocidio, radica en la protección del bien colectivo, sea el derecho a la existencia o supervivencia de los grupos tutelados (Werle, 2011, 412).

Sobre este derecho a la existencia, el TPIY ha sostenido que el tipo penal protege solo la existencia física (entre otros, *Prosecutor v. Krstic* 2004, prg 25), noción que ha sido criticada (Werle, 2011, 412) por cuanto puede considerarse que un ataque sistemático contra la identidad del grupo implica *de facto* su exterminio. Se debe concordar con esta crítica, en especial porque cuando se le da lectura al inciso e) del artículo 2 de la Convención, puede derivarse un fundamento axiológico detrás del reproche en el traslado por la fuerza de los niños a otro grupo, con la finalidad de suprimir una formación identitaria en edades tempranas. Además, es difícil imaginar una intención genocida que no venga aparejada al deseo de ejercer, a través del poder, un exterminio sobre la identidad social y cultural de un colectivo,

pues el odio que alimenta el genocidio se explica a partir de marcadas diferencias étnicas, raciales, religiosas o nacionales.

En cuanto a la determinación de las características del grupo, no basta una calificación enteramente subjetiva de estos caracteres, pero tampoco debe recurrirse exclusivamente a una determinación objetiva, debiendo asumirse un análisis en cada caso tanto de las percepciones a lo interno como a lo externo del grupo (Werle, 2011, 418). Sin embargo, lo que sí resulta necesario es que se trate de grupos estables, sin que puedan incluirse grupos de personas con asociación voluntaria o sucedánea (Salas, 2020, 160), como los grupos políticos o culturales (Roberge, 1997, 707).

Otra característica general del genocidio es que, pese a tratarse de un delito de efectos permanentes, la descripción típica puede satisfacerse sin que sea necesaria una habitualidad de los actos o una extensión de estos en el tiempo (Salas, 2020, 170). Ciertamente, es factible pensar en actos de violencia sistemática que permitan llevar a cabo un genocidio en instantes.

En cuanto al elemento subjetivo, doctrinariamente se ha atribuido un doble dolo al genocidio: un dolo común, que implica el conocimiento y voluntad de las acciones *puente* (muerte, lesiones, sometimiento a condiciones que conllevan la destrucción parcial o total, impedimento de la reproducción, traslado forzoso), y un dolo específico, que radica en la intención de destruir parcial o totalmente al grupo (Salas, 2020, 161). La víctima en primera instancia es, entonces, despersonalizada, y se convierte en un vehículo para alcanzar el fin ulterior. Otra forma de verlo, entendida más desde la concepción propia del *common law*, es que esa intención delictiva específica es el requisito del estado mental del autor: el *mens rea* (Roberge, 1997, 707).

De allí que el énfasis del genocidio no está en la cantidad de víctimas o en la multiplicidad de actos, sino en la intención con la que estos son llevados a cabo. El acto de matar a una persona con la intención de destruir un grupo humano puede

constituir genocidio, pero no así el homicidio de mil sin ese propósito (Roberge, 1997, 707-708).

Pese a que, de acuerdo con la doctrina alemana (Ambos, 2005, 122), parece bastar el dolo eventual, al menos a título de autoría (excluyendo la responsabilidad del superior) debe entenderse la exigencia de un dolo directo (Salas, 2020, 163). En el caso de la responsabilidad, el superior, contemplado en el artículo 7.3 del Estatuto del TPIY y en el artículo 28 del Estatuto de Roma, se establece un supuesto de responsabilidad por omisión, que puede ser incluso culposa (en el sentido de que el superior *debía saber*).

En cuanto a la participación, el artículo 25 del Estatuto de Roma contempla, dentro de los supuestos de responsabilidad individual, la autoría, la instigación, la complicidad y la contribución intencional. Para Werle (2011, 445), las reglas de la teoría de la empresa criminal conjunta utilizada por el TPIY (*Joint Criminal Enterprise*) no son trasladables al modelo de intervención contemplado en el artículo 25, que permite solo la imputación de aportes objetivos al hecho, pero no así de los elementos subjetivos. Ello sí se permite, para el autor, en la instigación y complicidad, así como en la contribución intencional.

