

39

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

S PROVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2017

39

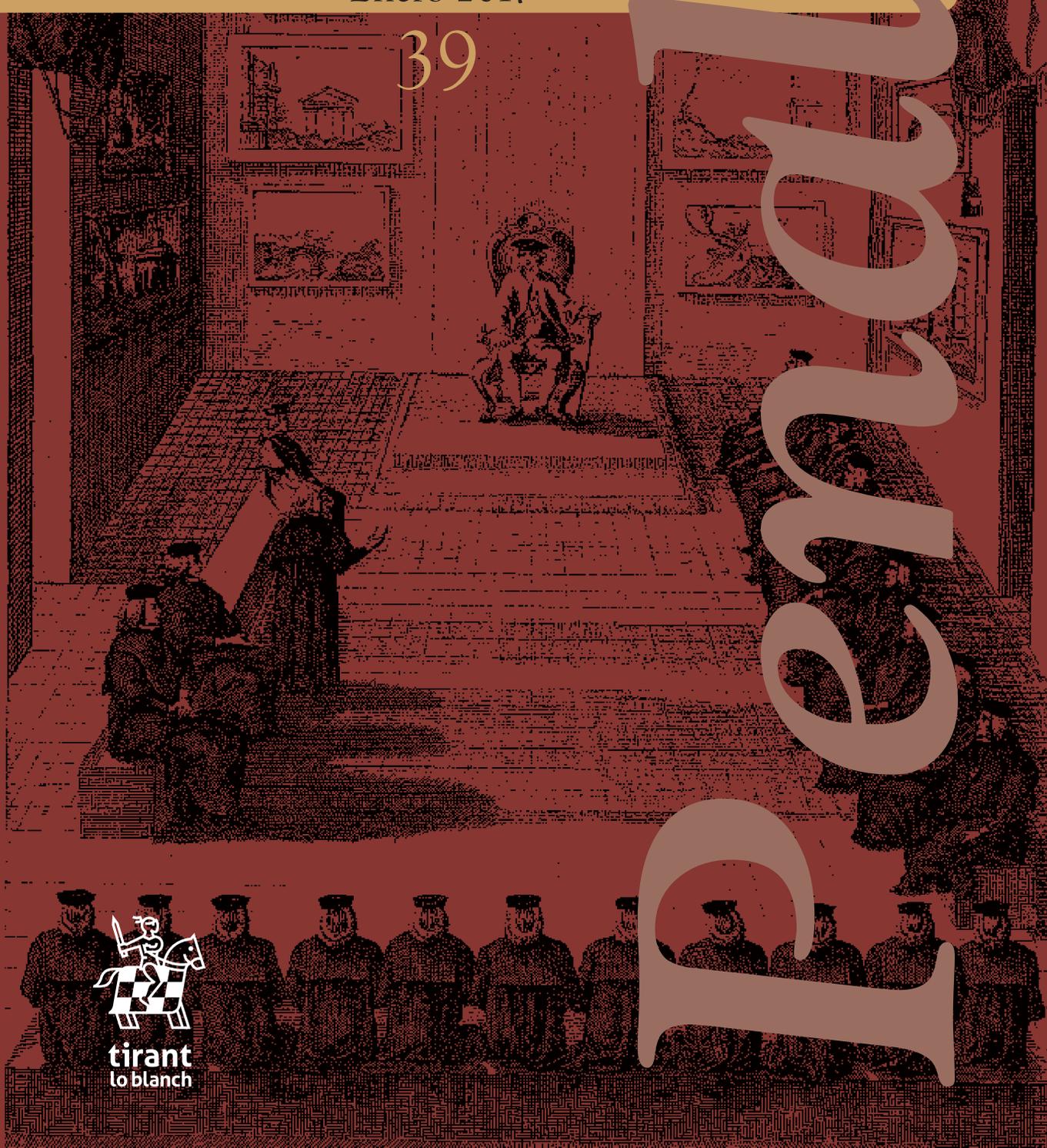
Revista Penal

# Penal

Enero 2017



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 39

## Sumario

---

### Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* ..... 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* ..... 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* ..... 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* ..... 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* ..... 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* ..... 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* ..... 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* ..... 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* ..... 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* ..... 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* ..... 200
- Sistemas penales comparados:** La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) ..... 216
- Jurisprudencia:** Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* ..... 256
- Noticias:** VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016 ), por *Miguel Abel Souto* ..... 284



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

### Ficha Técnica

**Autor:** Kai Ambos

**Title:** Rwabukombe Case: Interpretation of the German Federal Court on the Form of Participation and the Genocidal Intent to Destroy

**Adscripción:** Profesor de Derecho Penal, Procedimiento Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional (Georg-August Universität Göttingen). Juez del Tribunal de Distrito (*Landgericht*) de la ciudad de Göttingen. [kam-bos@gwdg.de].

**Sumario:** 1. Antecedentes fácticos. 2. Proceso de asilo y condena de primera instancia en Alemania. 3. Decisión de apelación del Tribunal Supremo Federal alemán. 4. Análisis crítico. 4.1. La forma correcta de intervención. 4.2. La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi. 4.3. La intención (especial) de destruir. A) Enfoque volitivo (*purpose-based*) o cognitivo (*knowledge-based approach*). B) Objetivos finales e intermedios. C) Irrelevancia de los motivos.

**Resumen:** En el contexto del genocidio de Ruanda al menos 400 personas fueron brutalmente asesinadas el 11 de abril de 1994 en la masacre de la iglesia de Kiziguro, aproximadamente a 100 kilómetros al noreste de Kigali, capital de dicho país. El 18 de febrero de 2014, después de tres años de juicio, el Tribunal Supremo regional de Fráncfort del Meno (*Oberlandesgericht* - OLG), como tribunal competente para juzgar estos hechos, declaró penalmente responsable como cómplice del genocidio a Onesphore Rwabukombe, ex alcalde de la municipalidad de Muvumba, ubicada al norte de Ruanda y cerca de la frontera con Uganda, con base en su participación en esta masacre. Rwabukombe fue sentenciado a 14 años de prisión. Al decidir el recurso de casación (*Revision*), el tercer *Strafsenat* (división criminal) del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof* - BGH) criticó el análisis realizado por el OLG y anuló esta decisión mediante sentencia del 21 de mayo de 2015. Como consecuencia, el 29 de diciembre de 2015, el OLG de Fráncfort le impuso a Rwabukombe una (nueva) condena de prisión perpetua como coautor por su participación en el genocidio, llamando la atención sobre la culpabilidad especialmente grave del condenado. En este artículo se hace entonces una breve reseña de las circunstancias fácticas del caso y del curso del proceso (1. - 3.) y se comenta desde una perspectiva crítica la decisión del BGH, especialmente con relación a la forma de participación y a la intención genocida de destruir, con base en los hallazgos fácticos hechos por el OLG (4.). Como conclusión, se afirma que la justificación del BGH para anular la decisión es convincente con relación a la forma de participación. Sin embargo, se afirma también que este caso muestra nuevamente que tanto el concepto diferenciador de autoría/participación como el entendimiento de la intención genocida de destruir fundada excesivamente en la voluntad son extendidos hasta sus límites cuando se trata de casos de macrocriminalidad.

