

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR GENOCIDIO: ¿QUÉ ACTOS SE ATRIBUYEN A QUIÉN?

LUDWIG UREEL¹

COORDINADORES: GABRIEL E. ANDRÉS Y DANIEL PAVÓN PISCITELLO.

Sumario: 1. Introducción. 2. Resumen histórico del Genocidio en el Derecho Internacional. 3. Normas Primarias: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. 3.1. Cláusulas relevantes de la Convención. 3.2. ¿Puede un Estado ser Responsable de Genocidio? Efectivización de la Responsabilidad del Estado mediante la Convención. 3.3. Los "Demás" Actos del Artículo III de la Convención. 4. Noción Jurídica del Genocidio según la Convención. 4.1. Actus Reus. 4.2. El grupo protegido. 4.3. Mens Rea. 5. Normas Secundarias: la Atribución del Genocidio en Srebrenica. 5.1. Los dos Estándares de Atribución por Dirección o Control. 5.2. Algunos Problemas del Fallo Tadiæ. 6. Conclusión.

I. Introducción

El presente artículo busca analizar las pautas que se explicitaron para establecer la responsabilidad de un Estado por genocidio en el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o "la Corte") en el Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.² Estos criterios serán trascendentes para un caso

¹ Ayudante Alumno, Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba.

² *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), aún no publico-

pendiente ante la CIJ³ y para la responsabilidad internacional de los Estados en general. Se abordará la responsabilidad por otras obligaciones bajo la Convención sólo tangencialmente, enfocando principalmente en la responsabilidad directa del Estado por genocidio.

Para el análisis de la responsabilidad el artículo se ciñe rigurosamente a la separación entre normas primarias (el contenido de las obligaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad) y secundarias (bajo qué condiciones generales puede un Estado ser responsable por un ilícito). Es la mejor forma de explicar cómo la CIJ trata cuestiones irresueltas a la luz de la jurisprudencia anterior. Acorde a este método, el artículo consta de tres partes. Primero se ubica el fallo dentro la evolución jurídica del genocidio, para captar adecuadamente su importancia. Luego se pasa revista a la faz primaria, en este caso la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (la Convención).⁴ Finalmente se analiza in extenso la cuestión de la atribución, ofreciendo pautas para conciliar el presente caso con jurisprudencia anterior.

2. Resumen histórico del Genocidio en el Derecho Internacional

La aniquilación completa de naciones y grupos étnicos y religiosos es un fenómeno recurrente en la historia, pero no fue hasta 1944 que Raphael Lemkin, un jurista polaco, propuso el neologismo genocidio para referirse a la enormidad del holocausto nazi. Este término deriva de las palabras γένος (raza, clan, ... en griego) y caedere (matar en latín)⁵. Nació así una

do. En adelante: Caso de la Convención del Genocidio, disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>> (20/4/2007).

³ *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia y Montenegro).

⁴ 78 U.N.T.S. 277, disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm> (20/4/2007).

⁵ R. Lemkin, *Genocide*, 15 *Am. Scholar* [1946] 227. Traducción española (imperfecta) disponible en <<http://www.preventgenocide.org/es/lemkin/escolar-americanos1946.htm>> (20/4/2007). El autor había acuñado el término en R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, 1946.

palabra adecuada para expresar el atentado contra grupos humanos, una especie distinta de los atentados contra individuos (aunque estuviera involucrado un gran número de víctimas o hubiera odio), puesto que en este caso se busca despojar a la humanidad de colectividades enteras.

Lemkin planteó que a través de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se sustrajera el genocidio del ámbito del Estado soberano y se lo calificara como delito internacional en un tratado multilateral.⁶ Emergió así la Convención, de la que hoy son parte 133 Estados,⁷ dándole un alcance universal. En una opinión consultiva de 1951, la CIJ reconoció que sus principios constituyen derecho consuetudinario, gozando de fuerza vinculante incluso ante la ausencia de una obligación convencional.⁸ Siguiendo con esta misma línea 55 años más tarde, confirmó que la prohibición de genocidio es una norma jus cogens,⁹ algo que ya se afirmaba unánimemente en todos los ámbitos del Derecho Internacional.

El siglo pasado no se distinguió de los anteriores por la existencia de genocidios, sino por el número de víctimas que de ellos resultaron: se calcula que por lo menos 150 millones.¹⁰ De allí la necesidad de una progresiva dilucidación de su concepto jurídico. El genocidio hace su primera aparición en la acusación de la fiscalía en los juicios de Núremberg (Nürnberg). Concluidos éstos, su desarrollo posterior se estanca por la ausencia de un tribunal penal internacional, con excepción de escasos juicios a nivel nacional.¹¹ Los noventa dan a luz al Tribunal Penal Interna-

⁶ *Ibid.*, p. 230.

⁷ Lista de ratificaciones y reservas disponible en <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>> (20/4/2007).

⁸ *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Opinión consultiva), 1951 *ICJ Rep.* 15, p. 23. Ver también J. Wouters y S. Verhoeven; *The Prohibition of Genocide as a Norm of Jus Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide*; 5 *Int'l. Crim. L. Rev.* [2005] 401-416.

⁹ Es una de las raras instancias en que la CIJ hace una afirmación explícita en este sentido. *Actividades armadas en el Territorio del Congo* (Aplicación nueva 2002) (La República Democrática del Congo c. Rwanda) (competencia y admisibilidad) §64, disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>> (20/4/2007).

¹⁰ M. Griffiths y T. O'Callaghan; *International Relations, The Key Concepts*; 2ª reimpresión, Routledge, 2004, Nueva York p. 119.

¹¹ D. L. NERSESSIAN, *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals* 37 *Texas International Law Journal* [2002]

cional para la ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), y luego la Corte Penal Internacional (CPI), cuyos estatutos recogen textualmente la definición de la Convención.¹² La jurisprudencia de los dos primeros consolida firmemente los elementos de la responsabilidad penal por genocidio de los individuos.¹³

Dentro de esta evolución jurídica, un hito mayor surge de la lucha entre bosníacos (bosnios musulmanes), serbobosnios y croatas en Bosnia y Herzegovina entre 1992 y 1995. El conflicto encuadra en los sucesos de los Balcanes entre 1991 y 1999 con ocasión de la disolución de la ex Yugoslavia. El Ejército del Pueblo Yugoslavo, controlado por Serbia, abandonó Bosnia y Herzegovina el 19 de mayo de 1992, al poco tiempo de haber declarada ésta su independencia, a pesar de lo cual Serbia siguió involucrada en el conflicto a través de vínculos con el Ejército de la Republika Srpska¹⁴ y con varias unidades paramilitares. Un punto sobresaliente de las hostilidades fue la caída de Srebrenica, una de las zonas

231, p. 235. El autor nota la reticencia de juzgar a personas por este delito a nivel doméstico, resaltando que ni siquiera Eichmann fue juzgado por genocidio, sino por crímenes de guerra y crímenes contra el Pueblo Judío. Como excepción a esta tendencia cita a los juicios de los nazis Goeth, Höß y Greiser en Polonia. Höß fue encontrado penalmente responsable de la muerte de 2,5 millones de personas y aunque su juicio tuvo lugar en Varsovia, fue especialmente trasladado para ser colgado frente al crematorio del campo de Auschwitz. (p. 254).

¹² Estatuto del TPIY, artículo 4, reimpresso en 32 *ILM* [1993] 1159; Estatuto del TPIR, artículo 2, reimpresso en 33 *ILM* [1993] 1602; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 6, 2187 *U.N.T.S.* 3 (entrada en vigor 1 julio 2002).

¹³ M. SHAW, *International Law*, 5ª edición, 3ª impresión, Cambridge University Press, 2004, Cambridge, p. 263.