No se concuerda con esta crítica de Werle. El artículo 30 del Estatuto de Roma contempla la necesidad de que el autor tenga conocimiento de que participa en un plan genocida y no solo en un hecho aislado (Ambos, 2005, 401). Pero no es necesario que el autor conozca todos los detalles del plan y de su ejecución, pues si comparte la intención y brinda un aporte esencial (Ambos, 2007, 43), ello podría ser suficiente para su imputación como coautor. Donde podría haber conflicto es entre esta teoría y la clásica responsabilidad del superior, pues puede ocurrir un supuesto en el que el superior, al mismo tiempo, participe activamente en la empresa criminal y omita intervenir en la ejecución de los crímenes cometidos en el marco de la empresa (Ambos, 2007, 72). Por ende, sería conveniente la definición normativa de supuestos que permitan diferenciar ambos, principalmente para evitar fundamentaciones contradictorias de los Tribunales al atribuir responsabilidad al

superior (como ocurrió en *Prosecutor v. Krstic*, 2001 y *Prosecutor v. Krstic Appeals Chamber*, 2004).

Finalmente, y a modo de síntesis, valga señalar que la definición de genocidio contemplada en la Convención (y en los estatutos posteriores, incluyendo el vigente Estatuto de Roma), contempla tres elementos fundamentales: 1) la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, 2) la intención de destruir ese grupo total o parcialmente (*mens rea*), 3) a través de los actos prohibidos estipulados en el tipo (*actus reus*) (Roberge, 1997, 707). Cada uno de estos elementos deberá analizarse con las generalidades aquí señaladas pero, además, con particularidades concernientes a la teoría del delito aplicable, a supuestos concursales y de *iter criminis*, entre otras consideraciones relevantes que, por cuestiones de espacio, es imposible abarcar en este texto, pero que resultan indispensables para una correcta valoración de la conducta en examen.

3. EL GENOCIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE

El artículo 382 del Código Penal tipifica el genocidio de la siguiente manera:

Artículo 382.-Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien:

- 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 4) Trasladare, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos.⁴

⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código Penal: Ley No. 4573 (1971), art 382. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

En el análisis de este tipo penal, deben compartirse las críticas que hace Salas (2020, 174-78), y que pueden resumirse en cinco observaciones puntuales:

- 1) A diferencia de la normativa internacional del artículo 2 de la Convención, el artículo 4 del Estatuto del TPIY y el 6 del Estatuto de la CPI, en las que el propósito específico es la destrucción parcial o total del grupo, en el numeral 382, por mala técnica legislativa, se pone énfasis en el propósito homicida, con lo que este pasa a ser ya no una acción prohibida, sino el dolo específico;
- 2) *Contrario sensu*, el dolo específico de la destrucción total o parcial pasa a ser la acción. Esto genera que, para el artículo 382, es necesario que se destruya total o parcialmente el grupo, prevaleciendo un propósito homicida que, aunque no se satisfaga, debe estar presente;
- 3) Dentro de los grupos tutelados se incluye a los grupos políticos, que se encuentran excluidos en la regulación internacional;
- 4) El resto de acciones materiales para alcanzar el genocidio pasan a tener una naturaleza subordinada, lo que implica que aun en su concurso, debe mediar el propósito homicida. Se abona a esta crítica que ni siquiera sería necesaria la intención de destruir total o parcialmente el grupo siempre que medie una de las cuatro variables, siempre que exista esa intención homicida, lo que vuelve inaplicable la figura clásica de genocidio; y
- 5) Concursalmente, los delitos que puedan coexistir con el genocidio no están disvalorados en el tipo penal, por lo que se hablaría de un concurso ideal.

