

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR GENOCIDIO

La sentencia de la Corte internacional de Justicia en el caso de Srebrenica

Por Rafael Nieto Navia
De l'Institut de Droit international

El 26 de febrero de 2007 la Corte internacional de Justicia (“la Corte” o “la CIJ”) dictó su sentencia (“la sentencia”) en el caso sobre supuestas violaciones a la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio de 1948 (“la Convención”),¹ según demanda entablada el 20 de marzo de 1993 por Bosnia Herzegovina contra la República Federal de Yugoslavia (“FRY”), más tarde llamada Serbia y Montenegro y ahora simplemente Serbia. La jurisdicción de la Corte se basó en el artículo IX de la Convención que la faculta para resolver “[l]as controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la [...] Convención.”²

La Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio

Para el caso, los artículos relevantes de la Convención son los siguientes:

Artículo I

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.

Artículo II

¹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Todas las referencias de pie de página, salvo que se indique otra cosa, se hacen a la sentencia.

² La Corte determinó que tiene el poder para decidir sobre las violaciones alegadas a la Convención, pero que “no tiene el poder para decidir sobre violaciones de otras obligaciones internacionales que no sean genocidio, particularmente aquéllas relativas a la protección de los derechos humanos en conflicto armado. Ello es así incluso si las violaciones alegadas lo son a obligaciones impuestas por normas perentorias, u obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales que tengan carácter *erga omnes*.” Sin embargo, “como lo ha hecho en otros casos, la Corte recuerda la distinción fundamental entre la existencia y carácter obligatorio de obligaciones de derecho internacional y la existencia de una corte o tribunal con jurisdicción para resolver diferencias sobre el cumplimiento de tales obligaciones. El hecho de que no haya tal corte o tribunal no significa que las obligaciones no existan. Ellas conservan su validez y fuerza legal. Los Estados debe cumplir sus obligaciones internacionales, incluso el derecho internacional humanitario, y siguen siendo responsables por aquellos actos contrarios al derecho internacional que les puedan ser atribuidos (p.e. case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, pp. 52-53, para. 127).” (Paras. 147-148). La Corte confirmó también que es “un principio fundamental que ningún Estado puede estar sujeto a la jurisdicción [de la Corte] sin su consentimiento. Como lo dijo en el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, ‘la jurisdicción [de la Corte] depende del consentimiento de los Estados y, en consecuencia, la Corte no puede obligar a un Estado a comparecer ante ella . . .’ (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 260, para. 53). [...] [L]a Corte encontró que tal consentimiento existía, para el presente caso, de parte de la FRY, la que luego tomó el nombre de Serbia y Montenegro, sin ningún cambio en su personalidad jurídica” (Para. 76). Las traducciones de la sentencia u otros documentos de la CIJ no son oficiales.

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

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

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

[...]

Artículo IX

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

[...]

Artículo XVI

Una demanda de revisión de la presente Convención podrá ser formulada en cualquier tiempo por cualquiera de las Partes contratantes, por medio de notificación escrita dirigida al Secretario General.

La Asamblea General decidirá respecto a las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.³

En 1933, en un Informe a la Quinta Conferencia para la Unificación de la Ley Penal, el judío polaco Rafael Lemkin había propuesto la creación de los crímenes de “vandalismo” y “barbarie” (semejantes a lo que hoy llamamos genocidio),⁴ pero su propuesta fue rechazada.⁵ Más adelante, los Aliados incluyeron similares conceptos en los “crímenes contra la humanidad”, que comprendían “exterminación” y “persecución por razones políticas, raciales o religiosas”.⁶

³ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm

⁴ Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Washington, 1944), p. 91.

⁵ Schabas, W., *Genocide in International Law* (Cambridge, 2000), p. 26.

⁶ *Nürnberg Charter*, Article 6. Como los rechazos previos fueron explícitos, la inclusión posterior de los crímenes contra la paz trajo sobre la *Nürnberg Charter* la crítica de que se había violado el principio *nullum crimen sine lege*, lo cual fue, por supuesto, sistemáticamente rechazado por los tribunales (Schabas, *op. cit.*, p.27, footnote 82). Cuando el Tribunal de Nuremberg juzgó y condenó a los nazis por la sistemática destrucción de judíos, lo hizo por crímenes contra la humanidad (Schabas, *op. cit.*, p. 11).