¹⁴ La Republika Srpska es una entidad autónoma serbobosnia que junto con la Federación de Bosnia y Herzegovina forma la República de Bosnia y Herzegovina. Su origen está vinculado a la independencia de Bosnia y Herzegovina. Al proclamar el parlamento bosnio la independencia en 1992, y ante la perspectiva de quedar sometidos a una mayoría bosniaca y croata, el Partido Democrático Serbio (ultranacionalista) responde proclamando la independencia de la Republika Srpska (7 de abril de 1992). El acuerdo de Dayton, que puso fin a la guerra en 1995 dispuso que Bosnia y Herzegovina constituyera un Estado federal, compuesto por una federación Croata-bosniaca y otra Serbia. La designación puede ser traducida al castellano como República Serbia, pero se suele no traducir para evitar confusiones con la República de Serbia.

seguras¹⁵ establecidas por la ONU, en julio de 1995. En lo que pasó a ser la peor matanza en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, fueron brutalmente asesinados más de 7000 bosnios musulmanes.¹⁶

En 1993, Bosnia demandó a la entonces República Federal de Yugoslavia (RFY)¹⁷ por su participación en la Guerra en Bosnia a través de la Republika Srpska, alegando inter alia el incumplimiento la Convención. Después de trece años de procedimiento con numerosos vaivenes,¹⁸ la CIJ emitió su fallo en el litigio entre Bosnia y Herzegovina y Serbia el 26 de febrero de 2007, rechazando la mayoría de los planteos de Bosnia. Habiendo sido Milošević el primer gobernante acusado de genocidio, Serbia es el primer Estado cuya responsabilidad por genocidio fue examinada por un tribunal internacional.¹⁹ La Corte decidió que, de todos los hechos

¹⁵ Las zonas seguras eran áreas establecidas por la ONU que debían permanecer libres de ataques. La propuesta inicial fue hecha por el Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, Cornelio Sommaruga. Fueron establecidas y ampliadas por las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 819 (1993), 824 (1993), y 836 (1993). La falta de consenso en el seno del Consejo de Seguridad entre otras razones, determinaron que las zonas seguras derivaran en trampas mortales, terminando la intervención de la ONU y la comunidad internacional (no intencionalmente y por inacción más que por acción) por ser funcional a la masacre en Srebrenica. Para mayor información se remite a las referencias *infra*, nota 15, especialmente el Informe presentado por el Secretario General.

¹⁶ No se ahonda en la parte histórica por razones de brevedad. Buenos puntos de partida son: “*Srebrenica, a ‘safe’ area*” del Instituto Neerlandés para la Documentación de la Guerra (NIOD), disponible en <<http://www.srebrenica.nl/en/>> (9/6/2007, muy completo); “La caída de Srebrenica – Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 53/35 de la AG”, disponible en <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/88b8ddb33d7b8a868025683a005c6e1c?Opendocument>> (20/04/2007); “*Bosnia: Uncertain Paths to Peace*”, disponible en <<http://www.nytimes.com/specials/bosnia/>> (20/04/2007).

¹⁷ La RFY fue un sucesor de la República Federal Socialista de Yugoslavia a partir de 27/4/1992, pero la comunidad internacional no aceptó que la RFY continuara su personería jurídica. A partir de 4/2/2003 pasó a llamarse República de Serbia y Montenegro, y a partir de 3/6/2006 la República de Serbia.

¹⁸ *Supra*, nota 1, §1-66.

¹⁹ Para un comentario crítico a la luz del posible estigma que conllevaba para la población serbia véase E. POSNER, *Sins of the Fatherland*, the Boston Globe E4, 5/3/2006, disponible en <<http://www.law.uchicago.edu/posner-sinsfatherland.html>> (20/04/2007).

alegados por Bosnia, sólo la matanza de Srebrenica constituyó genocidio, y que Serbia carecía de responsabilidad directa. Sin embargo, consideró que Serbia debía responder por el incumplimiento de las obligaciones de prevenir el genocidio y sancionar a los responsables.

El fallo indudablemente compartirá un lugar en los anales de la jurisprudencia internacional con otros como Nicaragua.²⁰ Se trató la pregunta si un Estado puede cometer genocidio, resolviendo diferencias doctrinarias.²¹ La CIJ tuvo también la oportunidad de explayarse sobre su jurisdicción: recurriendo a una interpretación extensiva del principio de res judicata²² logró examinar el fondo del asunto sin sacrificar coherencia lógica.²³ Esclareció también su posición frente a la línea jurisprudencial abierta luego del fallo de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadić.²⁴

²⁰ *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. EE.UU.) (fondo del asunto) 1986 ICJ Rep. 14.

²¹ *Infra*, punto III. 2.

²² *Supra* nota 1, §133.

²³ En los casos de la Legalidad del Uso de la Fuerza, la CIJ afirmó que carecía de jurisdicción *ratione personae*, por no ser la RFY miembro de la ONU en 1999. Serbia mantuvo que ello implicaba que la CIJ no tenía jurisdicción en el Caso de la Convención del Genocidio, contrariamente a lo afirmado por la Corte en 1996. Se resolvió esto con el artículo 59 del Estatuto (el fallo es vinculante sólo para ese caso en particular). A diferencia de las decisiones en los casos de la legalidad del uso de la fuerza, la conclusión que tenía competencia *ratione materiae* en 1996 para oír el caso sí obligaba en esta instancia, porque el caso era el mismo y lógicamente la competencia *ratione materiae* lleva implícita la competencia *ratione personae*.

- *Caso relativo a la Legalidad del Uso de la Fuerza (Serbia y Montenegro c. Reino Unido)* 2004 ICJ Rep. 118.

- *Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia) (Excepciones Preliminares)* 1996 ICJ Rep. 595.

- *Solicitud de Revisión del Fallo del 11 de Julio de 1996* en el Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio 2003 ICJ Rep. 7.

²⁴ *El Fiscal c. Duško Tadić*, Caso No IT-94-1-T, Cámara de Apelaciones, 15/7/1999, 38 *ILM* [1999] 1518.

3. Normas Primarias: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

3.1. Cláusulas relevantes de la Convención

En su preámbulo, la Convención comienza por recordar la Resolución 96 (I) de la Asamblea General (AG),²⁵ donde se declara que el genocidio es un delito internacional, invitando a los Estados a concluir un tratado para su prevención y sanción. Seguidamente, en un lenguaje que recuerda el preámbulo de la Carta de la ONU, se lo declara “flagelo odioso”, cuya eliminación requiere la cooperación internacional.

El artículo I es clave para determinar las obligaciones en cabeza de los Estados: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.” La palabra “confirmar” reafirma que la calificación del genocidio como delito de derecho internacional tiene carácter consuetudinario precedente a esta Convención.²⁶

El artículo II, que será objeto de un análisis detenido en el punto III. 4., define el genocidio.

El artículo III enumera los actos que han de ser castigados, a saber: el genocidio, la asociación para cometerlo, la instigación pública y directa a cometerlo, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio. El artículo IV obliga a castigar a los responsables por los actos enumerados en el artículo III, sean éstos gobernantes, funcionarios o particulares. Concomitantemente, el artículo V se refiere a la obligación de adoptar la legislación necesaria para dar efecto a la Convención y el VI a la obligación de juzgar a personas acusadas por actos del artículo III. El VII prevé la extradición.

Finalmente, de mayor importancia para el presente análisis resulta el artículo IX: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, *in*

²⁵ Resolución 96(I) de la AG de Naciones Unidas (11/12/1945), disponible en <http://www.un.org/spinnews/documents/ga/res/1/ares1.htm> - (20/04/2007).

²⁶ Ver también *supra* nota 8.

cluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia. (énfasis añadido)” Es una cláusula compromisoria en el sentido del artículo 36 inc. 1 del Estatuto de la CIJ.²⁷ Sirva recordar que en virtud de esta cláusula no puede conferirse a la CIJ competencia *ratione personae*, al entender la Corte que las palabras “tratados vigentes” del artículo 35 inc. 2 de su Estatuto significa “tratados vigentes al momento de la entrada en vigencia del Estatuto”²⁸.

3.2. ¿Puede un Estado ser Responsable de Genocidio? Efectivización de la Responsabilidad del Estado mediante la Convención

El Estado no actúa sino a través de individuos. Como corolario lógico surge que un Estado puede cometer genocidio, en la medida que pueda atribuírsele la conducta de quien lo comete. Una vez satisfecho el test de atribución, no hace falta que el elemento intencional²⁹ del genocidio se verifique respecto de sus órganos; basta que lo tenga el individuo cuya conducta se imputa al Estado. Cabe aclarar que no se trata de responsabilidad penal sino de una responsabilidad de tipo civil,³⁰ al quedar eliminada la categoría de crimen internacional del Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado³¹ de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).³²

²⁷ Estatuto de la CIJ, disponible en <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/iejstatute.php>> (20/04/2007).