A los oportunos apuntes de Salas, deben agregarse algunas consideraciones de interés que surgen de la lectura del artículo. Lo primero es que, como una muestra de la poca coherencia en el Código Penal, el genocidio, que en el marco del Derecho Penal Internacional se considera uno de los crímenes más inhumanos y reprochables, tiene una pena de prisión de diez a veinticinco años, mientras que otras delincuencias en el ordenamiento nacional como el secuestro extorsivo (artículo 215) tiene penas de hasta cincuenta años de prisión. El homicidio calificado

(artículo 112) tiene una pena de hasta treinta y cinco años. Excluyendo la posibilidad de prisión perpetua que contempla el artículo 77 del Estatuto de la CPI (por imperativo constitucional), tal incoherencia debería suscitar una discusión sobre la convencionalidad y constitucionalidad de una pena superior a los treinta años de prisión para cualquier delito, especialmente aquel que no sea de trascendencia internacional (como se señala en el voto salvado del magistrado Cruz Castro y las magistradas Hernández López y Garro Vargas, dentro de la resolución 19582-2015 de Sala Constitucional).

Por otro lado, resulta evidente que la redacción del artículo 382 impide su aplicación (que no ha sido necesaria en Costa Rica, afortunadamente, hasta el momento). La posibilidad de solventar las contradicciones y antinomias de esta norma con el Derecho Penal Internacional se abordará más adelante. Pero debe indicarse que la norma tampoco se encuentra acompañada de otros supuestos que sí se contemplan en la Convención contra el Genocidio y en los Estatutos mencionados, como la responsabilidad del superior y la posibilidad de perseguir la conspiración para cometer genocidio. Ello genera más problemas interpretativos y de aplicación. Tómese en cuenta que el artículo 7 del Código Penal indica: “Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y la nacionalidad del autor, se penará, **conforme a la ley costarricense**, a quienes cometan actos de piratería, terrorismo o su financiamiento, o actos de genocidio...”⁵

Cierto es que el Estatuto de Roma ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa, y que en este el Estado costarricense asume obligaciones para prevenir y sancionar el genocidio (Nieto-Navia, 2010, 26), pero ¿qué ocurre con casos de genocidio que escapen a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y que, por la naturaleza imprescriptible del genocidio, aun podrían teóricamente ser perseguidos

⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código Penal: Ley No. 4573 (1971), art 7. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

en territorio nacional? ¿Cómo se compagina lo indicado en el numeral 7 con el principio de soberanía y con la prohibición de analogía *in malam partem*?

En tesis de principio, tendría que recurrirse al propio Código Penal, para solventar los problemas apuntados. Siendo que el tipo del artículo 382 no contempla la omisión propia, solo podría recurrirse a la omisión impropia del artículo 18 en casos en los que exista un deber jurídico de evitar el resultado, pero no es factible aplicar la responsabilidad del superior que puede ser culposa.

En cuanto a iniciativas legislativas para modificar el artículo 382, es relevante destacar el proyecto No. 20.187, denominado “*Modificación del Código Penal, Ley No. 4573, para la implementación de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluidas las enmiendas de Kampala*”, presentado el 6 de diciembre de 2016 por el entonces diputado Ronny Monge Salas. Dicho proyecto incluye una reforma al artículo 382:

Artículo 385.- Genocidio.

Se impondrá prisión de veinticinco a cuarenta años a quien, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, etnia o creencia religiosa o política, perpetre cualquiera de los actos mencionados a continuación:

- 1.- Dar muerte a los miembros del grupo;
- 2.- Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 3.- Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 4.- Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 5.- Trasladare, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos;
- 6.- Haga instigación directa y pública para la comisión del crimen de genocidio.

Para todos los crímenes contemplados en este título, el juez podrá aplicar. Además de la pena de prisión, el decomiso del producto, los

bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.⁶

Se presume que la referencia al artículo 385 es un error material que debería haberse resuelto en el trámite legislativo, pues el artículo que castiga el delito de genocidio en el Código Penal es el 382. Al margen de esta observación formal, el proyecto en cuestión resolvía la principal crítica planteada en este artículo y apuntada originalmente por Salas (2016): se suprimía la mención de un propósito homicida, pasando este a ser uno de los modos de comisión del genocidio, y se ponía énfasis en la intención de destruir parcial o totalmente a un grupo de seres humanos, aunque continuaba manteniéndose en los grupos tutelados a los grupos políticos, excluidos de la regulación internacional.