**Palabras Clave:** genocidio, Ruanda, Rwabukombe, intención de destruir, participación criminal.

**Abstract:** Within the context of the Rwandan genocide, at least 400 people were brutally murdered on 11 April 1994 during the church massacre in Kiziguro, around 100 km north-east of Rwanda's capital Kigali. On 18 February 2014, after a three-year trial, the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht* - OLG) Frankfurt am Main, found, as the competent trial court in this case, Onesphore Rwabukombe, the former mayor of the northern Rwandan municipality of Muvumba

on the Ugandan border, guilty of aiding the genocide on the basis of his participation in this massacre. Rwabukombe was sentenced to 14 years in prison. In the appeal proceedings (Revision), the third Strafsenat (criminal division) of the German Federal Court (Bundesgerichtshof - BGH) criticized the lower court's legal analysis and annulled the OLG's decision with its Judgment of 21 May 2015. After a retrial, on 29 December 2015 the OLG Frankfurt am Main gave Rwabukombe a life sentence for his participation in the genocide, noting his particularly serious guilt. This paper provides a brief account of the factual circumstances of the case and the course of the procedure (1. - 3.) and engages critically with the legal analysis of the BGH's decision, especially focusing on the form of participation and the genocidal intent to destroy, based upon the OLG's factual findings (4.). In conclusion, the BGH provided convincing justification for its annulment in regard to the form of participation; however, the case shows once again that both the differentiated concept of participation and an overly voluntative understanding of the genocidal intent to destroy are stretched to their limits in international criminal cases of macro criminality.

**Key words:** genocide, Rwanda, Rwabukombe, intent to destroy, criminal participation.

**Observaciones:** Agradezco a Christopher Penkuhn, Göttingen, por el apoyo en la investigación y a Margaret Hiley por su invaluable ayuda en la preparación de la versión en inglés (especialmente las citas de la jurisprudencia y doctrina alemanas fueron traducidas al inglés por ella). La versión original en inglés ha sido publicada en el *Journal of International Criminal Justice* con el título «*The German Rwabukombe Case: The Federal Court's Interpretation of Co-Perpetration and the Genocidal Intent to Destroy*» (JICJ 2016, p. 1-14). Traducción al español de Gustavo Emilio Cote Barco, LLM y doctorando de la GAU.

**Nota del traductor:** las citas textuales en inglés han sido traducidas al español. Además, entre paréntesis y en cursiva se han transcrito a lo largo del texto principal algunos términos técnicos o expresiones en inglés que son importantes para la comprensión del texto. Las citas textuales en alemán también han sido traducidas al español, pero la versión original se mantiene entre paréntesis en la nota al pie respectiva.

**Rec:** 15-11-2016 **Fav:** 30-11-2016

### 1. Antecedentes fácticos

Onesphore Rwabukombe nació en Byumba, Ruanda, en 1957. La población de Ruanda está compuesta por los grupos étnicos Hutu, Tutsi y Twa<sup>1</sup>. En 1991 el grupo étnico de los Hutu, al cual pertenece el procesado, constituía en Ruanda el grupo mayoritario con aproximadamente el 90% de la población, al lado de los Tutsi (aprox. 10%) y los Twa (menos del 1%). Rwabukombe hizo carrera como político y en 1988 el presidente de Ruanda Juvénal Habyarimana lo nombró alcalde de la municipalidad de Muvumba, la cual se encuentra al norte del país y tenía aproximadamente 65.000 habitantes. En octubre de 1990 el *Front Patriotique Rwandais* (FPR), integrado principalmente por Tutsi, cruzó la frontera con Uganda y ocupó Muvumba. La contraofensiva del ejército ruandés *Forces Armées Rwandaises* (FAR), dominado por los Hutu, generó un largo conflicto armado que forzó

a buena parte de la población civil a huir hacia el sur de Ruanda. Como consecuencia, en febrero de 1993 Rwabukombe llegó a la municipalidad de Murambi (ubicada al sur de Muvumba), en donde también se encuentra Kiziguro, lugar en el que posteriormente se cometería el crimen. Allí Rwabukombe continuó actuando como alcalde de los pobladores que habían huido de Muvumba, al lado del alcalde real, Juan-Baptiste Gatete, el cual también pertenecía a la etnia Hutu. Durante el tiempo que siguió a estos hechos la posición de Rwabukombe en la administración local se fortaleció poco a poco.

El conflicto alcanzó su punto más álgido cuando el avión presidencial de Ruanda fue derribado el 6 de abril de 1994, lo cual produjo la muerte del presidente Hutu Habyarimana y de otros miembros del alto mando. Los Tutsi fueron señalados de ser cómplices del FPR y por lo tanto como responsables de este atentado; en consecuencia, se desató una persecución sistemática

<sup>1</sup> N. Knust, *Strafrecht und Gacaca* (Berlin: Duncker & Humblot, 2013), p. 8-19; W. Schicho, *Handbuch Afrika*, vol. I (Frankfurt am Main: Brandes & Apsel, 1999), p. 240-243; cada texto provee una explicación del desarrollo histórico.

contra los miembros de dicho grupo, a quienes se acusó de ser «enemigos del Estado». Estos hechos derivaron en el genocidio de Ruanda, en el cual fueron asesinados entre 500.000 y 1.000.000 de miembros de la minoría Tutsi entre abril y julio de 1994.

Los ataques al grupo étnico Tutsi en Murambi tuvieron lugar a partir del 7 de abril de 1994. Algunos Tutsi huyeron a los terrenos de la iglesia de Kiziguro, así como a un hospital cercano. El 10 de abril de 1994 el procesado, junto con el alcalde Gatete y otros oficiales, visitó el hospital e indagó sobre cuantos Tutsi habían adentro. Mientras tanto, cientos de Hutu de Murambi, refugiados de Muvumba y miembros de las milicias extremistas Interahamwe<sup>2</sup>, armados con machetes, hachas, palos, picas y otros instrumentos, rodearon el terreno de la iglesia. Al principio ellos no atacaron, ya que esperaron obedientemente órdenes para actuar. En este contexto, el OLG de Fráncfort señaló que las personas armadas «no hubieran sido capaces de realizar un ataque coordinado sin “personas con autoridad”»<sup>3</sup>. El mismo día Rwabukombe, Gatete y otras personas a las que se hace referencia como «administradores» se aproximaron a la iglesia y advirtieron a los sacerdotes que sus vidas estarían en peligro si no dejaban dichos terrenos. Posteriormente los sacerdotes se retiraron. En la tarde las personas con autoridad que se encontraban presentes, entre ellas Rwabukombe, decidieron que la iglesia debía ser atacada con el objetivo de matar a quienes habían buscado refugio allí.