Durante la Segunda Guerra Mundial, Lemkin acuñó la palabra *genocidio*⁷ para llamar así “un plan de diferentes acciones enderezadas a la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos nacionales, con el propósito de aniquilar a los mismos grupos”.⁸ Posteriormente, Lemkin participó activamente en la redacción de la Convención.⁹

Respecto de la Convención, la Corte ha dicho lo siguiente:

Es claro que la convención fue adoptada por razones puramente humanitarias y civilizadoras [...] [S]u objeto es, de un lado, salvaguardar la existencia de ciertos grupos humanos y del otro confirmar y apoyar los más elementales principios de moral. En tal convención los Estados Partes no tienen ningún interés propio: tienen simplemente un interés común, que es el cumplimiento de aquellos elevados principios que son la *raison d' être* de la convención.”¹⁰

También dijo la Corte que no puede haber discusión sobre que el crimen de genocidio está universalmente prohibido y que el propósito de Naciones Unidas al redactarla fue el de condenarlo y castigarlo como un “crimen internacional” enderezado a negarle a grupos humanos el derecho a existir, lo que va contra la conciencia de la humanidad, contrario tanto a la moral como al espíritu y propósito de las Naciones Unidas (Resolución 96 (I) de la Asamblea General, diciembre 11 de 1946). De manera que los principios consagrados en la Convención pueden considerarse de aquéllos reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a los Estados sin convención especial

[Otra] consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación que se requiere ‘para librar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (Preámbulo de la Convención).¹¹

Todos los artículos relevantes de la Convención, salvo los artículos I y II, tienen reservas.¹² Se sugiere, por ende, que solamente aquellos principios de la Convención que han sido reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados aún sin convención especial, porque su rechazo “chocaría la conciencia de la humanidad”, tienen el carácter de derecho imperativo (*jus cogens*). Esos principios son

⁷ A.J. Hobbins (ed.), *On the Edge of Greatness, The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights* (Montreal, 1994), Vol. I, 1948-49, p. 30.

⁸ Lemkin, R., *op. cit.*, p.79.

⁹ R. Nieto-Navia, “Introductory Remarks on the Establishment and Operation of the International (*Ad-Hoc*) Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, Zlata Dranas de Clément *et al.*, *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba 2003, Vol. II, p. 823.

¹⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Advisory Opinion*, 28 May 1951, ICJ Reports (1951), p. 23. Este caso confirma igualmente que la Convención se considera derecho consuetudinario internacional. En su Informe al Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (“ICTY”), el Secretario General incluyó la Convención como “parte de aquella ley internacional de carácter convencional que se ha convertido también sin duda en parte del derecho consuetudinario [...] aplicable a los conflictos armados.” *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704, 2 May 1993, para. 35. Ver igualmente para. 45.

¹¹ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports (1951), p. 23. Ver T. Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 AJIL (1995), p. 554, at p. 556.

¹² Aparece igualmente un “entendimiento” sobre el artículo I formulado por los Estados Unidos. .

los que aparecen en los artículos I y II.¹³ Para la Corte la norma general que prohíbe el genocidio es, sin duda, *jus cogens*.¹⁴

En la sentencia, la Corte trató muchos temas interesantes, de los que podemos mencionar los siguientes: (i) si los Estados, o solamente los individuos, son responsables por genocidio u otros actos mencionados en el artículo III; (ii) el sentido de la “intención de destruir” el grupo protegido y qué es ese grupo; (iii) la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos o por actos de personas o grupos cuyas acciones pueden ser atribuidas al Estado; (iv) el tema de la prueba.

Nosotros nos concentraremos principalmente en el tema de la responsabilidad del Estado por actos propios o de órganos cuya acción puede ser atribuida al Estado.

Según la Corte, el artículo I de la Convención “contiene dos asuntos. El primero es la afirmación de que el genocidio es un crimen a la luz del derecho internacional.¹⁵ [E]l segundo es el compromiso de las Partes contratantes de prevenir y sancionar el crimen de genocidio, y particularmente en este contexto, el de prevenir. [Este compromiso] no es una mera exhortación o de buenos propósitos [y] no se debe leer simplemente como una introducción para luego hacer referencias a la legislación, al enjuiciamiento o la extradición. Tales asuntos llevan a la conclusión de que el artículo I, en particular el compromiso de prevenir, crea obligaciones distintas de aquéllas que aparecen en los artículos siguientes. Esa conclusión se basa también en el propósito puramente humanitario y civilizador de la Convención.”¹⁶

Están los Estados obligados a no cometer genocidio?

Este compromiso de *prevenir* el genocidio es importante para determinar si los Estados están obligados por la Convención a no *cometer* genocidio, lo que no aparece *expressis verbis* en ninguno de los artículos. Más bien, de los artículos III a VII se deduce que la Convención impone obligaciones a los individuos únicamente.¹⁷ Sin embargo, la Corte considera que la responsabilidad de los Estados se deduce del artículo I cuando dice que el genocidio es un crimen a la luz del derecho internacional y estipula la obligación de prevenirlo. “Sería una paradoja si los Estados tuvieran la obligación de prevenir en la medida de lo posible que se cometan genocidios por personas sobre las cuales tienen cierta influencia, pero no les estuviera prohibido cometer tales actos a través de sus propios órganos o personas sobre las cuales tienen un control tan firme que su conducta se puede atribuir al Estado respectivo bajo el derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio necesariamente implica la prohibición de cometerlo.”¹⁸ Aunque las obligaciones de los individuos en esta materia deben ser juzgadas bajo la ley penal y, en cambio, las de los Estados se refieren a responsabilidad internacional, “el objeto y fin de la Convención [indica] que la responsabilidad

¹³ Ver R. Nieto-Navia, “International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law”, L.C. Vohrah *et al.* (eds) *Man’s Inhumanity to Man, Essays in Honour of Judge Antonio Cassese*, Kluwer (Netherlands, 2003), pp. 595-640.