También se aumentaba la pena, que actualmente es de diez a veinticinco años, a un rango de veinticinco a cuarenta años, lo que evidenciaba un interés por posicionarlo como uno de los delitos más severamente castigados en la ley costarricense. Pese a ello, no sería el delito con la pena más alta, como se dijo líneas arriba. Aunque se sostiene el cuestionamiento sobre la convencionalidad y constitucionalidad de una pena superior a treinta años de prisión (por el parámetro fijado a partir del Estatuto de la CPI), debe decirse con claridad y franqueza que, si hay un grupo de delitos que deben sancionarse en un Estado Democrático con las penas más severas, son aquellos de la entidad del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. De allí que el conflicto lógico en la cuantificación de las penas no se resuelva simplemente aumentando su *quantum*, sino revisando la totalidad de las penas de todos los delitos contemplados en la legislación, con el propósito de ajustar la penalidad a la coherencia del sistema.

Valga decir, finalmente, que el proyecto citado tampoco resolvía los problemas planteados sobre responsabilidad individual y responsabilidad del superior. En todo caso, la iniciativa fue archivada el 16 de diciembre de 2020, por

⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código Penal: Ley No. 4573 (1971), art 382. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

vencimiento cuatrienal del plazo de presentación, pese a contar con dictamen afirmativo de la comisión respectiva. Por ende, las críticas apuntadas en este artículo continúan siendo de relevancia.

4. EL GENOCIDIO DE SREBRENICA Y LAS SENTENCIAS DEL TPIY

Como ya se ha señalado, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se creó mediante Estatuto aprobado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993, creado con competencia material, territorial y temporal para conocer las violaciones al Derecho Internacional Humanitario ocurridas a partir de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia (artículo 1). Desde tiempo antes, la comunidad internacional, a través de información difundida por la prensa estadounidense y europea, comprendió el alcance de los hechos que ocurrían en territorio bosnio (Odio, 1996, 139).

En ese momento resultó fundamental la creación de un tribunal *ad hoc* para la persecución de los delitos de trascendencia internacional (en ausencia de la Corte Penal Internacional), en especial cuando se consideraban los discursos de purificación étnica (Odio, 1996, 153) que recordaban los fantasmas de la Segunda Guerra Mundial.

Lo ocurrido en Srebrenica no puede resumirse en breve⁷, pues es fruto de conflictos étnicos que llevaban décadas gestándose en la antigua Yugoslavia. Amerita decirse, sin embargo, que los hechos concernientes al genocidio ocurrieron específicamente entre el 12 y 16 de julio de 1995, luego de varios días de ofensiva militar de la República Srpska contra territorio bosnio musulmán (Salas, 2020, 180). Al menos 8372 hombres musulmanes bosnios fueron asesinados con el propósito de erradicar la presencia musulmana en el territorio. Srebrenica era de importancia

⁷ Algunas fuentes que el lector puede consultar para tener una mejor comprensión del contexto y desarrollo histórico del genocidio de Srebrenica, son, entre otras, los esfuerzos informativos del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (IRMCT), con información audiovisual valiosa de la situación bosnia, la planificación y el ataque militar, las víctimas, los perpetradores y demás información de suma relevancia, disponible en el sitio web: <https://www.irmct.org/specials/srebrenica/timeline/en/story>. Una versión más resumida del conflicto puede ubicarse en el sitio web *Remembering Srebrenica*, en la dirección <https://srebrenica.org.uk/what-happened/history/happened-srebrenica>.

estratégica para los serbobosnios, y la presencia musulmana impedía reclamar el territorio como propio (*Prosecutor v. Ratko Mladić*, 2017, prg. 3554).