²⁸ *Caso relativo a la Legalidad del Uso de la Fuerza* supra, nota 22 §111-112

²⁹ *Infra*, punto III. 4.3.

³⁰ Una breve aclaración sobre esta distinción puede encontrarse en Shaw, supra nota 12, p. 720.

³¹ Proyecto de Convención sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º Período de Sesiones, p. 21-38, disponible en <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>> (20/04/2007).

³² El último proyecto (2001) únicamente prevé consecuencias especiales cuando un Estado infrinja una norma imperativa de derecho internacional; ver arts. 40 y 41 del Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado.

Sin embargo, en palabras de la CIJ, hay una distinción fundamental entre la fuerza vinculante de una obligación de derecho internacional y la existencia de un tribunal con jurisdicción para resolver controversias acerca del cumplimiento de la obligación.³³ En otras palabras: si bien cualquier Estado puede ser responsable de genocidio, la existencia de una corte competente puede ser el único medio para hacerlo responder efectivamente. De aquí la importancia de la Convención con su cláusula compromisoria en su artículo IX. Se impone entonces una pregunta de fundamental importancia, que toca al eje de este trabajo: ¿puede bajo las previsiones de la Convención un Estado como tal puede ser responsable de genocidio? En efecto, una respuesta negativa significaría la virtual imposibilidad que un Estado responda por actos de genocidio.

Prima facie la respuesta pareciera inclinarse por la negativa: a la luz de los artículos IV, VI y VII la Convención impondría a los Estados tan sólo la obligación de prevenir y sancionar actos de genocidio cometidos por individuos, y no asumirían responsabilidad por la comisión de genocidio. Tal es una opinión común en la doctrina.³⁴ La Corte ya había rechazado este argumento en las excepciones preliminares³⁵, pero el Profesor Brownlie lo repitió en la fase oral en una excepción preliminar y en la discusión sobre el fondo del asunto.³⁶

Se está ante un típico problema de interpretación, a ser resuelto conforme los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).³⁷ Interpretando el artículo I de la Convención, la CIJ recuerda jurisprudencia anterior³⁸ donde remarcó el objeto huma-

³³ Caso de la Convención de Genocidio, supra nota 1, §148.

³⁴ Ver, por ej. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª edición, Tecnos, Madrid, 2003 p. 746.

³⁵ Caso de la Convención de Genocidio (excepciones preliminares), supra nota 1, §32.

³⁶ M. MILANOVIC, *State Responsibility for Genocide*, 17 *European Journal of International Law* 553, p. 566.

³⁷ 1155 U.N.T.S. 33. La CIJ expresó en numerosos fallos que estas disposiciones reflejan costumbre internacional en la materia. Ver caso de la Convención de Genocidio, supra nota 1, §160.

³⁸ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, §161, refiriéndose a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Opinión

nitario y civilizador de la Convención, así como su carácter consuetudinario y de jus cogens. A la luz de este objeto y esta caracterización, la CIJ decide que en este artículo la expresión se comprometen no tiene un sentido meramente exhortativo sino que indica la intención de obligarse jurídicamente. Se genera por tanto una obligación de prevenir el genocidio, autónoma y distinta a las obligaciones emergentes de los artículos siguientes. Avanzando sobre la posible la existencia de una obligación de no cometer genocidio, observa la Corte:

“... El accionante sostuvo que semejante obligación es impuesta por el artículo IX, que confiere jurisdicción a la corte sobre controversias ‘incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado’ (...) Dado que el Artículo IX es esencialmente una disposición jurisdiccional, la Corte estima que primero debería comprobar si la obligación sustantiva de los Estados de no cometer genocidio puede surgir de otras disposiciones de la Convención. Artículo I (...) no requiere expressis verbis que los Estados se abstengan de cometer genocidio ellos mismos. Sin embargo, en la opinión de la Corte, tomando en cuenta el fin establecido en la Convención, el propósito del Artículo I es prohibir a los Estados de cometer genocidio ellos mismos. Esa prohibición surge, en primer lugar, del hecho que el Artículo categoriza el genocidio como ‘delito de derecho internacional’: acordando tal categorización los Estados partes lógicamente deben estar comprometiéndose a no cometer los actos así descritos. En segundo lugar, surge de la obligación expresa de prevenir la comisión de actos de genocidio (...) Sería paradójico que los Estados tuvieran una obligación de prevenir, dentro de su poder, la comisión de genocidio por personas sobre las que ejercen cierta influencia, pero no estuviera prohibido de cometer tales actos a través de sus propios órganos o personas sobre las que tienen un control tal que su conducta es atribuible al Estado...”³⁹

Con lo que la CIJ concluye que las partes contratantes están obligadas a no cometer los actos enumerados en el artículo III.⁴⁰ Esto resulta

consultiva) y a *Actividades armadas en el Territorio del Congo* (Aplicación nueva 2002) (La República Democrática del Congo c. Rwanda) (competencia y admisibilidad) §64, ver supra notas 7 y 8 respectivamente.

³⁹ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, §166 (traducción del autor)

⁴⁰ *Ibid.*, §167.

confirmado por el artículo IX, cuyo vocablo incluso confirma que la responsabilidad de los Estados por los actos del artículo III está comprendida en un grupo más amplio de controversias.⁴¹ La Corte concluye que la responsabilidad de los individuos y la de los Estados no son mutuamente excluyentes, al sostener el concepto de dualidad de la responsabilidad, que, según ella

“... sigue siendo un rasgo constante del derecho internacional. Este rasgo está reflejado en el artículo 25, párrafo 4 del Estatuto de Roma para la CPI (...): ‘Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.’ (...) El Proyecto de Responsabilidad del Estado (...) afirma la otra cara de la moneda en el artículo 58: ‘Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.’”⁴²

Dado que muchas veces los Estados cometen atrocidades contra sus propios súbditos, cobra relevancia el carácter erga omnes de estas obligaciones: en principio Estados no afectados pueden invocar la responsabilidad de otro cometiendo genocidio contra su propia población. Así se observa que en el fallo, la CIJ no objetó el pedido de Bosnia que se declarase de responsabilidad por actos de genocidio cometidos fuera de su territorio, en el de la RFY⁴³. Al faltar prueba del *dolus specialis*⁴⁴ de la demandada, tal responsabilidad sin embargo no se llega a declarar.⁴⁵

Establecida la responsabilidad de los Estados por los actos del artículo III, se examinará seguidamente en qué consisten.

⁴¹ *Ibid.*, §169.

⁴² *Ibid.*, §173.

⁴³ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, §368 - 369.

⁴⁴ *Infra* III. 4.3.

⁴⁵ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, §369, 373 y 376.

3.3. Los "Demás" Actos del Artículo III de la Convención

El artículo III dispone que sean castigados además del genocidio, la asociación para cometerlo, la instigación pública y directa a cometerlo, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio. Se hará referencia a estos "demás actos" sólo brevemente porque el eje de este trabajo es el genocidio. Estas otras conductas pueden considerarse secundarias, pues, como lo sostiene la CIJ, de hallarse responsabilidad por actos de genocidio, se torna innecesario examinar la responsabilidad por los demás actos del artículo III. Así, si bien es posible que un acto califique no sólo como genocidio sino también como la asociación para cometerlo o instigación a cometerlo, la responsabilidad por genocidio absorbe la responsabilidad por los otros dos. Además, es lógica y legalmente insostenible responsabilizar a un Estado tanto por genocidio como por la tentativa o la complicidad en él.⁴⁶

La asociación para cometer genocidio, la instigación pública y directa y la tentativa son delitos incompletos, carácter que los distingue de formas de participación: la instigación es punible aunque de hecho nadie fuera efectivamente "instigado" y la tentativa se da sólo cuando no se cometió genocidio.⁴⁷

- La asociación para cometer genocidio se da cuando dos o más personas acuerdan un plan común para cometerlo mientras comparten el *dolus specialis*.⁴⁸

- La instigación no debe confundirse con el llamado "hate speech" genérico⁴⁹, penalizado en algunos países europeos, sino que constituye su

⁴⁶ *Ibid.*, § 380.