¹⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, para. 64, citado en la sentencia en el para. 161.

¹⁵ Lo mismo decidió la Asamblea General unánimemente el 11 de diciembre de 1964 en resolución 96 (I), como lo menciona el Preámbulo de la Convención.

¹⁶ Paras. 161-162.

¹⁷ Los artículos 4 del ICTY y 2 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y 6 de la Corte Penal Internacional (“CPI”) contemplan el genocidio como un crimen que cometen los individuos.

¹⁸ Para. 166.

internacional de un Estado queda comprometida a través de uno de los actos, diferentes del genocidio mismo, enumerados en el artículo III”, tales como la “complicidad en el genocidio”.¹⁹ Así que, de acuerdo con la CIJ, la Convención impone a los Estados la obligación de cumplir con el artículo III. No sólo los *travaux préparatoires*²⁰ sino la interpretación más moderna hecha en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (“CPI”) y la que hizo la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) en el proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por actos contrarios al Derecho Internacional,²¹ confirman esta interpretación.

Para la Corte, “las Partes contratantes están vinculadas por la obligación de no cometer genocidio o los otros actos contemplados en el artículo III, a través de sus propios órganos o grupos cuya conducta puede ser atribuida al Estado. Así que, si un órgano del Estado o una persona o grupo cuyos actos pueden ser legalmente atribuidos al Estado, comete alguno de los actos prohibidos en el artículo III de la Convención, se compromete la responsabilidad internacional del Estado.”²²

La intención de destruir, total o parcialmente, un grupo

El artículo II de la Convención se refiere a “la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.”

Es bien sabido que los delitos requieren dos elementos: el *actus reus* o elemento material y la *mens rea*, *i.e.*, la intención de cometer el delito.²³ El ICTY ha dicho que el “[g]enocidio se caracteriza por dos elementos legales en los términos del artículo 4 del Estatuto: -el elemento material de la ofensa, constituido por uno o varios de los actos enumerados en el parágrafo 2 del artículo 4 [del Estatuto]; y -la *mens rea* del delito, que consiste en la intención especial de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” que la Cámara llamó la “clara intención de destruir un grupo.”²⁴ Esa intención la define el ICTY “como la intención especial o específica o *dolus specialis* [...] de destruir el grupo como tal en todo o en parte.”²⁵

El grupo

Según la Corte “el grupo” tiene que tener “características positivas, nacionales, étnicas, raciales o religiosas” y debe ser identificado por una definición positiva.²⁶ Como ya lo había dicho en 1951, el genocidio se refiere a “la existencia de *ciertos* grupos humanos.”²⁷ Bosnia Herzegovina en su demanda hizo una definición negativa (los no-serbios), pero la Corte consideró que esta presentación no era apropiada.²⁸

¹⁹ Para. 167.

²⁰ Paras. 163-164 y 175-178.

²¹ Anexo a la Resolución de la Asamblea General 56/83, 12 de diciembre de 2001, ILC Report A/56/10, 2001 (“ILC Report”). Ver para. 173.

²² Para. 179.

²³ J.R. W. D. Jones, “Whose intent is it anyway?”, L.C. Vohrah *et al.* (eds) *Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Judge Antonio Cassese*, Kluwer (Netherlands, 2003), p.470.

²⁴ *Ibid.*, para. 108.

²⁵ Paras. 187, 193.

²⁶ Para. 193.

²⁷ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J.Reports 1951*, p. 23

²⁸ Paras. 194-196. Una cámara del ICTY había dicho que “el artículo 4 del Estatuto protege grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. En los casos en que más de un grupo sea el objetivo, no es

El artículo II de la Convención se refiere a la destrucción de un grupo “en todo o en parte”. La Corte consideró que la expresión “*en parte*” debe ser claramente interpretada. En primer lugar, “la intención debe ser la de destruir al menos una parte substancial del grupo particular”. Este requisito es exigido por el objeto y fin de la Convención, que es el de “prevenir la destrucción intencional de grupos, [de manera que] la parte que sea objetivo debe ser suficientemente significativa para que tenga un impacto sobre el total del grupo.”²⁹ “[N]o es necesario intentar alcanzar la completa aniquilación de un grupo en cada rincón del globo”³⁰ y por eso deben tomarse en consideración las áreas donde el perpetrador actúa, sin ignorar “el primero y esencial elemento sustancial.”³¹

Otro criterio “es cualitativo y no cuantitativo. La Cámara de Apelaciones [del ICTY] en el caso *Krstić* lo planteó en estos cuidadosos términos:

‘El número de individuos que son objetivo debe evaluarse no solamente en términos absolutos, sino también en relación con el tamaño total del grupo. En adición al tamaño numérico del grupo objetivo, la consideración de su prominencia dentro del grupo es muy útil. Si una porción específica de un grupo es emblemática respecto del total, o es esencial para su supervivencia, eso puede basar una decisión en el sentido de que la parte califica como substancial en el sentido del artículo 4 [del Estatuto que reproduce exactamente el artículo II de la Convención].’ (IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, para. 12; se omite la nota de pié de página.)”