El TPIY acusó a más de veinte personas por el genocidio en Srebrenica (Salas 2020, 181). Dentro de las sentencias condenatorias más relevantes se encuentran las de Ratko Mladić a prisión perpetua (*Prosecutor v. Ratko Mladić*, 2017), Radovan Karadžić a cuarenta años de prisión, posteriormente modificados a prisión perpetua (*Prosecutor v. Radovan Karadžić*, 2016), Vujadin Popović a prisión perpetua (*Prosecutor v. Vujadin Popović*, 2010), Vidoje Blagojević a quince años de prisión (*Prosecutor v. Vidoje Blagojević*, 2005 y *Prosecutor v. Vidoje Blagojević*, 2007 –cámara de apelaciones–) y Radislav Krstić a treinta y cinco años de prisión (*Prosecutor v. Radislav Krstić*, 2001 y *Prosecutor v. Radislav Krstić*, 2004 –cámara de apelaciones–). Cabe destacar que las sentencias se vieron limitadas por lo indicado en el artículo 24 del Estatuto del TPIY, que impone penas de prisión perpetua en los supuestos en los que, dentro de la jurisdicción de la antigua Yugoslavia, los imputados habrían recibido la pena de muerte, lo que integra un compromiso internacional de abolir progresivamente la pena de muerte (Rojas, 2011, 750).

Las sentencias del TPIY, al igual que las del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), marcaron un hito en la lucha contra el genocidio, no solo por ser las primeras que acreditaron la persecución por parte de una jurisdicción internacional de este delito, sino por su contribución al desarrollo dogmático de la figura. Sin embargo, no puede omitirse indicar que su creación ha sido objeto de críticas, primordialmente por violación al principio de irretroactividad a partir de la creación de tribunales especiales (Ambos, 2010, 238), lo que implica por sí una violación a un Derecho Fundamental. Asimismo, se han planteado objeciones en cuanto al funcionamiento de tribunales especiales y del juzgamiento de crímenes internacionales solo cuando se ha reducido el costo político de perseguirlos y en Estados débiles o fallidos, reconociéndose que existe una deuda del Derecho Penal Internacional en la persecución de conductas lesivas de los Derechos Humanos en

países más poderosos y reproduciendo, en alguna medida, las desigualdades intrínsecas al sistema penal (Werle y Burghardt, 2013, 259).

Pese a lo anterior, también es justo y necesario reconocer que la puesta en funcionamiento del TPIY permitió, años después, la consolidación del proyecto que se convirtió en la Corte Penal Internacional (Werle y Burghardt, 2013, 262) que, a su vez, ha permitido dejar atrás la figura de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. Asimismo, por la propia naturaleza del Derecho Penal Internacional, también es cierto que la elaboración dogmática de esta rama jurídica ha dependido de los casos prácticos y ha avanzado solo en la medida en la que ha sido necesaria una respuesta a crímenes internacionales (Ambos, 2005, 499). Sin el desarrollo hecho por el TPIY sería difícil esbozar parámetros de aplicación para los delitos como el genocidio.

Entre los aportes de la jurisprudencia del TPIY se encuentran el desarrollo de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de genocidio: los actos prohibidos o *actus reus* señalados en el artículo 4.2 del Estatuto del TPIY, con especial referencia a que el daño corporal o mental debe ser de tal entidad como para contribuir a la destrucción del grupo (*Prosecutor v. Ratko Mladić*, 2017, prg. 3434), mientras que en el caso de actos que provoquen la destrucción paulatina del grupo se menciona la eliminación de servicios adecuados de vivienda, vestimenta, higiene o trabajos forzados.

En cuanto al dolo específico o el *mens rea*, se limita, como se dijo anteriormente, el concepto de destrucción a la exterminación física o biológica del grupo (Ibid, prg. 3435). Asimismo, en cuanto al grupo se especifica la necesidad de que este sea definido “positivamente” y que tenga características únicas y distinguibles (Ibid, prg. 3436), mientras que la destrucción parcial debe recaer sobre una parte sustancial del grupo, de manera que tenga el potencial de afectar al grupo en su totalidad; para ello será relevante determinar el número relativo de víctimas sobre el número absoluto del grupo, y el área sobre el cual recae la actividad de los perpetradores (Ibid, prg. 3437).

Como se indicó líneas atrás, en el caso *Prosecutor v. Radislav Krstić* (2001) se desarrolló el concepto de *Joint Criminal Enterprise* o empresa criminal conjunta (JCE) —el cual ya se había utilizado en el procesamiento de Dusko Tadic, ajeno a la masacre de Srebrenica—, el que quizá es el aporte más relevante dentro de la imputación subjetiva del delito de genocidio. Utilizando ese criterio, se condenó a Krstić como autor de genocidio, pese a no concebir el plan ni haber ejecutado materialmente los actos (Ibid, prg. 644) a partir de su rol como “hombre de atrás”, en la coordinación de los asesinatos. También se esboza una suerte de coautoría sucesiva en el razonamiento del TPIY al indicarse que, una vez informado sobre los asesinatos sistemáticos, compartió la intención genocida (Ibid, prg. 633).