⁴⁷ M. MILANOVIC, *supra* nota 35, p. 572.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ El "hate speech" es el discurso que no tiene otro significado que la expresión de odio hacia cierto grupo, como una raza determinada, especialmente en circunstancias en las que la comunicación probablemente suscite violencia. *Black's Law Dictionary*, 8ª edición, Thomson West, 2004 (traducción del autor). Es interesante notar que mientras en Estados Unidos se suele interpretar que la Primera Enmienda impide la penalización del discurso en base a su contenido, en Europa el segundo inciso del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

forma más extrema. Debe ser directa, urgiendo a otros individuos de tomar acción delictual inmediatamente y debe ser pública, requiriendo de una audiencia abierta.⁵⁰

- La tentativa de genocidio se da cuando el elemento *mens rea* se ve satisfecho, pero no encuentra elemento correspondiente del *actus reus*,⁵¹ habiendo tenido lugar actos de ejecución, es decir, el perpetrador comenzó a ejecutar su plan pero por una causa ajena a su voluntad no llegó a consumar el delito. Es más propio del derecho penal, puesto que la responsabilidad de un Estado por tentativa no sería más que una posibilidad teórica.⁵²

- La complicidad en el genocidio se define por la acción positiva de apoyo otorgada con pleno conocimiento de los hechos. El cómplice no necesita compartir pero debe al menos conocer el *dolus specialis* del autor principal.⁵³ La Corte lo distingue de la violación de la obligación de

Fundamentales permite la restricción de la libertad de expresión bajo estrictos requerimientos de proporcionalidad (véase, por ejemplo *Garaudy c. Francia* de la Corte Europea de Derechos Humanos, disponible en <<http://echr.coe.int>>). El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó explícitamente a los Estados Miembros que combatieran el *hate speech*. Recomendación No. R (97) 20, disponible en <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=582598&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&IntranetImage=43037>> (13/6/2007).

⁵⁰ M. MILANOVIC (ver *supra*, nota 35) menciona el caso *El Fiscal c. Nahimana, Ngeze y Barayagwiza*, ICTR-99-52-T, contra los propietarios y editores de Radio Télévision Libre des Mille Collines. Las emisiones equiparaban a los Tutsis con cucarachas que debían ser exterminadas, y se leían listas de personas a ser muertas.

⁵¹ R. ARNOLD, *The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court*, 14 *Crim. L. Forum* [2003] 127.

⁵² M. MILANOVIC, *supra* nota 35, p. 573.

⁵³ Caso de la Convención del Genocidio, *supra* nota 1, §421; ver tb. *El Fiscal c. Habyarimana*, ICTR-96-4-T, disponible en

<<http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm>> (20/04/2007), § 540-541 y *El Fiscal c. Musema*, ICTR-96-13A, disponible en

<<http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Musema/judgement/index.htm>> (20/04/2007), § 181.

Véase también la sentencia del 9/5/2007 de la Cámara de Apelaciones de 's-Cambridge (Países Bajos) en el caso Van Anraat, donde se absolvió de complicidad en genocidio a un hombre de negocios que había vendido más de mil toneladas de fiodigicol

prevenir, donde pueden faltar tanto la acción positiva como el conocimiento.⁵⁴ Se cubren aquí una serie de conductas que van desde el *aiding and abetting*⁵⁵ hasta conductas que buscan garantizar la impunidad, como la eliminación de prueba.⁵⁶

4. Noción Jurídica del Genocidio según la Convención

La Convención da la definición de genocidio en su artículo II, que dispone:

“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;

(TDG) al régimen iraquí durante los años ochenta. Esta sustancia química sirvió de base para el gas mostaza usada en la campaña de Anfal contra los kurdos. Aunque se demostró que el sujeto sabía que el TDG servía de base para el gas letal, no se comprobó su conocimiento de la intención genocida del régimen, por lo que no fue considerado cómplice en el genocidio. La sentencia (en neerlandés) está disponible en

http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BA4676&u_ljn=BA4676 (13/6/2007).

⁵⁴ *Ibid.*, § 432.

⁵⁵ *Aiding and abetting* es una especie de participación delictual que literalmente traducida significa ayudar (asistir) e instigar (alentar). “*Aid*’ es *asistir o ayudar a otro*. ‘*Abet*’ significa, literalmente, *cebar o excitar, como en el caso de un animal*. En sentido jurídico, significa *animar, aconsejar o instigar la comisión de un delito*.” Charles E. TORCIA, *Wharton’s Criminal Law*, Vol. 1 § 29, 15ª edición, Clark Boardman Callaghan, Rochester (NY), 1993 (traducción del autor).

⁵⁶ M. MILANOVIC, *supra* nota 35, p. 573

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.” (énfasis añadido)

De esta definición surge que la noción jurídica de genocidio consiste de tres elementos acumulativos: la *mens rea* (elemento subjetivo), el grupo protegido y el *actus reus* (elemento objetivo).

4.1. *Actus Reus*

El *actus reus*, o elemento material u objetivo, es la forma en que el autor lleva a cabo su intención o *mens rea*. La Convención hace una enumeración taxativa de cinco actos. Otros actos, como la confiscación de propiedad y la destrucción de patrimonio cultural, aun llevados a cabo con la *mens rea* requerida por este artículo, por sí no constituyen genocidio.

La CIJ empieza por destacar que los actos mismos deben tener su propia voluntariedad, tesis afirmada jurisprudencialmente hace tiempo ya por el TPIR y el TPIY.⁵⁷ Desde la doctrina se han escuchado voces en contra de esta posición.⁵⁸ Entre otros argumentos se esgrime que a pesar de que el texto francés usa en el inc. a) la palabra *meurtre* (que suele indicar intencionalidad), en español e inglés se usa *matanza*⁵⁹ y *killings*⁶⁰ respectivamente, términos que son comprensivos de hechos involuntarios. Se sostiene además que cuando la Convención requiere intencionalidad lo establece expresamente, como es el caso en los incisos c) y e). Si además de acreditar la *mens rea* debiera demostrarse la intencionalidad de los actos prohibidos resultaría una carga probatoria ya no pesada sino directamente aplastante.

⁵⁷ Caso de la Convención del Genocidio, *supra* nota 1, § 186.

⁵⁸ D. L. NERSESSIAN, *supra* nota 10, a partir de p. 266.

⁵⁹ Los dos significados relevantes del término *matanza* son “acción y efecto de matar”, y la “mortandad de personas ejecutada en una batalla, asalto, etc.” A su vez, *matar* significa “quitar la vida” (Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición), con lo que queda claro que el término *matanza* es comprensivo de la muerte causada sin intención.

⁶⁰ “*To kill*” es definido como *terminar la vida, causar la muerte física*. Black’s Law Dictionary, *supra* nota 48

En realidad demanda un ingenio agudo recordar o imaginar un supuesto de genocidio compuesto por hechos que, además de ser involuntarios, van acompañados de la intención de destruir total o parcialmente al grupo. Generalmente no se aprecia dificultad en acreditar la intencionalidad del *actus reus*, que suele resultar del cúmulo probatorio mucho más importante que demanda la *mens rea*. En efecto, la prueba que demuestra la intención de eliminar grupo protegido del autor (el elemento subjetivo), suele indicar que los actos que llevó a cabo fueron intencionales.

Veamos como los hechos del caso bajo análisis encuadraron en este elemento del genocidio. La Corte consideró suficientemente acreditada la matanza de miembros del grupo, con un gran cúmulo de pruebas ofrecidas por Bosnia. Entre otros hechos se mencionó, conforme al inciso a) del artículo I de la Convención, la muerte o desaparición de casi diez mil personas durante el sitio de Sarajevo,⁶¹ graves matanzas en el área de la municipalidad de Prijedor⁶² y las matanzas masivas en campos de concentración, de los cuales algunos eran más bien campos de muerte.⁶³ Bajo este acápite se trataron las atrocidades cometidas en Srebrenica, donde las fuerzas de la Republika Srpska, desoyendo una resolución del Consejo de Seguridad que declaraba a la ciudad como zona segura,⁶⁴ desarmaron el batallón neerlandés de UNPROFOR, y atacaron la ciudad. Cargaron a 25.000 habitantes en buses atestados, separando previamente a los varones musulmanes de edad militar. Más de siete mil de ellos nunca se volvieron a ver.⁶⁵

La Corte también consideró acreditados los actos del inciso b), con graves abusos sexuales, violaciones, tortura y palizas, condenados inclusive en repetidas ocasiones por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General.⁶⁶

⁶¹ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 247.