“Aunque es un punto de partida esencial, dejar establecido el requisito substancial solamente no es suficiente. La Corte opina que la aproximación cualitativa no es suficiente. El mismo punto de vista sostiene la Cámara de Apelaciones [del ICTY] en *Krstić*”³²

Con base en las decisiones de las Cámaras de proceso en *Krstić*³³ y en *Blagojević*,

apropiado definir el grupo en términos generales, como, por ejemplo ‘no-serbios’. A este respecto la Cámara de proceso no está de acuerdo con la ‘definición negativa’ hecha por la Cámara en el caso *Jelisić* (*Jelisić Trial Judgement*, para. 71).” ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement, 31 July 2003, para. 512.

²⁹ Para. 198.

³⁰ *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, Vol. II, Part Two, p. 45, para. 8 del Comentario al Artículo 17, según aparece citado en el para. 198 de la sentencia.

³¹ Para. 199. “Al hablar de la frase ‘destrucción en todo o en parte’, la Cámara de proceso sigue con algunas dudas la jurisprudencia de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda que permite la caracterización del genocidio cuando se refiere a la intención específica en un área geográfica limitada, tal como un municipio. La Cámara considera que esta aproximación puede distorsionar la definición de genocidio si no se aplica con cautela.” ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement, 31 July 2003, para. 523.

³² Para. 200.

³³ El ICTY ha discutido la masacre de Srebrenica en dos decisiones importantes: *Prosecutor v. Radislav Krstić "Srebrenica-Drina Corps"*, case IT-98-33, en el que las decisiones se tomaron el 2 de agosto de 2001 por la Cámara de proceso, (“*Krstić Trial Chamber Judgment*”) y por la Cámara de Apelaciones el 19 de abril de 2004 (“*Krstić Appeals Chamber Judgment*”); y en *Prosecutor v. Blagojević and Jokić "Srebrenica"*, case IT-02-60, en la que la sentencia fue emitida por la Cámara de proceso el 17 de enero de 2005 (“*Blagojević Trial Chamber Judgment*”). Otras decisiones en la materia son *Prosecutor v. Momir Nikolić "Srebrenica"*, case IT-02-60/1, Trial Chamber Sentencing Judgment of 2 December 2003 (“*Nikolić Trial Chamber Sentencing Judgment*”) y Decisión de la Cámara de Apelaciones del 8 de marzo de 2006 y *Prosecutor v. Obrenović "Srebrenica"*, case IT-02-60/2, Trial Chamber Sentencing Judgment of 10 December 2003. En estos dos casos los acusados se declararon culpables. Hay otros casos bajo consideración del ICTY sin sentencias hasta ahora. Para comentarios, resúmenes y extractos sobre las decisiones en *Krstić* ver R. Nieto-Navia, “Introductory Note [to the ICTY Jurisprudence]”, G. Ziccardi

la CIJ encontró que fuerzas bosnio-serbias mataron más de 7.000 musulmanes bosnios a raíz de la conquista de Srebrenica en julio de 1995, que el *actus reus* de las muertes era claro en relación con el artículo II (a) de la Convención y que también la intención específica (*dolus specialis*) estaba probada.³⁴ Con base en que el ICTY había decidido de manera muy persuasiva sobre los hechos y sobre su evaluación, la Corte aceptó que el grupo protegido había sido identificado como los musulmanes bosnios de Srebrenica³⁵ y concluyó que “los actos cometidos en Srebrenica, bajo el artículo II (a) y (b) de la Convención, fueron cometidos con la intención específica de destruir en parte el grupo de los musulmanes de Bosnia Herzegovina como tal y, en consecuencia, que estos fueron actos de genocidio, cometidos por miembros de la VRS,³⁶ en y alrededor de Srebrenica desde el 13 de julio de 1995.”³⁷

Los otros párrafos del artículo II

La Corte hizo un cuidadoso análisis de los demás párrafos del artículo II de la Convención (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, así como el genocidio cometido fuera de Bosnia Herzegovina, y concluyó que algunos de tales actos no pueden considerarse verdaderamente genocidio, o que no había sido establecido de manera concluyente que tales atrocidades, aunque puedan considerarse crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, habían sido cometidas con la intención específica (*dolus specialis*) de destruir el grupo, o que la prueba presentada ala Corte no había probado suficientemente los hechos.³⁸

La Corte rechazó “[l]a idea de que un mismo Estado pueda ser responsable de actos de ‘genocidio’ (Art. III, para. (a)), ‘tentativa de genocidio’ (Art. III, para. (d)) y ‘complicidad en el genocidio’ (Art. III, para. (e)), en relación con las mismas acciones, [...] como insostenible tanto lógica como legalmente [...]. [E]s claro [sin embargo] que actos de complicidad en el genocidio pueden atribuirse a un Estado al que no se puedan atribuir actos de genocidio bajo las reglas de la responsabilidad de Estados.”³⁹ “De otro lado —dijo la Corte—es evidente por sí mismo [...] que si un Estado no es responsable por ninguno de los actos mencionados en el artículo III, párrafos (a) a (e) de la Convención, ello no significa que su responsabilidad no pueda buscarse por violación de la obligación de prevenir el genocidio y por los otros actos a que se refiere el artículo III.”