La Cámara de Apelaciones, sin embargo, revirtió esta decisión (*Prosecutor v. Radislav Krstić*, 2004), al observar contradicciones en el fundamento brindado por el Tribunal de primera instancia, indicando que “*la condena por genocidio solo puede alcanzarse cuando la intención ha sido inequívocamente establecida*” y que “*existe un fallo demostrable en el fallo de instancia al proporcionar prueba adecuada de que Radislav Krstić poseyó la intención genocida*”⁸ (Ibid, prg. 134). El *ad quem* no desdeña la aplicación de la JCE, pero sí advierte que su aplicación no exime al tribunal de la comprobación del dolo específico, y que este no puede presumirse en el superior. En consecuencia, se corrige el fallo y se cambia el criterio de autoría y participación, pasando el imputado de ser un autor a ser un colaborador y encubridor (Ibid, prg. 138), reduciendo su sentencia.

De la misma forma, en el caso de Vidoje Blagojević, la Cámara de Apelaciones (*Prosecutor v. Vidoje Blagojević*, 2007) reconoce que esa intención homicida puede derivarse de otros actos sistemáticamente dirigidos al grupo (Ibid, prg. 123); sin embargo, se desautoriza el razonamiento de primera instancia de que el solo conocimiento de estos eventos, sin valorarlos en conjunto con el carácter oportunista de los asesinatos, pudiese ser suficiente para construir una base fáctica

⁸ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Appeals Chamber (April 19, 2004), 134. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,414810384.html>

que permitiese derivar el dolo específico en el caso del imputado (Ibid, prg. 142). Así, cambia la condena de Blagojević de complicidad en el genocidio a colaboración y encubrimiento de crímenes contra la humanidad.

En el caso de *Prosecutor v. Radovan Karadžić* (2016), el TPIY encuentra al imputado responsable tanto sobre la base del artículo 7.1 (responsabilidad individual) a partir de su participación en la JCE, como por responsabilidad del superior previa a su conocimiento y concurso a la intención genocida. Ese reconocimiento posterior del dolo específico compartido por la JCE, implica que el TPIY se decanta por sentar la responsabilidad penal sobre ese supuesto, por encima del supuesto omisivo del artículo 7.3 de la Convención.

5. LA DEFICIENTE REGULACIÓN COSTARRICENSE SOBRE EL GENOCIDIO Y SU POSIBLE MEJORA: A MODO DE CONCLUSIÓN

Costa Rica posee una larga tradición de respeto al Derecho Internacional, visible en su constante compromiso con Tratados y Convenciones que implican responsabilidades estatales hacia la comunidad de países. Desde lo programático, sin embargo, en una regulación tan elemental como la del delito de genocidio, la deficiente formulación legislativa podría implicar (en un escenario, se espera, meramente teórico) la impunidad de los perpetradores de tan atroz crimen.

La jurisprudencia del TPIY provee algunos criterios orientadores para la aplicación del delito de genocidio, pero su desarrollo ha estado ceñido a los principios y garantías como el de *lex stricta*, que se evidencia cuando se afirma que, en virtud de la gravedad del crimen, igual de severo debe ser el requerimiento sobre los elementos subjetivos y objetivos del tipo (*Prosecutor v. Radislav Krstić*, 2004, prg. 134). Ello no ha significado, sin embargo, que el TPIY no haya innovado en elementos sobre la responsabilidad del genocidio, como se evidencia con la figura de la empresa criminal conjunta. Pero este desarrollo obedece más a reconocer la naturaleza estructurada y compleja del genocidio, y no se considera que riña ni siquiera con el desarrollo ulterior plasmado en el Estatuto de Roma, siempre que se

utilice un criterio diferenciador claro entre esta responsabilidad y la eventual responsabilidad por omisión (dolosa o culposa) del superior.