El 11 de abril de 1994, día del crimen, Rwabukombe, Gatete y otros «administradores» se dirigieron al patio interior de la iglesia, lugar en donde se encontraban la mayoría de las posteriores víctimas. Gatete ordenó a las personas armadas que «hicieran su trabajo», después de lo cual éstas comenzaron a matar en una forma extremadamente cruel a quienes estaban reunidos en este lugar. La presencia de Rwabukombe y Gatete, siendo las dos personas con autoridad, le dio a los perpetrado-

res del crimen «la seguridad de que estaban actuando correctamente»<sup>4</sup> y tuvo que haber sido interpretada por éstos como una señal de que aquellos aprobaban sus actos. Además, Rwabukombe gritó a los que estaban llevando a cabo la matanza: «trabajen!», «ayuden!», «comiencen su trabajo!»<sup>5</sup>. Más aún, a lo largo del día Rwabukombe indagó en varias oportunidades con las personas armadas estacionadas en la entrada del patio interior de la iglesia sobre el progreso de los asesinatos, dando instrucciones de que no se dejara escapar a nadie. Rwabukombe y otras personas con autoridad también trajeron más atacantes a los terrenos de la iglesia y motivaron a aquellos que ya estaban llevando a cabo la masacre para que continuaran su trabajo. Fuera de eso, Rwabukombe ordenó a los atacantes que transportaran hasta el patio interior a los Tutsi que todavía se encontraban en el hospital.

## 2. Proceso de asilo y condena de primera instancia en Alemania

Rwabukombe huyó a Alemania, a donde llegó el 21 de agosto de 2002. Aquí presentó una solicitud de asilo que fue negada el 26 de septiembre de ese mismo año por la Oficina Federal para el Reconocimiento de Refugiados Extranjeros [*Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge*] (ahora: Oficina Federal para Migración y Refugiados [*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*]). Sin embargo, Rwabukombe inició los procesos legales pertinentes ante el tribunal administrativo competente y éste obligó a la Oficina Federal mediante decisión del 23 de noviembre de 2006 a reconocerlo a él y a su esposa como refugiados. En octubre de 2007 fueron enviadas a las autoridades alemanas tanto una acusación escrita por el Fiscal General de Ruanda como una orden de arresto con fecha del 19 de agosto de 2007<sup>6</sup>. El 6 de noviembre de 2008 el OLG de Fráncfort se negó a extraditar a Rwabukombe

2 Sobre este término ver W. Schicho, nota al pie 1, p. 252; N. Knust, nota al pie 1, p. 19 con n. 64.

3 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 246 (orig. «ohne die “Autoritätspersonen” auch nicht zu einem koordinierten Angriff fähig») con comentarios de G. Werle y B. Burghardt, «Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz», 10 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* (2015), 46-56.

4 OLG Frankfurt am Main, Sentencia de 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 261 (orig. «die Gewissheit, richtig zu handeln»).

5 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 262 (orig. «“Arbeitet!”, “Helft!”, “Fangt mit eurer Arbeit an!”»).

6 El OLG de Fráncfort habla aquí de «*international arrest warrant*» (OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 132). Sin embargo, una «*international arrest warrant*» solo puede ser expedida por una institución judicial internacional, como por ejemplo la Corte Penal Internacional (art. 58(1) Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI); ver también art. 20(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y art. 19(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

a su país, argumentando que en Ruanda no le podía ser garantizado un proceso justo<sup>7</sup>. El 26 de julio de 2010 el juez de instrucción del BGH emitió una orden de arresto en contra del procesado, quien hasta el momento no había tenido antecedentes criminales. En consecuencia, Rwabukombe fue arrestado y ha estado en detención provisional (*pre-trial detention*) desde entonces. Simultáneamente, con la segunda sentencia del OLG de Fráncfort se ordenó la continuación de la detención preventiva<sup>8</sup>. Mientras tanto, un recuso de apelación fue presentado en contra de la segunda sentencia del OLG de Fráncfort, pero no son de esperar consecuencias legales adicionales.

La competencia del OLG de Fráncfort frente al proceso y la acusación por el delito de genocidio conforme al art. 220a (antigua versión) del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* - StGB) se fundamentó inicialmente en el art. 120(1) no. 8 (antigua versión) de la Ley alemana de organización del poder judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz* - GVG)<sup>9</sup>. El juicio en contra de Rwabukombe fue abierto el 18 de enero de 2011; el 18 de febrero de 2014 éste fue condenado como cómplice de genocidio —el «crimen de crímenes» (*crime of crimes*)<sup>10</sup>— de acuerdo con los artículos 220a (antigua versión) y 27 StGB. Se debe mencionar que la aplicación del Derecho Penal alemán y con él de la jurisdicción alemana surgen del principio de jurisdicción uni-

versal, el cual siempre ha sido reconocido para casos de genocidio<sup>11</sup>. El OLG encontró probado que la conducta de Gatete y de los demás atacantes cumplió con todos los elementos del crimen de genocidio y que ellos actuaron con la intención (especial) de destruir que es necesaria para que se configure este delito. Con relación a Gatete, el Tribunal se basó en la teoría del «autor detrás del autor», justificando la imputación como autor mediato (art. 25(1) alternativa 2 StGB) en su posición de liderazgo en la administración pública<sup>12</sup>. Respecto al acusado Rwabukombe, el Tribunal estableció que éste ayudó como cómplice al acto principal realizado por Gatete y los demás atacantes. Sin embargo, el OLG se negó a condenar a Rwabukombe como coautor (*co-perpetrator*). En el Derecho Penal alemán la coautoría (*co-perpetration*) es considerada más grave que la participación (o *secondary participation*), especialmente cuando se trata de la mera asistencia. El Tribunal consideró, desde una perspectiva objetiva, que Rwabukombe no había tenido el control físico del hecho, necesario para ser autor, y, desde una perspectiva subjetiva, que él no actuó con la intención independiente de destruir el grupo étnico de los Tutsi<sup>13</sup>. De hecho, dada la postura (solamente) ambivalente del acusado frente a la destrucción de los Tutsi, el Tribunal consideró que no era posible concluir más allá de la duda razonable que éste hubiera *querido* destruir dicho grupo étnico<sup>14</sup>.