Fue el genocidio en Srebrenica atribuible a Serbia?

Capaldo et al (eds.), *The Global Community, Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, 2002, Vol. II pp. 698-700 y 951-975 para Krstić Trial Chamber Judgment y 2005, Vol. I, pp. 634-638 y 728-751 para Krstić Appeals Chamber Judgment. Para Nikolić Trial Chamber Sentencing Judgment, ver 2004, Vol. I pp. 644-649 y 886-909.

³⁴ Paras. 278-295.

³⁵ Para. 296.

³⁶ El ejército especial de la República Srpska (Serbia) en Bosnia Herzegovina.

³⁷ Para. 297.

³⁸ Paras 304-368 y 376.

³⁹ Paras. 380-381.

La CIJ entró, entonces, a considerar si los actos cometidos en Srebrenica en julio de 1995, en operaciones dirigidas por miembros del ejército bosnio-serbio en Bosnia Herzegovina, que ya había encontrado como representativos de genocidio, eran atribuibles a Serbia. Para este efecto, consideró tres puntos: primero, si podían atribuirse a Serbia bajo las reglas de derecho consuetudinario de responsabilidad del Estado; segundo, si los actos mencionados en el artículo III, distintos del genocidio mismo—por ejemplo, la complicidad—fueron cometidos por personas u órganos de cuya conducta era responsable Serbia bajo esas mismas reglas; y tercero, si Serbia había cumplido con su doble obligación de prevenir y sancionar el genocidio.⁴⁰

Para este análisis era necesario que la Corte decidiera si el genocidio podía ser atribuido a Serbia porque fue cometido por sus órganos o, si no, si las personas que lo cometieron actuaron bajo sus instrucciones o bajo la dirección o control de Serbia. Para ello, la Corte consideró algunos de los artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado,⁴¹ dándoles el carácter de derecho consuetudinario y, por ende, aplicables al caso en consideración. Aunque se hizo referencia a otros artículos, los siguientes son los citados por la CIJ:⁴²

Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.⁴³

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.⁴⁴

Article 14

Extension in time of the breach of an international obligation

[...]

⁴⁰ Paras. 379 y 384 .

⁴¹ ILC Commentary on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC Report A/56/10, 2001 ("ILC Report"). Sobre este particular *ver*, en general, J., Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, particularmente la Introducción, pp. 1-60. Crawford fue Special Rapporteur, después de Gaetano Arangio-Ruiz, W. Riphagen, Roberto Ago y F.V. García-Amador. *Ver* también, Ago, R., *Scritti sulla Responsabilità Internazionale degli Stati*, 3 vols., Padova (1979), Roma (1986). Los informes de Ago están publicados en los ILC Reports de 1969 a 1980. García Amador, F.V., "State Responsibility- Some New Problems", 94 *Recueil des Cours*, 1958-II, p. 365. Sus informes están publicados en los ILC Reports de 1956a 1961.

⁴² No hemos encontrado traducción oficial al español y, por esa razón, se transcriben en inglés.

⁴³ La CDI dice que este párrafo "claramente refleja la regla de derecho internacional en la materia." ILC Report, p.85.

⁴⁴ "La atribución al Estado de una conducta autorizada por él está ampliamente aceptada por la jurisprudencia." ILC Report, p. 104.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

Article 16

Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.⁴⁵

La conducta de los órganos propios del Estado

La Corte considera que la regla según la cual “la conducta de cualquier órgano de un Estado es considerada un acto del Estado en el derecho internacional, y da por consiguiente origen a la responsabilidad del Estado si ella constituye violación de una obligación internacional del Estado [para. 1, artículo 4, Draft Articles]” es una de las “bases fundamentales del derecho de la responsabilidad del Estado.”⁴⁶ Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia en el caso *Moses*, una decisión de la Comisión mixta arbitral entre México y los Estados Unidos, en la que el árbitro Lieber dijo: “Un funcionario o persona con autoridad representa *pro tanto* a su gobierno, el que en un sentido internacional es un agregado de todos los funcionarios y personas con autoridad.”⁴⁷

“El principio de la unidad del Estado implica que los actos u omisiones de todos sus órganos deben mirarse como actos u omisiones del Estado para efectos de responsabilidad internacional. Ello sin mencionar que no hay órganos del Estado especialmente designados para cometer actos ilegales, y que virtualmente cualquier órgano puede ser autor de ese acto. La diversidad de las obligaciones internacionales no permite ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer actos ilegales y aquéllos que no [...]. Así que la referencia a los órganos del Estado en el artículo 4 está hecha en el sentido más general. No está limitada a los órganos del gobierno central, a funcionarios de alto rango o a las personas con responsabilidad en las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a órganos del gobierno de cualquier clase o clasificación, que ejerzan cualesquiera funciones, y en cualquier nivel de jerarquía, incluyendo los de provincia y aún los de nivel local. No se hace distinción para este propósito entre los órganos legislativo, ejecutivo o judicial [...]. La Corte internacional ha confirmado igualmente la regla en términos categóricos. En *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human*

⁴⁵ Como regla general “un Estado no está vinculado por obligaciones de otro Estado vis-à-vis terceros Estados. Este principio básico aparece también en los artículos 34 y 35 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” ILC Report, p. 157.

