

Responsabilidad estatal por el crimen de genocidio

State Responsibility for the Crime of Genocide

Pablo Arrocha Olabuenaga*

Nations, peoples and individuals must be free to pursue their own
destinies in whatever way they may see fit – providing it does not
jeopardize or destroy the fundamental human rights of others to live in
peace and dignity.

Benjamin B. FERENCZ,
Former Chief Prosecutor of USA in the Nuremberg Trials.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Genocidio.* III. *Reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados.* IV. *Análisis de la sentencia del 26 de febrero de 2007 relativa al caso sobre la aplicación de la Convención de 1948 entre Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro.* V. *Conclusión.*

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; maestro en Derecho Internacional Público por el University College London (Reino Unido); delegado de México ante la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas; miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 2012.

Artículo recibido el 5 de septiembre de 2012
Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis sobre las formas en las que el crimen de genocidio puede ser atribuido a un Estado generando que éste incurra en responsabilidad internacional. Para ello, se estudian los elementos que componen al crimen de genocidio así como las reglas de atribución de actos ilícitos a los Estados. Finalmente, se analiza un caso concreto sobre la materia que fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia.

Palabras clave: crímenes internacionales, genocidio, responsabilidad internacional del Estado.

ABSTRACT: This article analyses the ways in which the crime of genocide can be attributed to a State triggering its international responsibility. In doing so, the elements that comprise the crime of genocide are studied as well as the rules of attribution of internationally wrongful acts of States. Finally, a specific case solved by the International Court of Justice is analyzed.

Descriptors: international crimes, genocide, international State responsibility.

RÉSUMÉ: Dans cet article on fait une analyse sur les formes dans lesquelles le crime de génocide peut être attribué à un État de manière qu'il encoure en responsabilité internationale. Pour cette raison, on étudie les éléments composant le crime de génocide et aussi les règles d'attribution des actes illicites aux États. Finalement, on analyse un cas concret sur le terrain qui a été résolu par la Cour Internationale de Justice.

Mots-clés: crimes internationaux, génocide, responsabilité internationale de l'État.

I. INTRODUCCIÓN

Normalmente la comisión de crímenes internacionales nos lleva a pensar, de manera directa, en la aplicación del derecho penal internacional y, en consecuencia, en la activación de responsabilidad penal individual. Sin embargo, en ocasiones la comisión de crímenes internacionales también puede hacer que un Estado incurra en responsabilidad internacional. Inclusive, puede existir responsabilidad internacional atribuible a un Estado como consecuencia de la comisión de un crimen internacional sin que ello implique necesariamente la responsabilidad penal del Estado mismo.¹ Así lo hizo ver la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 26 de febrero de 2007, a través de su sentencia *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro)*.²

El 20 de marzo de 1993, la República de Bosnia y Herzegovina inició los procedimientos ante la CIJ para demandar a la, en aquel entonces, República Federal de Yugoslavia argumentando violaciones a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, la Convención de 1948).³

Más de 13 años hicieron falta para que la CIJ concluyera este caso. Y es que resulta complicado, y a la vez interesante, pensar cuál es la relación que puede guardar la Corte con el crimen de genocidio. ¿Qué no son los tribunales penales internacionales los que resuelven sobre la comisión de dicho crimen? ¿Qué en 1998 no se estableció en La Haya el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia⁴ para que resolviese casos de ge-

¹ Aizenstatd Leistenscheinder, Najman Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 10.

² (*Judgment*) [2007] ICJ Rep 1.

³ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III) el 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951. 78 UNTS 277.

⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the

nocidio y crímenes de guerra cometidos desde 1991? Ciertamente. Cuando se suceden actos tan atroces como aquellos, es sumamente importante castigar a los individuos responsables de perpetrarlos. Tal es el caso del ex comandante del Ejército bosnio-serbio Ratko Mladić, cuyo juicio reinició en el citado tribunal el pasado 21 de agosto de 2012, por poner un ejemplo.⁵

No obstante, los Estados también pueden ser responsables por la comisión de dichos crímenes, aun cuando ellos no se puedan sentar en el banquillo de los acusados. En esos casos, es necesario también castigar a aquellos Estados que han sido partícipes de los crímenes, ya sea de forma directa o indirecta. De esto hablaremos en las páginas que le siguen a ésta: de la necesidad y de la obligación que existe, en el derecho internacional público, de sancionar las conductas ilícitas de los Estados cuando éstas constituyen crímenes internacionales. Para ello analizaremos las reglas de derecho internacional que resultan pertinentes así como la forma en la que la CIJ adoptó su decisión del 26 de febrero de 2007 (no sencilla, por cierto).