7 OLG Frankfurt am Main, Decisión del 6 de noviembre de 2008 (2 Ausl A 175/07), en 14 *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport (NSTZ-RR)* (2009), 82.

8 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15). El OLG siguió en esta ocasión la interpretación del BGH y condenó al procesado a cadena perpetua como coautor por el delito de genocidio.

9 El Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) del 26 de junio de 2002 derogó el antiguo tipo penal de genocidio que se encontraba en el art. 220a StGB y lo transfirió al VStGB. Desde entonces, los crímenes internacionales (*core crimes*) se incluyeron como tipos penales entre los art. 6 y 12 de dicho Código. Tanto el art. 220a StGB como el art. 6 VStGB se basan en la definición internacional contemplada en la Convención contra el Genocidio y en el art. 6 del Estatuto de la CPI. Al mismo tiempo, la regla prevista en el art. 120(1) no. 8 GVG fue adoptada y se previó la jurisdicción del OLG por todos los actos contemplados en el VStGB. En todo caso, de acuerdo con el principio de legalidad previsto en el art. 2(1) StGB, aquí se aplican los art. 220a StGB (antigua versión) y 120(1) no. 8 GVG (antigua versión), debido a éstas constituyen las normas vigentes en el momento de los hechos.

10 K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. II, The Crimes and Sentencing* (Oxford: University Press, 2014), p. 2 con más referencias en el pie de página número 9; L. May, *Genocide* (Cambridge et al.: University Press, 2010), p. 1; H. Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), p. 143; W. Schabas, *The ICC: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: University Press, 2010), p. 119; C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 *Juristische Rundschau (JR)* (2016), 186, p. 192.

11 De acuerdo con el Derecho actual art. 1 VStGB; de acuerdo con el Derecho anterior aplicable en este caso (art. 2(1) StGB, ver nota al pie 9 incluyendo mi texto) art. 6(1) StGB.

12 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 735.

13 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 747, 763-765. Según el Derecho Penal alemán, para ser condenado como autor el perpetrador debe reunir o cumplir con todos los elementos (objetivos y subjetivos) del crimen (J. Wessels, W. Beulke, and H. Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (45th ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2015), no. 741; U. Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (3rd ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 18). En consecuencia, tanto el autor directo como el autor mediato o los coautores de un genocidio deben actuar con la intención general de llevar a cabo la conducta (dolo) así como con una intención (especial) de destruir. Si únicamente se actúa con la intención de apoyar y con conocimiento de la intención de destruir del perpetrador principal, solo es posible imponer una sanción a título de complicidad según el art. 27 StGB.

14 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10), pará. 227-232.

### 3. Decisión de apelación del Tribunal Supremo Federal alemán

La sentencia del OLG de Fráncfort fue atacada por medio de un recuso de casación (*Revision*)<sup>15</sup> presentado por el Fiscal General y por cuatro partes civiles. Según éstos, Rwabukombe no solamente había ayudado a la comisión del genocidio, sino que habría contribuido a su (co)perpetración. Como consecuencia, el 21 de mayo de 2015 el Tribunal Federal (BGH) anuló la sentencia del OLG de Fráncfort y remitió el proceso a una cámara diferente del Tribunal para que fuera resuelto nuevamente. La casación presentada por Rwabukombe fue rechazada por carecer de mérito.

En su análisis el BGH abordó en primer lugar los requisitos de la coautoría. Al respecto, el BGH afirmó que para que esta forma de responsabilidad se de, no es necesario que el acusado esté presente en el momento en el que el crimen es efectivamente cometido; de hecho, una contribución durante la etapa de preparación sería suficiente<sup>16</sup>. Sobre esta base, el BGH consideró que la valoración realizada en primera instancia por parte del Tribunal contenía errores de Derecho, ya que este no tuvo en cuenta suficientemente que el «acusado, quien en virtud de su posición y rol era una eminente persona con autoridad y respetada, había estado involucrado incluso en la preparación de la masacre»<sup>17</sup>.

Frente a esta circunstancia el BGH se enfocó en las reuniones de personas que tenían algún tipo de autoridad y en las que se acordó matar a quienes habían buscado protección en la iglesia y en el hospital, las cuales fueron mencionadas líneas arriba. Además, el BGH se refirió a otras actividades realizadas por Rwabukombe y que fueron significativas para la perpetración del crimen, como por ejemplo las veces en que él exhortó a las personas armadas para que asesinaran a las víctimas, sus preguntas sobre el progreso de la matanza, el traslado —realizado por él mismo— de más atacantes Hutu hacia la iglesia, y, finalmente, el movimiento de más víctimas Tutsi desde el hospital vecino a los terrenos de la iglesia por solicitud suya<sup>18</sup>. Para el BGH estas actividades constituyen contribuciones sustanciales e independientes, las cuales van más allá de solamente soportar un acto principal llevado a cabo por otros<sup>19</sup>. En consecuencia, el BGH consideró al acusado como coautor (*direct co-perpetrator*) y al mismo tiempo rechazó la perpetración indirecta fundada en el dominio en virtud de una organización (*Organisationsherrschaft*)<sup>20</sup>, la cual había sido alegada por el Fiscal General al sustentar la casación<sup>21</sup>.

Con relación a la intención genocida, el BGH —a diferencia del OLG— se concentró en el hecho de que la (al menos) destrucción parcial de los Tutsi pudo

15 En el proceso penal alemán el recurso de casación (*Revision*) no conduce a una nueva determinación de los hechos, ya que en él se discuten solamente aspectos legales. En consecuencia, como resultado de una casación (*Revision*) no tiene lugar un nuevo juicio. Este recurso se diferencia de la apelación (*Berufung*), ya que esta última permite debatir aspectos fácticos y jurídicos y constituye una segunda instancia en estricto sentido. (C. Roxin y B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 54 no. 1, § 55 no. 1; K. Volk y A. Engländer, *Grundkurs StPO* (8th ed., Munich: C.H. Beck, 2013), § 34 no. 3, § 36 no. 1). En todo caso, el recurso de *Berufung* se diferencia del *appeal* en el procedimiento penal internacional, a pesar de que este último permite revisar errores de hecho y de derecho de la sentencia, de manera que puede ser visto como una especie de «casación extendida» (K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. III, International Criminal Procedure* (Oxford: University Press, 2016), p. 549-508; see Kirsch, «Verteidigung in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH)», *Strafverteidiger (StV)* 23 (2003), 636-640, p. 637; ver Lundqvist, «Admitting and Evaluating Evidence in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber Proceedings», *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 15 (2002), 641-666, p. 655-664; para una evaluación de «*appeal*» como *Berufung*, ver Gless, *Internationales Strafrecht* (2nd ed., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), no. 897-899).