Sería tentador, visto que no se trata de una delincuencia cualquiera, procurar solventar las lagunas y antinomias provocadas por el artículo 382 del Código Penal, a partir de lo estipulado tanto en el Estatuto de Roma, como en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y en la propia jurisprudencia del TPIY. En cuanto a la aplicación de la JCE en crímenes de esta magnitud, no hay mayor problema. Esta interpretación no parece reñir ni con los artículos 45 a 49 del Código Penal, ni con lo ya admitido por la jurisprudencia nacional, que ha utilizado la teoría del dominio del hecho por aparatos de poder (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, No. 1749-2013).

Donde existe un conflicto que se considera insalvable, y que permite contestar negativamente el planteamiento del problema originalmente advertido en la introducción de este ensayo, es en la misma definición de la tipicidad objetiva y subjetiva del artículo 382 del Código Penal. Pese a que Costa Rica sea signatario del Estatuto de Roma, los elementos allí contenidos para definir el tipo penal (artículo 6), la responsabilidad individual (artículo 25), y la responsabilidad del superior (artículo 28) implicarían una integración analógica contraria no solo al artículo 7 del Código de rito, sino del propio numeral 39 de la Constitución Política.

No se trata de simples vacíos normativos que vengán a rellenarse con la normativa y jurisprudencia internacional. Es abiertamente una antinomia que exigiría desaplicar el artículo 382 en preferencia del artículo 6 del Estatuto de Roma. Por más loable que fuese el propósito (evitar la impunidad de un criminal internacional), no podría olvidarse la propia advertencia del TPIY, que en realidad es una consigna de todo sistema penal democrático: entre más grave el delito, tanto más necesaria es su aplicación estricta; la flexibilización de los principios y garantías como la legalidad y taxatividad, generan la apertura de serias grietas en el Estado de Derecho. Su justificación puede estar axiológicamente validada al inicio, pero abierta la posibilidad sería incontenible para futuros conflictos como el aquí

apuntado (quizá de menor entidad, como la responsabilidad del crimen organizado, la delincuencia común o la responsabilidad de las personas jurídicas, entre otros temas de relevancia actual).

Semejante solución es, además, innecesaria. La propia tradición de respeto al Derecho Internacional que posee Costa Rica debería ser suficiente para reformar, a la brevedad, el artículo en cuestión. Bastaría con derogar el actual numeral 382 e incorporar la estructura ya fijada en la normativa internacional. Sobre la ampliación a grupos cultural, política o socialmente relevantes, sería también necesaria una discusión. De igual forma, sería necesario definir bajo qué título atribuir la responsabilidad por omisión por parte del superior, si esta fuese a título de culpa o de dolo, y si la colaboración y encubrimiento para cometer genocidio se regulasen en una figura aparte. También puede, en esa coyuntura, discutirse si se incorpora la figura de la conspiración para cometer genocidio, que actualmente no está tipificada en el Código Penal y que genera otro escenario de potencial impunidad.

Si algunos autores han reconocido dentro del propio Derecho Penal Internacional la necesidad de un mayor esfuerzo de codificación aun luego del Estatuto de la CPI (Ambos, 2010, 239), para evitar interpretaciones demasiado abiertas de la jurisdicción internacional, la solución a lo interno no podría pasar por acudir a malabarismos interpretativos y analogías con buenas intenciones y peligroso método. Un problema como el que aquí se plantea, que parece siempre tan ajeno a las latitudes del país, merece ser solventado con apego estricto al derecho interno pero, sobre todo, con un respeto por el Derecho Internacional que vaya más allá del mero compromiso simbólico. Se trata de una lección para asumir, con responsabilidad, la obligación de trabajar en un sistema penal sistemáticamente coherente con sus principios, en lugar de acudir a los típicos remedios de emergencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Ambos, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung.

2005.https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f4603bd4-380b-c567-8f84-6748551729a9&groupId=252038

Ambos, Kai. "Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19, (2007): 39-78.http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-2/joint_criminal.pdf

Ambos, Kai. "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional". *Política criminal* 5, No 9, (Julio, 2010): 237-56.
http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf.