Dado que el caso al que haremos referencia versa sobre el crimen de genocidio en específico, nos limitaremos a hablar sólo de este crimen. Sin embargo, cabe decir que las reglas sobre responsabilidad internacional, interpretadas y aplicadas por la CIJ en este caso en particular, resultan también aplicables a otros crímenes internacionales como crímenes de guerra, de lesa humanidad o terrorismo, por citar algunos.

II. GENOCIDIO

El crimen de genocidio no fue incluido en la Carta de Nuremberg; sin embargo éste fue descrito por primera vez, de manera oficial, en los juicios de dicho Tribunal, en 1945, el cual se refirió al genocidio de la siguiente manera:

Former Yugoslavia since 1991 UN Doc S/25704 Annex, as amended UN Doc S/Res/1166 (1998), UN Doc S/Res/1329 (2000), UN Doc S/Res/1411 (2002).

⁵ Véase <http://www.icty.org/sid/11088>.

“[G]enocidio intencional y sistemático, esto es la exterminación de grupos raciales y nacionales de población civil en ciertos territorios ocupados para destruir ciertas razas y capas de naciones y gentes, grupos raciales y religiosos...”.⁶

Es una regla de costumbre internacional que el crimen de genocidio está absolutamente prohibido, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra.⁷ Esto se confirma en la opinión consultiva de la CIJ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, en donde se estableció que los principios que subyacen a la Convención de 1948 son provisiones reconocidas por las “naciones civilizadas” como vinculantes a los Estados aún sin ser obligaciones convencionales.⁸

De hecho, la prohibición a la comisión del crimen de genocidio es considerada ya como una norma de *jus cogens*. Así lo dejó ver Sir Eliu Lauterpacht en su opinión separada a la sentencia sobre medidas provisionales del caso entre Bosnia y Serbia (1993), al hacer un estudio de jerarquía de normas para analizar la doctrina del poder de revisión judicial de la CIJ sobre los actos del Consejo de Seguridad. Al respecto, dijo:

El presente caso no puede ser enmarcado dentro de la doctrina antes enunciada. Esto se debe a que la prohibición al crimen de genocidio, a diferencia de las materias que cubre la Convención de Montreal en el caso *Lockerbie* a la que los términos del artículo 103 [de la Carta de la ONU] pueden ser directamente aplicables, ha sido generalmente aceptada como tenedora no del estatus de una regla ordinaria de derecho internacional sino como *jus cogens*. De hecho, la prohibición del genocidio desde hace mucho se ha visto como uno de los pocos ejemplos indiscutibles de *jus cogens*.⁹

⁶ Citado en Osmanczyk, Edmund Jan, *Encyclopedia of the United Nations and International Agreements* (Anthony Mango, editor), 3a. ed., Nueva York, Routledge, 2003, vol. 2: G a M, p. 789.

⁷ Véase Aksar, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law; From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Nueva York, Routledge, 2004, p. 201.

⁸ Cfr. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion)* [1951] ICJ Rep 22.

⁹ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Order of 13 September 1993-Further Request for

Este mismo criterio ha sido confirmado por la CIJ en su sentencia *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*.¹⁰

Por su parte, la Asamblea General de la ONU en 1946, al iniciar los trabajos para preparar el proyecto de la Convención de 1948, se refirió al genocidio de la siguiente manera:

El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos de humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación de un individuo humano del derecho a vivir; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos. Y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas...