16 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *Juristenzeitung (JZ)* (2016), 103, p. 104 con más referencias: «La aceptación de la coautoría no necesariamente exige la intervención en el suceso principal; incluso una contribución realizada en la etapa de preparación del hecho que es relevante de manera inmediata a la luz del tipo penal [...] puede ser suficiente» (orig. «Die Annahme von Mittäterschaft erfordert allerdings nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; es kann sogar ein Beitrag im Vorbereitungsstadium des unmittelbar tatbestandlichen Handelns ... genügen»); con comentarios: Berster 11 *ZIS* (2016), 72; Burghardt 71 *JZ* (2016), 106 (cadena perpetua en el VStGB desactualizada, 108); C.J.M. Safferling and J. Grzywotz 92 *JR* (2016), 186 (crítico con relación a la falta de armonización entre la jurisprudencia alemana y la internacional, 192).

17 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104 (ver orig: dass der «Angeklagte, der aufgrund seiner Stellung und Funktion eine herausgehobene Autoritäts- und Respektsperson war, bereits in die Vorbereitungen des Massakers eingebunden war»).

18 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104.

19 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105.

20 Ver *BGH*, Sentencia del 26 de julio de 1994 (5 StR 98/94), en *BGHSt* 40, 218-240, p. 233-238.

21 Ver *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105.

haber representado solo un objetivo intermedio, en la medida en que constituía un resultado necesario para que el procesado no perdiera su posición de autoridad<sup>22</sup>. Además, el BGH afirmó enfáticamente que era posible derivar el elemento de la intención de manera circunstancial a partir de la importante contribución objetiva que el procesado hizo a los hechos, lo cual debe ser considerado en el contexto de estos eventos como un todo<sup>23</sup>.

#### 4. Análisis crítico

##### 4.1. La forma correcta de intervención

La primera pregunta que surge es si Rwabukombe debe ser considerado como autor (*principal perpetrator*) o como cómplice. Este problema es especialmente significativo debido al grado de la pena a imponer<sup>24</sup>. En un primer paso, podemos estar de acuerdo con el BGH en que el acusado —con base en las observaciones del OLG— cumple con los requisitos de la autoría. Sin embargo, con relación a este punto es posible seguir dos caminos diferentes, aunque los dos no son igualmente convincentes: por un lado, de acuerdo con la estructura jerárquica de la perpetración del crimen, el acusado podría ser clasificado como autor mediato (*indirect perpetrator*); pero, por otro lado, siguiendo la argumentación del BGH, podríamos aceptar la coautoría (*direct co-perpetration*) en la ejecución de los actos homicidas, aún cuando el acusado no reali-

zó por sí mismo ninguno de éstos. No solamente la condición de líder que ostentaba el acusado —al lado de Juan-Baptiste Gatete— sino también la influencia concreta que tuvo respecto a la decisión sobre el momento de la comisión de los hechos y la forma en que ellos fueron llevados a cabo parecen hablar en favor de la autoría mediata o perpetración indirecta. De acuerdo con los hallazgos fácticos del OLG, Rwabukombe coordinó y dirigió los actos con la cooperación de Gatete (y posiblemente de otras «personas con autoridad»). Esto sugiere la coperpetración indirecta (*indirect co-perpetration*) tal y como fue reconocida, por ejemplo, por la CPI en el juicio contra *Katanga*<sup>25</sup>. El problema con esta posición es que para justificarse a sí misma necesita acudir a la doctrina del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*), con el fin de superar la falta de control de la persona que se encuentra detrás de los hechos cuando las conductas delictivas son llevadas a cabo por perpetradores completamente responsables («autor detrás del autor») <sup>26</sup>. Esto conduce al problema de si la doctrina del dominio de la organización, la cual fue desarrollada en el contexto de jerarquías formales (o terror de Estado), realmente se puede aplicar sin más en casos de jerarquías informales en el contexto de milicias no estatales o incluso, como en el presente caso, cuando se trata de una multitud o turba de civiles<sup>27</sup>.

Con base en lo anterior, resulta más convincente considerar al acusado como coautor directo o inmediato

22 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. Ver también G. Werle y F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law* (3rd ed., Oxford et al.: Oxford University Press, 2014), no. 841.

23 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105; al respecto K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (4th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 7 no. 148; *ibid.*, nota al pie 10, p. 37-38; C.J.M. Safferling, *Internationales Strafrecht* (Berlin: Springer, 2011), § 6 no. 40; W. Schabas, *Genocide* (2nd ed., Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2009), p. 264-267. Ver también ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), par. 143-148.

24 De acuerdo con la segunda frase del art. 27(2) StGB, el cómplice puede ser sancionado de forma más benigna que el autor. En cambio, según el art. 26 StGB, el instigador o determinante (segunda forma de participación al lado de la complicidad) debe ser sancionado igual que el autor.

25 ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07-717), Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, par. 492, 521-522; ver también K. Ambos, «Art. 25», en O. Triffterer and K. Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 14; *ibid.*, «Zur "Organisation" bei der Organisationsherrschaft», en M. Heinrich et al. (eds), *Strafrecht als Scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, vol. I (Berlin et al.: de Gruyter, 2011), 837-852, p. 844-846; G. Werle and B. Burghardt, «Die mittelbare Täterschaft im Völkerstrafrecht», in R. Bloy et al. (eds), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 849-864, p. 853, 862-869; T. Weigend, «Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept», 9 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2011), 91-111, p. 92-94.

26 Sobre esta explicación de la teoría de *Organisationsherrschaft* en el context del Derecho Penal Internacional, ver K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004), p. 590-611; *ibid.*, *Treatise on International Criminal Law, vol. I, Foundations and General Part* (Oxford: University Press, 2013), p. 154-160; *ibid.*, «The Fujimori Judgment», 9 *JICJ* (2011), 137-158, p. 145-157.

27 Al respecto K. Ambos, «Zur "Organisation" bei der Organisationsherrschaft», nota al pie 25, p. 841-849.

(*direct co-perpetrator* o *unmittelbare Mittäter*)<sup>28</sup>, siguiendo lo dicho por el BGH, debido a que su contribución no se limitó solamente a dirigir a los atacantes. Por el contrario, la conducta de Rwabukombe estuvo orientada sobre todo a reforzar directamente los hechos, es decir a asegurar su resultado. De ahí que sea posible atribuirle la condición de perpetrador principal con fundamento en lo que él mismo hizo. En principio, el hecho de que un interviniente se encuentre en los niveles más altos de una organización estructurada jerárquicamente —cuya existencia en este caso es altamente cuestionable tal y como se sugirió líneas atrás— no impide la valoración de acciones individuales como contribuciones funcionales al crimen en cuestión<sup>29</sup>. Para la fundamentación de la coautoría resulta entonces crucial probar la existencia de contribuciones esenciales (*key contributions*) al hecho global<sup>30</sup>, para lo cual no es necesario realizar demandas exageradas con relación al requisito del dominio (funcional) del hecho<sup>31</sup>. La intervención en la etapa preparatoria puede ser suficiente<sup>32</sup>, especialmente en contextos de macro criminalidad, como ocurre en los crímenes relevantes para el Derecho Penal Internacional, los cuales normalmente son cometidos de manera colectiva y por esto, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de criminalidad ordinaria<sup>33</sup>, suele ser muy difícil identificar contribuciones individuales concretas.