⁶² *Ibid.*, § 257.

⁶³ *Ibid.*, § 262.

⁶⁴ Res. CS 819 y 824, disponible en <<http://www.un.org/spanish/docs/sc93/scres93.htm>> (20/04/2007).

⁶⁵ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 278.

⁶⁶ *Ibid.*, § 300, 302-306, 307, 309, 313.

En cuanto al inciso c) también queda acreditado el *actus reus* por ataques a áreas civiles (con bombardeos y francotiradores agrediendo a civiles inocentes), deportación, expulsión y labor forzada.⁶⁷

La Corte no acepta la destrucción de propiedad histórica, religiosa y cultural como acto prohibido.⁶⁸ Bosnia había mencionado, por ejemplo, el daño a monumentos no incidental a los combates sino como resultado de ataques dirigidos directamente contra ellos, y la destrucción de mezquitas con la erección posterior de basurales o centros comerciales en su lugar.⁶⁹ Sí menciona que pueden ser tomados como prueba de la intención de destruir al grupo.

Bajo el inciso d), Bosnia alegó violencia sexual a gran escala contra mujeres y varones, destinada a afectar su capacidad procreativa. La CIJ lo rechazó dada la falta total de prueba.⁷⁰

Finalmente, en cuanto acápite e), Bosnia sostuvo que la impregnación forzosa de mujeres y su subsiguiente internación en campos hasta que fuera demasiado tarde para que aborten tenía por propósito trasladar a los no nacidos al grupo de los Serbiobosnios. La Corte resalta la falta de prueba de una política de impregnación forzosa o del propósito de trasladar a los niños del grupo protegido.⁷¹

Donde se acreditó suficientemente el *actus reus* (en este caso los incisos a), b) y c) del artículo I), la Corte siguió examinando la presencia de *mens rea*. Como veremos, en la mayoría de los casos, las alegaciones de Bosnia no prosperaron.

4.2. El grupo protegido

Sólo se configura el genocidio cuando los actos se dirigen contra miembros de un grupo protegido. La enumeración de los grupos es taxativa.

⁶⁷ *Ibid.*, § 323, 329.

⁶⁸ *Ibid.*, § 344 La Corte cita el Anuario de la 48ª Sesión de la CDI, donde se destaca que la Convención contempla sólo el genocidio físico y biológico, no el *genocidio cultural*.

⁶⁹ *Ibid.*, § 340.

⁷⁰ *Ibid.*, § 361.

⁷¹ *Ibid.*, § 362-367.

Por ejemplo, los 1,6 millones de muertos por el Khmer Rouge en Camboya jurídicamente no constituyen genocidio al dirigirse estos actos contra grupos políticos, un grupo no incluido en la Convención.

Esta exclusión de grupos políticos dio lugar a crítica negativa. Hay doctrina que considera nulo el artículo II en cuanto excluye a los grupos políticos, puesto que violaría una norma *jus cogens*.⁷² De todas maneras, se trata de una posición minoritaria que tal vez encuadre en los esfuerzos por dilatar artificialmente la noción jurídica de genocidio. Ello se debe aparentemente a que muchos definen el genocidio como “crimen de los crímenes”, como si la gravedad de un delito dependiera del nombre que se le da. Sencillamente no hay indicio en el derecho positivo que permita concluir que el genocidio sea más reprochable que otros delitos de lesa humanidad similares, cuya prohibición también integra el *jus cogens*. No es el grado de atrocidad o el gran número de víctimas sino una forma extrema de *mens rea* —a ser analizada seguidamente— que especifica al genocidio dentro del género de delitos de lesa humanidad.

Como se protege a grupos humanos, sólo se protege a individuos por su pertenencia a una colectividad. Así, remarca un autor que la matanza de hutus liberales en Rwanda no constituyó genocidio, por más que hubiera sido parte del plan de erradicar a los Tutsis.⁷³

En el caso bajo análisis, Bosnia definió el grupo protegido como “el grupo nacional, étnico o religioso no-serbio dentro de, pero no limitado a, el territorio de Bosnia y Herzegovina, incluyendo particularmente la población musulmana.”⁷⁴ La Corte no aceptó tal definición, resaltando que como el genocidio constituye la “negación del derecho de existencia a grupos humanos”,⁷⁵ debe darse la intención genocida respecto del grupo como tal. Es menester entonces definir el grupo por sus caracteres positivos. Como en sus alegaciones Bosnia se refirió primordialmente a los

⁷² B. VAN SCHAACK, *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, 106 *Yale L. J.* [1997] 2259, p. 2272. Para afirmar que la noción consuetudinaria de genocidio incluye a los grupos políticos la autora se apoya *inter alia* en la Res. AG 96 (I), que expresamente menciona a los grupos políticos. Supra, nota 24

⁷³ D. L. NERSESIAN, supra nota 10, p. 260.

⁷⁴ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 191.

⁷⁵ Res. AG 96 (I), supra, nota 24

Bosnios Musulmanes, la Corte decidió examinar sólo los hechos respecto de ese grupo, excluyendo los que no pertenecen a ese grupo (ej. los Croatas).⁷⁶

La Corte hizo tres observaciones generales más en referencia al grupo, basándose en jurisprudencia del TPIR y TPIY y en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI⁷⁷:

1. Un criterio de sustancialidad: la parte del grupo contra la que se dirigen los actos debe ser suficientemente significativa para tener un impacto en el grupo como todo.

2. Puede ocurrir genocidio cuando existe la intención de destruir el grupo dentro de un área geográficamente limitada. No es necesario conseguir la aniquilación completa de un grupo en el mundo entero.

3. Un criterio cualitativo: además del tamaño numérico de la porción contra la que se atenta, puede ser una consideración útil su prominencia dentro del grupo.⁷⁸ Se remite como ejemplo a la cita de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kristić* al hacer referencia al elemento de *mens rea*, *infra*.

4.3. *Mens Rea*

El artículo II de la Convención requiere de un elemento mental específico: la intención de “destruir, total o parcialmente un grupo... como tal”. La doctrina designa este requisito como *dolus specialis* (dolo específico). Esta intención extrema define la esencia del genocidio, por lo que vale detenerse detalladamente en ella.

Aun estando frente a actos prohibidos contra un grupo protegido, no es suficiente que el autor sólo tenga un ánimo discriminatorio, que persiga

⁷⁶ Caso de la Convención de Genocidio, supra nota 1, § 196.

⁷⁷ Anuario de la CDI, 1996, Vol. II, segunda parte, disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(c\)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(c)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf) (20/04/2007).

⁷⁸ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 198 - 200.

a un grupo determinado, inclusive mediante matanzas u otras manifestaciones inhumanas. Para que pueda hablarse de genocidio, el perpetrador debe tener la intención positiva de destruir a ese grupo.⁷⁹ Además, en palabras del mismo artículo, debe buscar la destrucción del grupo como tal, no meramente la de individuos aislados pertenecientes a ese grupo.⁸⁰

Este elemento distingue el genocidio de los demás delitos de lesa humanidad, y sobre todo del concepto de "limpieza" étnica, una expresión aun más reciente que la de genocidio.⁸¹ En la terminología lega llegan a confundirse, pero mientras que en el genocidio existe la intención de destruir, aquí sólo se busca que un área llegue a ser étnicamente homogénea, propósito que puede cumplirse con o sin genocidio. La limpieza étnica por sí misma no está alcanzada por la Convención.