La Asamblea General, por lo tanto,

Afirma que el genocidio es un crimen de el [sic] Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza;

Invita a los Estados que son Miembros de las Naciones Unidas, a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo de este crimen...¹¹

Los párrafos operativos de la resolución antes citada tienen una relevancia especial para el tema que nos ocupa pues muestran elementos (existentes desde 1946) que vinculan a los Estados con el crimen del que hemos estado hablando. Por un lado se deja ver que el genocidio puede ser cometido por funcionarios estatales; por el otro “invita” a los Estados a legislar en materia de genocidio de manera que éste se prevenga y, en su caso, se castigue. Esto resultará de suma importancia para entender la sentencia que la CIJ dictó respecto del caso promovido por Bosnia.

the Indication of Provisional Measures) (*Separate Opinion of Judge Lauterpacht*) [1993] ICJ Rep 407, 440, para. 100.

¹⁰ Cfr. *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)* [2006] ICJ Rep 1, 26, para. 64.

¹¹ ‘El Crimen de Genocidio’. Resolución de la Asamblea General 96 (I), adoptada el 11 de diciembre de 1946.

Por lo pronto, podemos entrar a la sustancia del crimen. La Convención de 1948 define en su artículo II al crimen de genocidio de la siguiente manera:

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:

Matanza de miembros del grupo;

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.¹²

Esta definición de genocidio es exactamente la misma que se estableció en el artículo 6o. del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).¹³

Por otro lado, el artículo III establece que:

Serán castigados los actos siguientes:

El genocidio;

La asociación para cometer genocidio;

La instigación directa y pública a cometer genocidio;

La complicidad en el genocidio.¹⁴

Las preguntas que surgen de forma natural al leer el precepto anterior, en el contexto de la responsabilidad internacional, son las siguientes: ¿Puede un Estado cometer genocidio? ¿Puede un Estado formar parte de una asociación para cometer genocidio? ¿Puede un Estado instigar de manera pública y directa a cometer genocidio? ¿Puede un Estado ser cómplice del crimen de genocidio?

El artículo IV, por su parte, ofrece un elemento más que servirá después para responderlas: “Las personas que hayan cometido genocidio o

¹² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, *cit.*, artículo II.

¹³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 1 de julio de 1998. Entró en vigor el 1 de julio de 2002. UN Doc A/CONF.183/9. Artículo 6.

¹⁴ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, *cit.*, artículo III.

cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.¹⁵

Este artículo contiene, ahora como disposición convencional, lo que la Asamblea General de la ONU incluyó en el segundo párrafo operativo de su resolución 96(I) citada arriba: los actos penados de conformidad con el artículo III pueden ser cometidos por gobernantes o funcionarios. Aquí encontramos un primer hilo conductor entre el genocidio y el Estado.

Por último, tomemos en cuenta la obligación que impone la Convención de 1948 a los Estados parte en su artículo V:

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.¹⁶

No sobra decir que México ha dado cumplimiento a esta obligación al tipificar en el artículo 149-bis de su Código Penal Federal el delito de genocidio. Dicha disposición pertenece al Título Tercero, intitulado “Delitos contra la humanidad”, Capítulo II.

A esto podemos agregar los comentarios de Jordan J. Paust:

Hoy es generalmente aceptado que el derecho internacional consuetudinario *de naturaleza perentoria* impone la obligación a cada Estado-Nación de buscar, traer a la justicia, y enjuiciar o extraditar a todas las personas dentro de su territorio o control que sean acusadas con razón de haber cometido, por ejemplo, crímenes de guerra, *genocidio*, quebrantamientos de neutralidad, y otros crímenes contra la paz.¹⁷

De nueva cuenta encontramos conexiones entre los Estados y el genocidio (ahora de una manera más directa, inclusive). Si bien es claro

¹⁵ *Ibidem*, artículo IV.

¹⁶ *Ibidem*, artículo V.

¹⁷ Cfr. Paust, Jordan *et al.* *International Criminal Law; Cases and Materials*, 2a. ed., Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2000, p. 132, énfasis añadido.

que el Estado debe prevenir y sancionar el crimen de genocidio, y que de no hacerlo incurrirá en responsabilidad internacional, no debemos pasar por alto que también puede un Estado incurrir en responsabilidad internacional si lleva a cabo cualquiera de las actividades enunciadas en el artículo III de la Convención de 1948.