A este respecto, con base en los hallazgos del OLG, es posible articular varios argumentos que soportan la coautoría (*co-perpetration*): por un lado, la participación de Rwabukombe en la planeación del ataque teniendo una posición de liderazgo constituye la actividad crucial durante la etapa preparatoria, a partir de

la cual se deriva su control sobre la configuración de los hechos<sup>34</sup>. Adicionalmente, el traslado de más atacantes a los terrenos de la iglesia y la orden de llevar a los Tutsi que se encontraban en el hospital vecino al patio interior de la misma y por consiguiente a su muerte también confirma que la intervención del procesado constituyó una contribución indispensable y por lo tanto esencial al acto de matar lo más rápido posible a todos aquellos que habían sido reunidos en dicho lugar. Por otro lado, la perpetración directa se puede deducir de la presencia misma del procesado durante los actos homicidas. En este caso, la presencia del procesado y las órdenes que éste dio (junto a las órdenes de otras personas con autoridad) no solamente motivaron a las personas armadas para que continuaran el ataque hasta que murieran todos aquellos que estaban huyendo, sino que también fueron los factores decisivos que llevaron, desde un primer momento, a que dichas personas atacaran. De acuerdo con esto, la presencia del procesado puede ser catalogada como una contribución tan importante y por consiguiente indispensable, de tal manera que puede fundamentar la imputación a título de coautor junto a quienes efectivamente cometieron la matanza. El plan común para cometer el crimen, requerido por esta forma de responsabilidad, es evidente en la decisión de atacar y matar que conecta al procesado y a quienes directamente realizaron los asesinatos. Esta visión es problemática, claro está, dado que entre el procesado y los perpetradores materiales no existía una relación horizontal como ocurre normalmente en la coautoría (*co-perpetration*), pues aquel representaba una figura con autoridad para éstos, tal y como se resalta en las dos sentencias. Estas dificultades muestran

28 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 106-107. De acuerdo Burghardt 71 JZ (2016), 106-7.

29 Ver W. Joecks, «§ 25», en W. Joecks and K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. I* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2011), no. 227 («sistema de perpetradores estructurado verticalmente»); E.-J. Lampe, «Tätersystem: Spuren und Strukturen», 119 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (2007), 471-517, p. 508-516.

30 ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-803), Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, par. 332, 346-348; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, par. 989-1006; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 540-541; H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principles to International Crimes* (Oxford et al.: Hart, 2009), p. 278; K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 150-153; T. Weigend, «Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges», 6 *JICJ* (2008), 471-487, p. 476-480.

31 Ver BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 104.

32 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 104; OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), par. 259; un punto de vista diferente es dado por C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. II* (München: C.H. Beck, 2003), § 25 no. 122.

33 K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 84-86; P. Behrens, «Between Abstract Event and Individualized Crime: Genocidal Intent in the Case of Croatia», 28 *LJIL* (2015), 923-935, p. 925-929.

34 G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2nd ed., Berlin: de Gruyter, 1991), p. 21/49-51; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, par. 1003-1006.

cómo la clásica teoría alemana sobre intervención, la cual diferencia, por un lado, distintas clases de autoría y, por otro, la participación, es llevada hasta sus límites en casos como este. De todas maneras, no se puede perder de vista que existen razones suficientes para considerar todo el suceso, es decir la masacre de las 400 personas, como un hecho global (*overall crime* o *Gesamttat*) y por lo tanto como el punto de referencia para la imputación<sup>35</sup>. Así las cosas, la pregunta relevante es si el procesado es un perpetrador principal (es decir un autor) o secundario (o sea un partícipe) con relación a dicho crimen global; como se ha explicado hasta aquí, la realización de contribuciones directas al crimen global hablaría en favor de la primera posibilidad.

### 4.2. La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi

De forma más o menos incidental, el BGH incluyó la destrucción social de un grupo entre los elementos objetivos del genocidio<sup>36</sup>. El BGH siguió en este punto su propia jurisprudencia así como la del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG)<sup>37</sup>. Sin embargo, se debe recordar que a pesar de las discusiones que tuvieron lugar durante las negociaciones del Estatuto de Roma de la CPI, esta interpretación extensiva no fue incluida en dicho Estatuto<sup>38</sup>. La des-

trucción social de un grupo se podría subsumir en los elementos de este crimen si el elemento «grupo [...] como tal» («*group as such*») —el cual fue incluido en el § 6 VStGB y en el art. 6 Estatuto de la CPI— se interpreta de manera amplia y la existencia del grupo es reconocida a partir de sus vínculos o relaciones sociales<sup>39</sup>. En cualquier caso, el requisito objetivo de la destrucción física del grupo no se ve alterado por este enfoque<sup>40</sup>.

### 4.3. La intención (especial) de destruir.

A) Enfoque volitivo (*purpose-based*) o cognitivo (*knowledge-based approach*)

Para que el requisito de la intención genocida de destruir se cumpla, asumiendo que los hechos fueron perpetrados directamente por el procesado, es necesario que él mismo haya tenido dicha intención, no siendo suficiente solamente el conocimiento al respecto (como ocurre en los casos de complicidad)<sup>41</sup>. En cuanto crimen que supone un tipo de intención adicional<sup>42</sup>, el genocidio requiere la intención especial (es decir específica) de destruir por lo menos una parte del grupo en cuestión. Este requisito subjetivo del genocidio constituye una exigencia alta, lo cual se puede constatar en la

35 Al respecto K. Ambos, «Zur "Organisation" bei der Organisationsherrschaft», nota al pie 25, p. 845-846. También OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), pará. 276-280.

36 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105.

37 BVerfG, Sentencia del 12 de diciembre de 2000 (2 BvR 1290/99), en 54 NJW (2001), 1848-1853, p. 1850; BGH, Sentencia del 30 de abril de 1999 (3 StR 215/98), en BGHSt 45, 64-91, p. 80; ver también G. Werle, «Die deutsche Rechtsprechung zur Zerstörungsabsicht beim Völkermord und die Europäische Menschenrechtskonvention», en M. Hettlinger et al. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper* (Heidelberg: C.F. Müller, 2007), 675-690; C.J.M. Safferling, «Wider die Feinde der Humanität - Der Tatbestand des Völkermordes nach der Römischen Konferenz», 41 *Juristische Schulung (JuS)* (2001), 735-739, p. 738; C. Kreß, «§ 6 VStGB», en W. Joecks and K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. VIII* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2013), no. 71 con más referencias en el pie de página 226.