Ávila, Sandra. "Desarrollo Jurídico del Genocidio". En Akayesu: el primer juicio internacional por genocidio. Coordinado por Rafael Prieto Sanjuán. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29780.pdf>

Nieto-Navia, Rafael. "Responsabilidad internacional del Estado por genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Srebrenica". *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 16, (enero-junio, 2010): 17-44.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420041002>

Odio Benito, Elizabeth. "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Justicia Para la Paz-". *Revista IIDH* 24, (julio-diciembre, 1996): 133-55.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06843-4.pdf>

Olásolo, Héctor. "Los fines del Derecho Internacional Penal", *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 29, (julio-diciembre, 2016): 93-146.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n29/1692-8156-ilrldi-29-00093.pdf>

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 De

Genocidio.” *Revista Internacional de la Cruz Roja* 22, 144, (1997): 695–710.
https://www.cambridge.org/core/journals/revista-internacional-de-la-cruz-roja/article/abs/jurisdiccion-de-los-tribunales-ad-hoc-para-ex-yugoslavia-y-ruanda-por-lo-que-respecta-a-los-crimen-es-de-lesa-humanidad-y-de-genocidio/17B1A78057559A8BF12864B12260F847?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=copy_link&utm_source=bookmark

Rojas, Ivonne. “Análisis del caso Tadic en lo relativo a la proporcionalidad de la pena que se le impuso”. En: *Entre libertad y castigo, dilemas del Estado contemporáneo*. Coordinado por Fernando Campos Domínguez, David Cienfuegos Salgado y José Zaragoza Huerta. México: UNAM, (2011): 743-55. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12010>

Salas Porras, Ricardo. *Derecho Penal Especial. Tomo II*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2020.

Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

Werle, Gerhard; Burghardt, Boris. “El futuro del Derecho penal internacional”. *Revista penal* 31, (2013): 247-61. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/320187>

Normativa

Asamblea General de las Naciones Unidas. “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Resolución No. 260 del 9 de diciembre de 1948”. 1948. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-prevention-and-punishment-crime-genocide>

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Código Penal: Ley No. 4573”. 1971. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Expediente Legislativo 20.187. Modificación del Código Penal, Ley No. 4573, para la implementación de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluidas las enmiendas de Kampala". 2016.
http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. "Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Resolución No. 827, 25 de mayo de 1993". 1993.
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/statute-international-tribunal-prosecution-persons-responsible>

Naciones Unidas. "Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998". 1998.
[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Pronunciamientos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. "Prosecutor v. Radislav Krstić. Case No. IT-98-33-T, August 2, 2001". 2001.
<https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. "Prosecutor v. Radislav Krstić. Case No. IT-98-33-T, Appeals Chamber April 19, 2004". 2004.
<https://www.refworld.org/cases,ICTY,414810384.html>

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. "Prosecutor v. Vidoje Blagojević. Case No. IT-02-60-T, January 17, 2005". 2005.
https://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/en/bla-050117e.pdf.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. "Prosecutor v. Vidoje Blagojević. Case No. IT-02-60-T, Appeals Chamber May 9, 2007". 2007.
<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac10ac2.html>.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia “Prosecutor v. Vujadin Popović. Case No. IT-05-88-T, June 10, 2010”. 2010.
<https://www.refworld.org/cases,ICTY,4c1f69fe2.html>.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. “Prosecutor v. Radovan Karadžić. Case No. IT-95-5/18-T, March 24, 2016”. 2016.
https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. “Prosecutor v. Ratko Mladić. Case No. IT-09-92-T, November 22, 2017”. 2017.
<https://www.refworld.org/cases,ICTY,414810384.html>

Jurisprudencia nacional

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. “Voto No. 1749 de las 09:40 horas del 9 de agosto de 2013”. 2013.
<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-582556>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto No. 19582 de las 09:00 horas del 16 de diciembre de 2015”. 2015. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-686991>

Otros recursos

Eisenhower, Dwight D. “*Letter to General of the Army John C. Marshall*”. 1945, accedido el 20 de junio de 2023.
<https://www.eisenhowerlibrary.gov/sites/default/files/research/online-documents/holocaust/1945-04-15-dde-to-marshall.pdf>