Antes de hacer un análisis sobre las formas en las que un Estado debe dar cumplimiento a todas estas normas, o dicho de otra manera, las formas en las que un Estado puede incumplir con estas normas, echemos un vistazo a las reglas principales sobre responsabilidad internacional. Así podremos ir acomodando las piezas de este rompecabezas jurídico en donde se combinan responsabilidad individual y responsabilidad estatal.

III. REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

En 2001, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) concluyó sus trabajos de consolidación de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados”¹⁸ (ARIE), lo cual fue presentado a la Asamblea General en su 56o. periodo de sesiones. Dicho proyecto de artículos, si bien no constituye una convención que sea vinculante para los Estados, sí codifica, en su mayoría, tanto reglas de costumbre como principios generales de derecho internacional que le dan valor jurídico.¹⁹ Por ello, la CIJ se vale de este trabajo para fundamentar sus argumentos respecto de la aplicación de las reglas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados.

En esta sección nos enfocaremos a estudiar sólo aquellos artículos que resultan relevantes para la posible activación de responsabilidad estatal en el contexto de la comisión del crimen de genocidio.

¹⁸ Comisión de Derecho Internacional, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” en “Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session” (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001) UN Doc A/56/10.

¹⁹ Véase *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment)* [2007] ICJ Rep 1, 138, para. 385.

Los dos elementos principales que caracterizan un acto internacionalmente ilícito por parte de un Estado se encuentran en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional *Phosphates in Morocco* en donde ésta determinó que “siendo un acto atribuible a un Estado y descrito como contrario al derecho convencional de otro Estado, la responsabilidad internacional se establecería de inmediato entre esos dos Estados”.²⁰ Dichos elementos se encuentran codificados en el artículo 2o. de los ARIE, el cual a la letra dice:

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

Es atribuible al Estado según el hecho internacional; y

Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.²¹

La regla aquí asentada es simple: para que un acto ilícito dé lugar al surgimiento de responsabilidad internacional debe haber una violación a una norma internacional vigente entre dos o más Estados (violación que, por supuesto, cause daño a uno o más Estados obligados por dicha norma), y dicha violación debe ser atribuible a uno de ellos. Es importante hacer notar que una norma de derecho internacional se puede quebrantar tanto por una acción como por una omisión (detalle no poco importante para nuestro estudio). La CIJ ha adjudicado ya responsabilidad internacional en varias ocasiones a Estados por omisión.²² Igualmente cabe destacar que un Estado será internacionalmente responsable por la violación de una norma de derecho internacional que lo vincule, es decir, “las reglas adjetivas sobre responsabilidad no distinguen hechos internacionalmente ilícitos de delitos o crímenes internacionales”.²³

²⁰ Cfr. *Phosphates in Morocco (Italy v. France) (Judgment on Preliminary Objections)*, PCIJ Rep Series A/B, No. 74, 14 de junio de 1938, p. 28.

²¹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 2o.

²² Véase *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania) (Merits)* [1949] ICJ Rep 4; *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran) (Judgment on Merits)* [1980] ICJ Rep 3.

²³ Morales, Ma. de los Ángeles, “Los crímenes internacionales y la responsabilidad internacional del Estado”, Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho. Universidad

Así, un Estado puede ser internacionalmente responsable de un crimen internacional por acción, omisión, consentimiento o aquiescencia por parte de sus agentes.²⁴

En cada caso se tendrá que estudiar la norma de derecho internacional que presuntamente fue violada por uno o más Estados; tanto la naturaleza jurídica de dicha norma como la forma en la que ésta fue quebrantada. Respecto de la atribución del acto violatorio al derecho internacional por parte del Estado, tenemos que hacer referencia al artículo 4o. de los ARIE.

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la Organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.²⁵

Por medio de este artículo, la CDI nos muestra las formas en las que un Estado puede actuar en el plano internacional. Como mencionamos antes, los Estados son entidades no físicas, de tal suerte que estos se desenvuelven y ejecutan sus acciones por medio de los órganos y las personas que los representan y que el Estado mismo designa, a través de su normatividad interna, para tal efecto. Así, es natural que las órdenes dictadas por el jefe de gobierno sean consideradas actos del Estado que gobierna. Por lo que, como mencionan Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, “si el gobierno de un Estado ordenase la masacre total de extranjeros residentes dentro de su territorio, la responsabilidad del Estado y de los individuos responsables de la orden y ejecución de ese ultraje sería de carácter criminal”.²⁶

Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Internacional, 2012, p. 96.