38 Ver ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), pará. 136; W. Schabas, «Art. 6», in O. Triffterer and K. Ambos (eds), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 16.

39 K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40 con notas sobre el desarrollo histórico (p. 40); C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 38; para una visión diferente ver C. Kreß, nota al pie 37, no. 71-72. Sobre un intento de restricción ver L. Berster, «The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide», 13 *JICJ* (2015), 677-692, p. 682-684; ibíd., «Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda - zum Merkmal der Zerstörungsabsicht», 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 73.

40 Para un recuento detallado ver K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40. Sobre la interpretación ambigua en la jurisprudencia alemana ver ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Trial Chamber, 2 de agosto de 2001, pará. 579.

41 H.-H. Jescheck y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5th ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996), § 30 III 2; C. Roxin, nota al pie 32, § 26 no. 268-270; R. Reniger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7th ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 114. Ver arriba la nota al pie 13 así como el texto principal.

42 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), pará. 132 («Es considerado como dolo especial, es decir como una intención específica, la cual, para que se pueda establecer un genocidio, debe estar presente como un elemento adicional a la intención requerida para cada uno de los actos individuales cometidos»); K. Ambos, nota al pie 10, p. 21 con más referencias en el pie de página 144; O. Triffterer, «Genocide. Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as such». 14 *JLIL* (2001), 399-408, p. 402 («elemento mental extendido»); W. Schabas, nota al pie 23, p. 270-273.

reciente sentencia proferida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia con relación al líder serbio Radovan Karadžić, quien fue condenado a título de genocidio «únicamente» por los actos cometidos por sus subordinados en Srebrenica, pero absuelto frente a los hechos que tuvieron lugar en otras comunidades bosnias<sup>43</sup>.

A este respecto el BGH afirma con base en su propia jurisprudencia<sup>44</sup> que no es necesario que la intención de destruir constituya la motivación decisiva para llevar a cabo los actos de genocidio, pero que dicha intención debe estar acompañada en todo caso por (o se debe soportar en) la voluntad de alcanzar un resultado particular<sup>45</sup>. Este enfoque, el cual en el debate internacional se denomina *purpose-based approach*, exige que incluso aquellos perpetradores que se encuentran en la base de una jerarquía determinada claramente posean la intención de destruir. Dicha forma de entender la intención genocida, fundada estrictamente en la voluntad, resulta tan poco convincente como el extremo contrario en donde el requisito de la intención se tiene por cumplido exclusivamente con base en el conocimiento (*knowledge-based approach*). De acuerdo con esta última posición, solamente el conocimiento sobre la intención genocida de quienes están al mando del hecho global es suficiente<sup>46</sup>. Sin embargo, sobre la base de este enfoque cognitivo, es posible predicar una interpretación teleológica de acuerdo con la cual el conocimiento puede

ser suficiente en los niveles más bajos de una organización, pero se debe agregar un elemento volutivo a medida que se asciende a través de los distintos niveles jerárquicos<sup>47</sup>. En consecuencia, se puede asumir un doble estándar, de acuerdo con el cual, cuando se trata de los líderes de un grupo u organización, se debe exigir la intención en el sentido de voluntad dirigida a un propósito específico o a producir un resultado, mientras que cuando se trata de quienes actúan directamente y bajo la dirección de aquellos sería suficiente el conocimiento sobre la idoneidad de los actos en cuanto medio para la destrucción del grupo.

#### B) Objetivos finales e intermedios

En el caso que se comenta, el BGH siguió el denominado *purpose-based approach* con relación a todos los niveles jerárquicos, pero, al mismo tiempo, aceptó la intención de destruir a través del concepto de objetivos intermedios. Así, para aceptar que efectivamente existió la intención de destruir, sería suficiente con que ésta constituyera un objetivo intermedio en el camino hacia un resultado final pretendido por el perpetrador<sup>48</sup>. Según el OLG, la preservación de la posición de poder (como «alcalde») constituyó el objetivo final del procesado.

Aquí, el BGH se está moviendo en el terreno de la doctrina tradicional sobre el elemento volitivo del dolo.

43 ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radovan Karadžić* (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, 24 de marzo de 2016, pará. 2595-2626. Al respecto K. Ambos, «Karadžić's Genocidal Intent as the only "Reasonable Inference"», EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, 1 April 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/karadzic-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/> (última visita: 27 de junio de 2016); *ibid.*, «Absicht zum Völkermord?», Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), 31 de marzo de 2016, disponible en <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/urteil-im-fall-radovan-karadzic-absicht-zum-voelkermord-14153500.html> (última visita: 27 de junio de 2016).

44 BGH, Decisión del 21 de febrero de 2001 (3 StR 244/00), 54 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2001), 2732-2734, p. 2733; también ICC, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/0501/09-3), Pre-Trial Chamber I, 4 de marzo de 2009, pará. 139, pie de página 154; C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 37; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841. OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15) hace énfasis, sin embargo, en que la intención requerida se puede inferir de las circunstancias de un ataque dirigido estructuralmente (pará. 225).

45 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. También C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 JR (2016), 186, p. 189; Burghardt 71 JZ (2016), 106, p. 107-108.

46 A.K.A. Greenwalt, «Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation», 99 *Columbia Law Review (ColLR)* (1999), 2259-2294; H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (Baden-Baden: Nomos, 2002), p. 101-110; C. Kreß, nota al pie 37, no. 82; O. Triffterer, «Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of Crimes" für alle Tatbestände des Völkermordes», en B. Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, 1415-1446, p. 1440-1441; L. Berster, «Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda - zum Merkmal der Zerstörungsabsicht», 11 ZIS (2016), 72-74, p. 72. Sobre la regulación de este punto en el contexto de la CPI ver «Discussion Paper proposed by the Coordinator, Article 6: The crime of genocide», UN Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

47 K. Ambos, nota al pie 10, p. 27-38; *ibid.*, «What does "intent to destroy" in genocide mean?», 91 *International Review of the Red Cross (IRRC)* (2009), 833-858, p. 854-858; al respect ver también H. Uertz-Retzlaff, «Zwanzig Jahre in Den Haag. Erfahrungen einer Staatsanwältin», 10 ZIS (2015), 532-536, p. 535; crítico al respecto C. Kreß, nota al pie 37, no. 83 («abierto a interpretación»).

48 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. Ver también S. Gless, nota al pie 15, no. 821; G. Werle y F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841.