Los tribunales internacionales han recalcado constantemente este elemento característico: no es suficiente que el perpetrador supiera que el delito subyacente llevaría inevitable o probablemente a la destrucción del grupo: la destrucción debe ser el objetivo de los delitos.⁸² La CIJ da un buen ejemplo de ello cuando tuvo que tratar la cuestión de si el empleo de armas nucleares estaría prohibido por la Convención:

"Se afirmó ante la Corte que el número de muertes causadas por el empleo de armas nucleares sería enorme... y que la intención de destruir... podía inferirse de la circunstancia de que quien hubiera usado el arma nuclear se había abstenido de tener en cuenta los efectos bien conocidos del empleo de esas armas. A ese respecto, la Corte puede señalar que la prohibición del genocidio sería pertinente en este caso si el recurso a las armas nucleares entrañara en efecto el elemento de inten-

⁷⁹ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 187 y 188, citando a *Fiscal contra Kuprešić et al.* IT-95-16-T, §636

⁸⁰ *El Fiscal contra Brđjanin*, IT-99-36-T (1ª instancia), § 700, disponible en <<http://www.un.org/icty/brdjanin/trialc/judgement/brd-tj040901e.pdf>> (20/04/2007).

⁸¹ Es una traducción literal de la expresión "etničko čišćenje" en Serbio-Croatia, que empezó a usarse por los medios masivos que reportaron el establecimiento de territorios "étnicamente limpios" en Kosovo en 1981, por medios administrativos no violentos. M. GRIFFITHS y T. O'CALLAGHAN, supra nota 9, p. 93.

⁸² *El Fiscal contra Blagojević y Jokić*, IT-02-60-T, §656, disponible en <<http://www.un.org/icty/blagojevic/trialc/judgement/blu-050117e.pdf>> (13/6/2007)

ción respecto de un grupo como tal... A juicio de la Corte, sólo se podría llegar a esa conclusión tras considerar debidamente las circunstancias propias de cada caso."⁸³

En principio puede inferirse la intención genocida, pero ello sólo se permite cuando se trata de la única inferencia posible. En una ocasión, el TPIY tuvo en cuenta cuatro factores específicos: la extensión de la destrucción, la existencia de un plan o una política genocida, la perpetración de otros actos cometidos como parte del mismo patrón de conducta y las declaraciones del acusado.⁸⁴ Estos factores no son exclusivos, también ha mencionado otros.⁸⁵

No asombra, en vista de la rigurosidad del *dolus specialis*, que la acreditación de este elemento fuera el más problemático para Bosnia. En grandes líneas, los hechos traídos ante la Corte se agrupan principalmente en cuatro áreas: Sarajevo, el valle del Río Drina, Prijedor, Banja Luka, Brèko y Srebrenica. Como ya se aclaró, el *actus reus* se verificó sin problemas significativos para los incisos a), b) y c) del artículo II. Bosnia optó por una aproximación general en cuanto a la *mens rea*: todo lo alegado constituye un gran genocidio, siendo los hechos particulares nada más que manifestaciones o ejemplos.⁸⁶ Pero, como era de esperarse, la Corte verificó la presencia de la *mens rea* individualmente para cada hecho. Recién cuando desechó la intención genocida en todos los casos salvo uno, el de Srebrenica, pasó a examinar la alegación de que de este patrón de hechos en podía inferirse el *dolus specialis*.

La Corte notó que ello implicaba trasladarse de la intención de los perpetradores individuales a la de las autoridades (de la Republika Srpska

⁸³ Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Empleo o la Amenaza de Armas Nucleares, § 26, 1996 *ICJ Rep.* 240. Texto en español disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf> (20/04/2007). Nótese la opinión en disenso del Magistrado Weeramanthy: *Si la matanza de seres humanos, de 1 a 1 000 millones, no queda comprendida en la definición de genocidio, más vale preguntarse qué es lo que queda comprendido.* (id. en p. 501, p. 284 del texto en español).

⁸⁴ *El Fiscal c. Brđjanin*, supra nota 79, §971-989.

⁸⁵ *El Fiscal c. Jelisić*, IT-95-10-A (Cámara de Apelaciones), § 47 disponible en <<http://www.un.org/icty/jelisić/appeal/judgement/jel-aj010705.pdf>> (20/04/2007)

⁸⁶ M. Milanović, supra nota 35, p. 592.

o de Serbia). Siguió observando que cuando no se pudiera demostrar la intención respecto de los hechos particulares, al menos debía probarse la existencia de un plan general, conforme jurisprudencia del TPIY.⁸⁷ Dado que no fue el caso, la Corte sostuvo que no hubo genocidio sino en Srebrenica, rechazando la mayoría de los planteos de Bosnia.

En cada uno de los casos donde la CIJ concluyó que había *actus reus* mas no *mens rea*, se preocupó en destacar que si bien no había genocidio, se estaba ante delitos de lesa humanidad. Estos hechos, sin embargo, quedan excluidos del artículo IX de la Convención, por lo que carecía la Corte de competencia para decidir sobre ellos.⁸⁸

Pese a ello, la Corte concluyó que en base a (*inter alia*) jurisprudencia del TPIY quedaba suficientemente demostrado el *dolus specialis* en la masacre de Srebrenica. No dudó entonces en repetir las palabras severas de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kristić*:

“La gravedad del genocidio se refleja en los requisitos rigurosos que deben ser satisfechos antes de que esta condena sea impuesta. Estos requisitos... evitan el peligro que condenas por este delito sean impuestas a la ligera. Sin embargo, cuando estos requisitos se hallan satisfechos, no debe el derecho hesitar referirse al delito cometido por su nombre... Las fuerzas bosnio-serbias... buscaron la extinción de los cuarenta mil musulmanes bosnios viviendo en Srebrenica, un grupo emblemático de los musulmanes bosnios en general. Despojaron a todos los prisioneros masculinos musulmanes de sus pertenencias e identificación, y deliberada y metódicamente los mataron sobre la sola base de su identidad... La Cámara de Apelaciones enuncia inequívocamente que la ley condena, en términos apropiados, la profunda y perdurable herida infligida, y llama a la masacre en Srebrenica por su nombre apropiado: genocidio. Los responsables llevarán este estigma, y servirá como una advertencia a aquéllos que en el futuro contemplan la comisión de un acto tan repugnante.”⁸⁹

⁸⁷ Caso de la Convención del Genocidio, *supra* nota 1, § 371 y 373.

⁸⁸ *Ibid.*, § 277, 319 y 334.

⁸⁹ *Ibid.*, § 293, citando a *El Fiscal contra Kristić*, IT-98-33-A, Cámara de Apelaciones, §37 (traducción del autor).

5. Normas Secundarias: la Atribución del Genocidio en Srebrenica

Afirmada la violación de una obligación contenida en las normas primarias, la Corte abordó la pregunta de si cabía imputarla a Serbia según las reglas secundarias de responsabilidad. Tenía que resolver la Corte por qué estándar jurisprudencial de atribución se inclinaría, el de control general, establecido por el TPIY en el caso *Tadić*⁹⁰ o su propio estándar de control efectivo, afirmado en el caso *Nicaragua*.⁹¹ Con mucha coherencia, la Corte se definió por el último, sentando jurisprudencia muy anticipada y de gran importancia para el futuro en materia de responsabilidad de los Estados por la conducta de actores no estatales.⁹²

Las normas consuetudinarias atinentes a la atribución en materia de responsabilidad internacional se encuentran codificadas en el Proyecto de Responsabilidad del Estado de la CDI,⁹³ un cuerpo de reglas secundarias. La mayoría reflejan costumbre internacional existente. Una minoría todavía pertenece al sector de “desarrollo progresivo” del derecho internacional, y es doctrina internacional autoritativa, en particular lo concerniente a las consecuencias de un ilícito. En la Resolución 56/83 (2001),⁹⁴ la AG encomendó el Proyecto a los Gobiernos dejando la puerta abierta para su adopción futura u otra acción apropiada. La CIJ se refiere corrientemente al Proyecto.

⁹⁰ *El Fiscal c. Duško Tadić*, *supra* nota 23.

⁹¹ *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos) (Fondo del asunto), 1986 *ICJ Rep.* 14.