⁴⁶ Para 385.

⁴⁷ ILC Report, p. 85, que cita a Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3127 (1871), p. 3129; *Claims of Italian Nationals Resident in Peru*, UNRIAA, vol. XV, p. 399 (1901) (*Chiessa* claim); p. 401 (*Sessarego* claim); p. 404 (*Sanguinetti* claim); p. 407 (*Vercelli* claim); p. 408 (*Queirolo* claim); p. 409 (*Roggero* claim); p. 411 (*Miglia* claim); *Salvador Commercial Company*, *ibid.*, vol. XV, p. 455 (1902), p. 477; *Finnish Shipowners (Great Britain/Finland)*, UNRIAA, vol. III, p. 1479 (1934), p. 1501. Más recientemente, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures*, I.C.J. Reports 1999, p. 9, en p. 16, para. 28. Ver igualmente la sentencia en este caso de 27 de junio de 2001, para. 81.

Rights,⁴⁸ dijo: De acuerdo con una regla de derecho internacional bien establecida, la conducta de cualquier órgano del Estado debe mirarse como un acto de ese Estado. Esta regla tiene carácter consuetudinario.”⁴⁹

En el caso que comentamos, la CIJ decidió que no había encontrado nada que le permitiera decir que los actos de genocidio cometidos en Srebrenica hubieran sido cometidos “por personas que tuvieran el status de órganos” de la FRY.⁵⁰

La conducta de órganos de facto

Según Bosnia Herzegovina, el general Mladić, considerado uno de los principales responsables de la masacre en Srebrenica, era un funcionario (oficial) y, por consiguiente, un órgano *de jure* de la FRY. Aunque la Corte reconozca que que la FRY había dado soporte sustancial a la República Srpska, tal como soporte financiero en la forma de salarios y otros beneficios a algunos oficiales del VRS, esto no los convierte automáticamente en órganos de la FRY. Los oficiales, incluido el general Mladić, eran designados en sus puestos por el presidente de la República Srpska o por el VRS y estaban subordinados a los líderes políticos de la República Srpska. En ese orden de ideas y a falta de prueba en contrario, la Corte consideró que esos oficiales habían recibido sus órdenes de la República Srpska y no de la FRY. “[L]a expresión ‘órgano del Estado’, como se usa en el derecho internacional consuetudinario y el artículo 4 de los artículos de la CDI, se aplica a uno u otro de los entes colectivos que forman la organización del Estado y actúan en su nombre [...]. Las funciones de los oficiales del VRS, incluso el general Mladić, eran las de actuar en nombre de las autoridades bosnio serbias, en particular la República Srpska, y no en nombre de la FRY [...]”⁵¹

La misma conclusión sacó la Corte respecto de los varios grupos de voluntarios, paramilitares o milicias del VRS.⁵² Pero, se pregunta, estaban estos de hecho “bajo un control tan estricto del Estado que debían ser tratados como órganos suyos para efectos de la necesaria atribución de responsabilidad al Estado por sus actos internacionales ilegales”?⁵³

En su sentencia del 27 de junio de 1986 en el caso relativo a las *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁵⁴ (“el caso de Nicaragua”), la Corte lidió con un asunto similar: eran los “*contras*” un órgano *de jure* o *de facto* de los Estados Unidos, actuando en y contra Nicaragua?

En este caso la CIJ dijo que “[a] la luz de la prueba y del material disponible ante ella, la Corte no está convencida de que todas las operaciones lanzadas por la fuerza contra, en todas las etapas del conflicto, reflejan la estrategia y las tácticas trazadas integralmente por los Estados Unidos. Sin embargo, es el punto de vista de la Corte que está establecido que el soporte de las autoridades de los Estados Unidos a las actividades de los *contras* tomó varias formas a lo largo de los años, tales como soporte logístico, suministro de información sobre los sitios y movimientos de las tropas

⁴⁸ *I.C.J. Reports 1999*, p. 62, en p. 87, para. 62, refiriéndose al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, artículo 6, ahora parte del art. 4. Nota del original..

⁴⁹ ILC Report, pp. 85-86.

⁵⁰ Para. 386.

⁵¹ Para. 388.

⁵² Paras. 389 y 390.

⁵³ Para. 391.