Desde 1961 el BGH estableció que la intención (o elemento volitivo del dolo) también incluye objetivos intermedios a no ser que éstos no sean deseados por el autor<sup>49</sup>. Este tribunal confirmó recientemente esta opinión<sup>50</sup>. Sin embargo, no parece del todo adecuado equiparar la consecución de un objetivo final por medio de la producción de un resultado u objetivo solamente intermedio (como en este caso) con la realización de ese objetivo intermedio. Esta ecuación puede ser convincente si el perpetrador persigue o se esfuerza en sentido volitivo por conseguir el objetivo intermedio necesario, es decir, si efectivamente lo desea<sup>51</sup>. Empero, en la medida en que el perpetrador no quiera producir el resultado intermedio de manera explícita, no es posible afirmar que éste actúa «con intención» con relación a dicho resultado.

En este caso, a pesar de que el OLG consideró que el asesinato de los Tutsi constituía un resultado necesario desde el punto de vista del procesado, no hizo ninguna consideración con relación al aspecto volitivo y, en particular, no determinó si el procesado deseaba o no dicho resultado (intermedio). El BGH aceptó, de la misma manera, que el asesinato de los Tutsi (resultado intermedio) constituía un medio necesario para que Rwabukombe preservara su posición de poder (objeti-

vo final)<sup>52</sup>. El problema radica en que esto no necesariamente significa que el procesado tuvo la intención específica de destruir que exige el genocidio, ya que es posible que el resultado intermedio haya sido aceptado solamente en el sentido del *dolo eventual*<sup>53</sup>. De acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, en caso de duda se debe aceptar esta última posibilidad.

### C) Irrelevancia de los motivos

El tema de la relevancia de los motivos, el cual no fue tratado por el BGH, está estrechamente relacionado con la pregunta sobre el punto de referencia de la voluntad (*purposeful will*) de alcanzar un resultado específico. Si bien los objetivos intermedios pueden estar cubiertos por la intención (o dolo) con relación al objetivo final, por lo menos a través de la figura del dolo eventual, por regla general no ocurre lo mismo con los motivos que generan o justifican un acto concreto. Esto, debido a que mientras la intención se refiere a la pregunta de si el perpetrador actuó consciente o deliberadamente, los motivos proveen información sobre las razones específicas por las que se realizó una conducta (el «por qué?»), pero no afectan el aspecto psicológico del acto<sup>54</sup>.

49 BGH, Sentencia del 23 de febrero de 1961 (4 StR 7/61), en BGHSt 16, 1-7, p. 6 («Sin embargo, si [...] la ganancia patrimonial (en el contexto del art. 263 StGB) constituye un resultado deseado y previsto de su conducta fraudulenta y patrimonialmente dañosa, entonces su conducta también se explica en función de dicha ganancia» - orig. «Ist ihm aber ... der Vermögensvorteil (i.R.d. § 263 StGB) als sicher vorausgesehener und gewollter Erfolg seines täuschenden und vermögensschädigenden Verhaltens erwünscht, so kommt es ihm auch auf diesen Vorteil bei seinem Handeln an»).

50 BGH, Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (3 StR 265/14), en 34 Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) (2015), 311, p. 320 («La obtención de una ganancia no debe haber sido la finalidad única, decisiva o preponderante, tampoco debe haber sido el objetivo perseguido en primera línea. Es suficiente cuando la ventaja o ganancia es perseguida por el autor al lado de otros objetivos o como un medio necesario para alcanzar otro objetivo subyacente» - orig. «Die Vorteilsertlangung muss weder der einzige, der entscheidende, der überwiegende, noch der in erster Linie verfolgte Zweck gewesen sein. Es genügt vielmehr, wenn der Vorteil vom Täter neben anderen Zielen oder als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweckerstrebt wird»).

51 Con relación al tipo penal de estafa en el art. 263 StGB, W. Perron, «§ 263», en A. Schönke and H. Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch* (29th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 169; también R. Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I* (18th ed., Munich: C.H. Beck, 2016), § 13 no. 238: «también la búsqueda de objetivos intermedios necesarios [...] a los que se ha apuntado al mismo tiempo como una plataforma indispensable [...]» (orig. «ebenso das Streben nach notwendigen Zwischenzielen ..., die gleichsam als unentbehrliche Plattform anvisiert wurden...»); para una visión diferente ver K. Kühl, «§ 263», en K. Lackner y K. Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 58: «según la cual es suficiente cuando el autor busca una ventaja en cuanto medio para otro objetivo, pero no es suficiente cuando dicha ventaja solamente es un resultado necesario de la conducta o deseado por el autor» («wonach es genüge, wenn der Täter den Vorteil als Mittel für einen anderweitigen Zweck anstrebe, es jedoch nicht genüge, wenn der Vorteil nur notwendige oder sogar dem Täter erwünschte Folge des Verhaltens ist»).

52 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105 («si la destrucción [...] representó para el acusado un medio necesario con el fin de alcanzar un objetivo subyacente la preservación de su posición en el sistema estatal de Ruanda», orig. «... ob die Zerstörung ... sich für den Angeklagten als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweck - die Erhaltung seiner Stellung im staatlichen System Ruandas - darstellte»).

53 Sobre esta forma de elemento subjetivo propia del *civil law* ver K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 119, 276-8.

54 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), Separate Opinion Judge Bhandari, pará 49-50; K. Ambos, nota al pie 10, p. 40 con más referencias sobre la jurisprudencia de los tribunals *ad hoc*; P. Behrens, nota al pie 33, 923-935, p. 932-934; ver también A. Zahar and G. Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: University Press, 2007), p. 180; G.W. Mugwanya, *The Crime of Genocide in International Law* (London: Cameron May, 2007), p. 155-156.

Respecto a los elementos del crimen de genocidio, esto significa que el perpetrador debe actuar con la intención de destruir un grupo completamente o en parte, pero las razones (motivos) que tuvo para hacerlo, como por ejemplo sus creencias racistas, son irrelevantes<sup>55</sup>.

En consecuencia, en el caso de Rwabukombe, el objetivo (o razón) de preservar cierta posición o cierto grado de poder político no impide aceptar que éste actuó con la intención de destruir. Es lamentable que el BGH no haya analizado explícitamente este punto.

---

55 K. Ambos, nota al pie 10, p. 40; G.W. Mugwanya, nota al pie 53, p. 232; B. Lüders, nota al pie 10, p. 145; una visión alternativa ha sido propuesta por W. Schabas, nota al pie 42, p. 294-306; C. Kreß, nota al pie 37, no. 90; una visión diferente es dada en L. Berster, «Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda - zum Merkmal der Zerstörungsabsicht», 11 ZIS (2016), 72-74, p. 74.