⁹² Ejemplos de hipotéticos casos futuros donde se discutan las matanzas por los *Janjaweed* en Darfur, donde ya perecieron más de 450.000 personas. Aunque algunos Estados ya hablan abiertamente de genocidio, la ONU es cautelosa y señaló que falta el elemento subjetivo de genocidio para responsabilizar al Gobierno sudanés, dejando en claro que sin duda estamos ante delitos de lesa humanidad que merecen igual reprobación que el delito de genocidio. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (de conformidad con Res. CS 1546 del 18/9/2007) § 518-522.

⁹³ *Supra*, nota 30.

⁹⁴ Resolución 56/83 de la AG de Naciones Unidas, disponible en http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res56_1s.htm (20/04/2007).

La conveniencia política y científica de tener un cuerpo separado en materia de responsabilidad internacional de los Estados se explica históricamente.⁹⁵ La separación conceptual entre normas primarias y secundarias, ajena a los juristas del Common Law -quienes no conocen una teoría general de la responsabilidad- se remonta a Roberto Ago.⁹⁶ Tradicionalmente, se entendía por responsabilidad internacional el trato a los extranjeros. Hacia la década de los cuarenta empieza a gestarse la visión de que en realidad, la responsabilidad internacional engloba toda infracción a una norma internacional. Bajo la dirección de Ago en los años sesenta, la CDI se embarca en la formulación de una teoría de la responsabilidad que deja lado las obligaciones primarias. Era la única forma de llegar a un cuerpo general de responsabilidad: si la CDI seguía refiriéndose al trato a los extranjeros debería tarde o temprano abordar todas las obligaciones y era lisa y llanamente imposible hacer semejante compilación, como lo habían demostrado los esfuerzos malogrados de García Amador, quien previamente había encabezado la Comisión.

Este método, que la CDI sigue hasta hoy, permitió elaborar un bloque compacto de principios generales pero concisos, que impregnan a toda la responsabilidad internacional e inclusive sirven a regímenes especializados, como la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), el Comité de Derechos Humanos, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), los grupos especiales y el órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio, etcétera.⁹⁷ Además de su universalidad, se nota el valor unificador de estas reglas. También fue importante que la CDI dejara de ocuparse de las obligaciones primarias de los Estados: inevitables injerencias políticas hubieran de otra manera comprometido la calidad científica del Proyecto.

⁹⁵ Los dos párrafos siguientes se inspiran en gran medida en D. Bodansky y J. R. Crook, *Symposium: the ILC's State Responsibility Articles - Introduction and Overview*, 96 *Am. J. Int'l L.* [2002] 773.

⁹⁶ Roberto Ago fue un importante jurista italiano. Además de enseñar en varias universidades, fue juez de la CIJ entre 1979 y 1995.

⁹⁷ Informe del Secretario General: Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos - Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales. A/62/62, disponible en <<http://www.un.org/Docs/journal/usp/ws.asp?m=A/62/62>> (20/04/2007).

Parte de este capítulo busca demostrar que la opción por el estándar de control específico fue la mejor forma de preservar la nítida distinción entre normas primarias y secundarias. Este método aporta la mayor claridad conceptual.

A pesar de la rigurosa separación analítica entre normas primarias y secundarias, en los hechos ambas pueden confundirse. En efecto, clasificar una regla como parte de las que fija un modo determinado de comportamiento o como parte de las que adjudican responsabilidad es arbitrario en buena medida.⁹⁸ Por una parte es imposible una separación tajante y por otra el Proyecto de la CDI depende en buena medida del consenso logrado en el seno de la Comisión. Dado que existe cierta superposición entre los actos del artículo III de la Convención y las reglas de atribución, la CIJ tuvo que fijar un orden lógico para evitar incurrir en contradicciones.

Dijo la CIJ en primer lugar que existiendo genocidio, debe primero verificarse si puede ser atribuido al Estado. Si la respuesta es afirmativa, es innecesario seguir verificando la responsabilidad del Estado por los demás actos del artículo III, por las razones expresadas con anterioridad.⁹⁹ En cambio, si ningún acto de genocidio puede ser imputado al Estado habrá de controlar primero si cabe responsabilizario por los otros actos del artículo III para recién luego pasar a examinar si el Estado cumplió con la obligación de prevenir, porque no puede hacerse responder a un Estado que participó activamente del genocidio por la falta de prevención.¹⁰⁰ Finalmente, aun cuando se decida que un Estado cumplió cabalmente con la obligación de prevenir (una obligación de medio), ello no significa que haya cumplido con la obligación de sancionar.¹⁰¹ Este es el esquema de la responsabilidad de los Estados bajo la Convención que termina asentando la Corte. De todas maneras, en este trabajo se examina únicamente la responsabilidad del Estado por genocidio; las demás obligaciones no ofrecen el mismo grado de complejidad.

⁹⁸ D. BODANSKY y J. R. CROOK, *supra* nota 94, p. 780.

⁹⁹ Caso de la Convención del Genocidio, *supra* nota 1, § 380; ver *supra* punto III.3. Los demás actos del artículo III de la Convención.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 382.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 383.

Cabe examinar ahora la atribución de la responsabilidad por el genocidio en Srebrenica. Bajo las normas consuetudinarias, un Estado responde por los actos de sus órganos. En el caso presente, la Corte decidió que el ejército de la Republika Srpska y la unidad paramilitar de los Escorpiones, los dos grupos que cometieron el genocidio, no eran ni podían ser considerados tales.¹⁰² El problema de atribución pasó a ser entonces uno de dirección o control, receptado en el artículo 8 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

5.1. Los dos Estándares de Atribución por Dirección o Control

El grado de control fue debatido ante la CIJ en el caso Nicaragua,¹⁰³ donde una de las cuestiones era la imputación de los actos de los contras a Estados Unidos. Mientras decidió que Estados Unidos los había apoyado con planificación, dirección y apoyo, rechazó la alegación por parte de Nicaragua que el comportamiento de aquellos fuera atribuible a la demandada, siendo una situación general de dependencia y apoyo insuficiente para ello. Subrayó la necesidad de probar un control efectivo por parte del Estado de las operaciones en el curso de las cuales se cometieron las violaciones.¹⁰⁴

Sin embargo, en el año 1999 la Cámara de Apelaciones del TPIY se apartó de este precedente en el caso Tadic. Si bien se trataba de un caso de responsabilidad individual y no estatal, el Tribunal recurrió a las reglas de atribución para establecer si el acusado había cometido las violaciones en el transcurso de un conflicto armado internacional. En el caso de una respuesta afirmativa, las víctimas de sus actos asumirían el carácter de personas protegidas bajo la Cuarta Convención de Ginebra¹⁰⁵ y podía ser

¹⁰² *Ibid.*, § 389 y 394.

¹⁰³ *Supra*, nota 90.

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 115.

¹⁰⁵ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, disponible en <http://www.ohchr.org/spanish/law/personas_civiles.htm> (20/04/2007).

hallado culpable el acusado de infringir el artículo 2 del Estatuto.¹⁰⁶ En primera instancia había decidido el Tribunal que no era posible imputar los actos del ejército de la Republika Srpska a la RFY según los criterios sentados por la CIJ en el caso Nicaragua, careciendo el conflicto de internacionalidad.

La Cámara de Apelaciones revirtió esta decisión en una contra apelación del fiscal. Sostuvo que no había razón para fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera las circunstancias y que el grado de control podía variar según las circunstancias.¹⁰⁷ Decidió que en el caso de individuos formando parte de un grupo organizado y estructurado jerárquicamente, bastaría un control general por parte del Estado.¹⁰⁸ Continuó expresando que el caso Nicaragua contrariaba la práctica de los Estados, citando decisiones como *Kenneth P. Yeager* del Tribunal de Reclamaciones de Irán – Estados Unidos¹⁰⁹ y *Loizidou c. Turquía* de la CEDH.¹¹⁰

El TPIY encontró que existía tal control general, equiparando el ejército de la Republika Srpska a un órgano de facto de la RFY, y calificó el conflicto en Bosnia como internacional.¹¹¹ A pesar de ello, la CIJ reafirmó el estándar sentado en el caso Nicaragua a fines de 2005 en un problema de control del *Mouvement de libération du Congo* por parte de Uganda.¹¹² La jurisprudencia internacional en materia del artículo 8 del Proyecto de la Responsabilidad del Estado de la CDI había perdido su criterio único, una manifestación de la creciente fragmentación del Derecho Internacional.¹¹³

¹⁰⁶ Estatuto del TPIY, *supra* nota 11.