⁵⁴ *Nicaragua v. United States of America*, (Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*.

sandinistas, el uso de sofisticados métodos de comunicación, la instalación en el campo de sistemas de comunicaciones, cubrimiento de radar, etc. La Corte encuentra claro que un cierto número de operaciones militares y paramilitares por esta fuerza fue decidido y planeado, si no en realidad por los asesores de los Estados Unidos, al menos en estrecha colaboración con ellos, y con base en la inteligencia y el soporte logístico que los Estados Unidos pudo ofrecer, particularmente suministros aéreos entregados a los contras por los Estados Unidos.”⁵⁵

“La Corte –sin embargo—tomó el punto de vista de que la participación de los Estados Unidos, aunque preponderante y decisiva, en el financiamiento, organización, entrenamiento, suministro y equipamiento de los contras, la selección de sus objetivos militares o paramilitares y la planeación de toda la operación, no es suficiente por sí misma, con base en la prueba en poder de la Corte, para atribuir a los Estados Unidos los actos cometidos por los contras en el curso de sus operaciones militares y paramilitares en Nicaragua. Todas las formas de participación de los Estados Unidos mencionadas, y aún un control general por el Estado demandado sobre una fuerza con un alto grado de dependencia, no significaría por sí mismos, sin prueba adicional, que los Estados Unidos dirigía o imponía la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado demandante. Tales actos bien pudieron ser cometidos por miembros de los contras sin control de los Estados Unidos. Para que esa conducta diera lugar a la responsabilidad internacional de los Estados Unidos, sería necesario en principio haber probado que tal Estado tenía control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron la violaciones alegadas.”⁵⁶

La Corte encontró, sin embargo, que ciertos actos eran directamente atribuibles a los Estados Unidos, tales como ataques a puertos nicaragüenses, instalaciones petroleras y bases navales y la instalación de minas en las aguas interiores o territoriales de Nicaragua.

Todo lo anterior significa que para atribuir los actos de los contras a los Estados Unidos, ellos deberían haber sido un órgano actuando en nombre de ese Gobierno, que hubiera requerido un grado de control tan alto que solamente podría derivar de la total dependencia de los contras de los Estados Unidos.

Tal grado de control no existió por parte de la FRY, según la Corte, en el caso del genocidio en Srebrenica.⁵⁷

La Corte entró, entonces, a considerar la aplicación del artículo VIII de la Convención. En el caso de Nicaragua, la CIJ “luego de rechazar el argumento de que los *contras* pudieran ser igualados a órganos de los Estados Unidos por ser ‘completamente dependientes’, añadió que la responsabilidad del Demandado podría surgir si se hubiera probado que el mismo ‘había dirigido o impuesto la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos o al derecho humanitario alegados por el Estado demandante’;⁵⁸ esto llevó a la siguiente y significativa conclusión: ‘Para que esta conducta dé lugar a la

⁵⁵ *Ib.* at para. 106.

⁵⁶ *Ib.* at para. 115.

⁵⁷ Para. 395.

⁵⁸ *I.C.J. Reports 1986*, p. 64, para. 115. Pie de página del origina. “En el texto del artículo 8, los tres términos ‘instrucciones’, ‘dirección’ y ‘control’ son disyuntivos; es suficiente establecer uno cualquiera de ellos. Al mismo tiempo hay que hacer claro que las instrucciones, dirección o control deben referirse a la conducta que se dice que constituye un acto internacional ilegal.” ILC Report, p. 108.

responsabilidad legal de los Estados Unidos, hubiera sido necesario en principio haber probado que tal Estado tenía *control efectivo* de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las violaciones alegadas.”⁵⁹

En *Tadić*, la Cámara de Apelaciones del ICTY sostuvo que

“el requisito en derecho internacional para atribuir a los Estados actos llevados a cabo por individuos privados es que el Estado ejerza control sobre tales individuos. El *grado de control* puede, sin embargo, variar de acuerdo con las circunstancias de hecho de cada caso. La Cámara de Apelaciones no entiende por qué en todas las circunstancias el derecho internacional requiere un alto umbral para el examen del control.”⁶⁰ “Se podría distinguir la situación de individuos que actúan en nombre del Estado sin instrucciones específicas, de aquélla de individuos que forman un *grupo organizado y jerárquicamente estructurado*, tal como una unidad militar o, en caso de guerra o conflicto interno, bandas armadas de irregulares o rebeldes. De hecho un grupo organizado difiere de un individuo en que el primero normalmente tiene estructura, una cadena de mando y unas reglas así como símbolos exteriores de autoridad. Normalmente un miembro del grupo no actúa por su cuenta sino que se cife a los estándares que prevalecen en el grupo y se sujeta a la autoridad de la cabeza del grupo. En consecuencia, para atribuir a un Estado los actos de tales grupos es suficiente requerir que el grupo como una unidad esté bajo el control total del Estado.”⁶¹ “[...] [L]as reglas internacionales no requieren que tal control se extienda a la expedición de órdenes específicas o instrucciones relativas a determinadas acciones militares, sean o no contrarias al derecho internacional humanitario.”⁶²

La CDI al comentar esta decisión menciona cómo la mayoría —pues la decisión no fue unánime— creyó necesario apartarse de la decisión de la CIJ en el caso de Nicaragua. Los temas y la situación fáctica considerados en el ICTY eran, sin embargo, diferentes de aquéllos que consideró la CIJ. De hecho, el mandato del Tribunal se refiere a la responsabilidad penal individual y no a la de los Estados, y el caso *Tadić* se refería no a la responsabilidad de los Estados sino a la aplicación del derecho internacional humanitario.⁶³

En el mismo sentido se pronunció la Corte la que, luego de dar cuidadosa consideración a la decisión en el caso *Tadić*, considero que no debía suscribirla ya que el ICTY no estaba llamado en ese caso ni en ningún otro a pronunciarse sobre responsabilidad internacional del Estado pues su jurisdicción se refiere solamente a individuos. El ICTY se pronunció sobre un asunto que no era esencial para el ejercicio de su jurisdicción. Aunque la Corte da la mayor importancia a las decisiones del ICTY sobre cuestiones de hecho y legales relativas a su competencia, la situación es diferente cuando el ICTY se mete en asuntos de derecho internacional general en los que la autoridad reposa en la CIJ. La Corte no consideró necesario pronunciarse sobre el tema del control total para definir si el conflicto era o no internacional —que era lo que el ICTY debía definir—, traído a colación por Bosnia Herzegovina, porque no era necesario para el caso. Pero como el ICTY presentó el tema también en relación con la

⁵⁹ Para. 399. Itálicas añadidas.

⁶⁰ ICTY *Prosecutor v. Dusko Tadić A/K/A "Dule"*, Case IT-94-1, Appeals Chamber Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 117 (itálicas del original)

⁶¹ *Ib.* at para. 120 (las itálicas son del original pero el subrayado es añadido).

⁶² *Ib.* at para. 145.

⁶³ ILC Report, pp. 106-107.

responsabilidad internacional del Estado, la Corte dijo que lo encontraba no convincente.⁶⁴

La Corte entonces resolvió reafirmarse en su ya “establecida jurisprudencia [para] determinar si el Demandado ha incurrido en responsabilidad bajo la regla de derecho consuetudinario internacional expresada en el artículo 8 de los artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado”⁶⁵ y, no habiendo hallado pruebas de que la FRY hubiera dado instrucciones de masacrar la población musulmana adulta de Srebrenica y mucho menos que hubiera una intención específica (*dolus specialis*) requerido por el crimen de genocidio, rechazó la solicitud de atribuir tales hechos a la FRY.⁶⁶

La misma falta de prueba se presentó en los casos relativos a “asociación para cometer genocidio”, “instigación directa y pública a cometer genocidio” y “tentativa de genocidio”,⁶⁷ por lo cual la Corte rechazó tales acusaciones.⁶⁸ En cuanto a la “complicidad en el genocidio” a que se refiere el artículo III, e), es una noción que no se encuentra frecuentemente en la terminología relativa a la responsabilidad internacional del Estado pero que tendría similitudes con la “ayuda y asistencia” suministrada por un Estado a otro para la comisión de actos ilegales, a que se refiere el artículo 16 del proyecto de artículos. Esta disposición se refiere a relaciones interestatales —que no era el caso en consideración— pero la Corte no encontró argumentos “para hacer una distinción substancial entre ‘complicidad en el genocidio’, [...] y la ‘ayuda y asistencia’ de un Estado para la comisión de actos ilegales por otro [...]”

¿Presupone la *complicidad* que el cómplice comparta la intención específica (*dolus specialis*) del perpetrador principal? “Si tal condición no se cumple —responde la Corte— eso es suficiente para excluir la caracterización de complicidad.”⁶⁹ En el caso no se cumplió y la CIJ encontró que “la responsabilidad internacional de [la FRY] no estaba comprometida por actos de genocidio.”⁷⁰

Conclusión

El análisis de la responsabilidad internacional del Estado, en general, conduce a que el Estado responde por los actos ilegales de sus órganos propios, cualesquiera que sean, y por los de aquellos grupos o personas que no son órganos propios pero sobre los cuales el Estado ejerce un *control efectivo*.

Aunque la Convención no lo dice de manera expresa, de ciertas obligaciones que allí aparecen, tales como la de prevenir y sancionar el genocidio, se deduce lógicamente que el Estado tiene también la de no cometer genocidio.

Una de las características propias del crimen de genocidio y de aquellos otros actos que enumera el artículo III de la Convención es que, para cometerlos, se requiere la intención específica (*dolus specialis*) de cometerlos. Sin ella es imposible configurar uno de los elementos necesarios —la *mens rea*— del mismo.

Mayo de 2007

⁶⁴ Paras. 403-404.

⁶⁵ Para. 407.

⁶⁶ Paras. 413 y 415.

⁶⁷ Artículo 3, b), c), y d) de la Convención.

⁶⁸ Paras. 416 y 417.

⁶⁹ Para. 421.

⁷⁰ Para. 424.