¹⁰⁷ *El fiscal c. Duško Tadić*, *supra* nota 23, § 117.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 120.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 126.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 128.

¹¹¹ *Ibid.*, § 162.

¹¹² *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>> (20/04/2007), § 160.

¹¹³ Ver, por ej. R. HUGHES, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 *ICJQ* 791, p. 794.

5.2. Algunos Problemas del Fallo *Tadić*

Se buscan subrayar aquí algunos problemas lógicos y legales del fallo de la Cámara de Apelaciones del TPIY. En primer lugar, la Cámara de Apelaciones destaca que la ratio legis del artículo 8 del Proyecto de la CDI es el evitar la elusión de los Estados de la responsabilidad internacional mediante la actuación de particulares.¹¹⁴ Convierte esto en el punto de partida de su razonamiento, perdiendo tal vez un poco de vista que si bien es cierto el fundamento enunciado, el artículo 8 es en definitiva una excepción a la regla general de que los Estados sólo responden por la actuación de sus órganos.¹¹⁵ Esa es la razón por la que la atribución de responsabilidad por dirección o control se interpreta estrictamente y requiere de un estándar riguroso. Convirtiendo una excepción en regla general se abren las puertas a la subversión del sistema de atribución. La CIJ se expresa en esta línea en el presente fallo.¹¹⁶

En segundo lugar, la Cámara parece hacer una lectura incompleta del fallo Nicaragua. Parte de la premisa que según la CIJ habría sólo una manera de atribuir los actos de particulares que no son órganos de jure: demostrar el control efectivo del Estado sobre estos individuos, convirtiéndolos así en órganos de hecho. En el fallo de la CIJ, este control se habría verificado en el caso de los llamados "ALUC"¹¹⁷ mas no en el caso de los contras.¹¹⁸

¹¹⁴ *El fiscal c. Duško Tadić*, supra nota 23, § 117.

¹¹⁵ Ver comentario de la CDI al Capítulo II del Proyecto, supra nota 30. Los Comentarios empiezan a partir de la p. 38.

¹¹⁶ Caso de la Convención del Genocidio, supra nota 1, § 406: "... el test de control general tiene la gran desventaja de ensanchar la responsabilidad del Estado más allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional: un Estado es responsable sólo por su propia conducta."

¹¹⁷ *Activos Latinos Unilateralmente Controlados*, con lo que se designaba a nacionales de países Latinoamericanos no identificados, pagados por y actuando bajo las instrucciones directas del personal de las fuerzas armadas o de inteligencia de los Estados Unidos. *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos) (Fondo del asunto), supra nota 90, § 75.

¹¹⁸ *El fiscal c. Duško Tadić*, supra nota 24, § 117.

Sin embargo, una lectura más acertada revela que la CIJ delineó dos formas de imputar la conducta de particulares que no ostentan la calidad de órganos de jure. El primer test de atribución delineado fue el de dependencia completa. Puesto que a estos órganos la ley interna del Estado no les confiere formalmente el rótulo de órganos pero en la realidad se desempeñan como tales, pasan a ser órganos de facto y resulta atribuible la generalidad de sus actos, como si fueran órganos de jure. Para expresarlo en palabras de la CDI, la razón es que "un Estado no puede eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio derecho."¹¹⁹ Este concepto, que encuadró a los ALUC, mas no a los contras,¹²⁰ se conoce también como agency test. La CIJ siguió expresando que si bien los contras no eran un órgano de hecho, su conducta sería imputable a Estados Unidos si se demostrase un control efectivo sobre sus operaciones, sin convertirlos por esa razón en un órgano de hecho. Tampoco se verificó este control, pero el criterio quedó sentado.¹²¹ Teniendo en cuenta que este test sirve para la atribución de la conducta de particulares en su calidad de tales, se entiende la especificidad y la rigurosidad del control efectivo, que ha de darse para cada conducta que se busque imputar. Hay aquí un grave problema con el test de control general: un control menos intenso y específico que el control efectivo, y aún menos riguroso que el de la dependencia completa, equipara particulares a órganos de hecho, imputándole al Estado la responsabilidad por la generalidad de sus actos.

Finalmente, es también cuestionable la interpretación de los fallos Yeager y Loizidou. En cuanto al primero remarca Milanovic que no se trata de un problema de control, sino de delegación de atribuciones de potestad pública, al estilo del artículo 5 del Proyecto de la Responsabilidad del Estado.¹²² En Loizidou c. Turquía la CEDH recurrió al test de

¹¹⁹ Comentario al artículo 4, supra nota 114.

¹²⁰ *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos) (Fondo del asunto), supra nota 90, § 109 y 110.

¹²¹ *Ibid.*, § 115.

¹²² M. MILANOVIC, *supra* nota 35, p. 586.

control efectivo general¹²³ no para resolver un problema de atribución, sino para determinar si el territorio donde residía la Sra. Loizidou se encontraba bajo la jurisdicción de Turquía y por ende aplicaban las previsiones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Era un problema de jurisdicción, no de atribución de una conducta.

Pese a todo esto, el fallo de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadić* no puede ser desechado. Un test relajado para la internacionalización de un conflicto cabe perfectamente en la tendencia de la humanización del derecho humanitario, es decir la aplicación cada vez más extensiva del derecho humanitario, cuyas disposiciones son cada vez más abarcativas.¹²⁴ Era impensable que el conflicto en Bosnia y Herzegovina no calificara como internacional. Cuando se aparta del criterio de control general, la CIJ lo hace con cuidado: "En cuanto es empleado el test de 'control general' para determinar si un conflicto armado es o no internacional, que era la única cuestión sobre la que debía decidir la Cámara de Apelaciones, bien puede ser que el test es aplicable y adecuado... Por otra parte, el TPIY presentó el test de 'control general' como igualmente aplicable en el derecho de la responsabilidad del Estado con el fin de determinar... cuándo un Estado es responsable por actos cometidos por... fuerzas armadas que no se encuentran entre sus órganos oficiales. En este contexto, el argumento a favor de ese test no es persuasivo."

Precisamente ahí está el fondo de la cuestión: en verdad no estaba el TPIY decidiendo sobre un tema de responsabilidad de los Estados (normas secundarias), sino que estaba resolviendo un problema de aplicación de normas primarias. Es innecesaria la atribución a un Estado de los actos de intervinientes en un conflicto armado para declarar su internacionalidad. Conciliar a ambos es hacer alquimia: se llega a una amalgama normativa que o bien perjudica la aplicabilidad de normas de

¹²³ *Loizidou v. Turkey, judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*, §49-57. Puede accederse a esta jurisprudencia desde la página de la CEDH, disponible en <<http://echr.coe.int>> (20/04/2007).

¹²⁴ Para una descripción del proceso que incluye a *Tadić* se puede recurrir a T. Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94 *American Journal of International Law* [2000] 239.

derecho humanitario o si no lleva la responsabilidad de los Estados por actos de particulares a extremos cuestionables. Pero es también por esta razón que pese a augurarse una vida efímera al control general como estándar de atribución, está sin embargo destinado a perdurar como criterio para la internacionalización de conflictos armados.

6. Conclusión

En su reciente pronunciamiento, la Corte Internacional de Justicia sentó jurisprudencia importante en materia de responsabilidad internacional de los Estados. Por un lado, precisó qué obligaciones les incumben bajo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, elaborando sobre refinamientos previos del concepto de Genocidio por parte de la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Por otra parte, reafirmó con fuerza su visión en materia de atribución de actos de particulares a los Estados. Lo común a ambos es, sin duda, la rigurosidad de las exigencias jurídicas.

La aberración del genocidio es un flagelo del que la comunidad internacional no se desprenderá con facilidad. Seguirá acosando la memoria colectiva de pueblos enteros. Aquí radica la importancia de este fallo: que puedan darse respuestas jurídicas adecuadas a las atrocidades más graves, y que los Estados se abstengan de ellas, para no cargar en el futuro con el estigma genocida.