²⁴ Aizenstatd Leistenscheinder, Najman Alexander, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 4o.

²⁶ Cfr. Jennings, Robert y Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9a. ed., Nueva York, Longman, 1996, vol. 1, p. 534.

Esta regla consuetudinaria de derecho internacional relativa a la atribución de los actos de los órganos del Estado al Estado mismo también fue reconocida por la CIJ en su opinión consultiva *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*.²⁷

Respecto de las otras “personas o entidades” mencionadas en el párrafo 2 del artículo antes citado, podemos decir que se trata de aquellos sujetos de derecho internacional que no tengan el estatus legal de un órgano del Estado pero que *de facto* actúan como tal por encontrarse bajo el estricto control de dicho Estado. La CIJ trató este asunto a profundidad en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,²⁸ en el que Nicaragua acusó al gobierno de Estados Unidos de tener el control directo sobre las actividades de los *contras* en el conflicto armado interno que se vivía en su territorio (hecho que no pudo ser probado por el primero).

Esto nos lleva directamente al artículo 8o. de los ARIE:

Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento.²⁹

Algo que resulta muy interesante es que, además de la referencia que ya se ha hecho al caso de Nicaragua y los *contras* sobre este tema, la CDI en el comentario (5) que hace respecto de este artículo se vale precisamente de la jurisprudencia de un tribunal penal internacional para explicar su contenido.³⁰ Se trata del caso *Prosecutor v. Tadić*, precisamente del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en donde dicho Tribunal sostuvo que

²⁷ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (Advisory Opinion)* [1999] ICJ Rep 61, 87, para. 62.

²⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgment on Merits)* [1986] ICJ Rep 14, 62-64.

²⁹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 8o.

³⁰ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, p. 111.

“[e]l requerimiento del derecho internacional para la atribución a un Estado de actos llevados a cabo por particulares es que el Estado ejerza control sobre dichos individuos. El *grado de control* puede, sin embargo, variar de acuerdo con las circunstancias de hecho en cada caso”.³¹

Si bien es cierto que el análisis que hizo el tribunal era para resolver sobre la adjudicación de responsabilidad penal individual, el criterio allí reflejado está directamente relacionado con el surgimiento de responsabilidad estatal en materia de atribución.

Antes de entrar de lleno al estudio de los criterios utilizados por la CIJ en materia de genocidio, veamos el artículo 16 de los ARIE:

Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por éste último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia sí:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito;
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.³²

La CIJ se pronunció prohibiendo la ayuda o asistencia de Estados en el mantenimiento de un estado violatorio de derecho internacional en su opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.³³ Es claro que la complicidad en el quebrantamiento del orden jurídico internacional debe ser castigada; esto se enfatiza al tratarse de la comisión de crímenes internacionales pues si no hay justificación para cometerlos, menos la hay para asistir a otro en su comisión.

Ya que hablamos de “justificaciones” resulta adecuado cerrar este inciso de responsabilidad internacional haciendo referencia al artículo 26 de los ARIE. Este artículo forma parte del Capítulo V, dedicado a las circunstancias eximentes de responsabilidad sobre actos contrarios a

³¹ Cfr. *Prosecutor v. Tadić (Judgment)* ICTY-94-1-A App Ch (15 de julio de 1999), p. 48. Para. 117.

³² Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 16.

³³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)* [2004] ICJ Rep 136, para. 159.

derecho por parte de los Estados. En particular, se refiere al valor y cumplimiento de las normas perentorias de derecho internacional, o *jus cogens*, de las que ya hemos hecho referencia arriba.

Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.³⁴

Aquí encontramos algo muy interesante: en el comentario (5) a dicho artículo la CDI reconoce de manera expresa que la prohibición a la comisión del crimen de genocidio, entre otros (agresión, esclavitud, discriminación racial, crímenes de lesa humanidad, tortura), así como el derecho a la autodeterminación, es una norma de *jus cogens*.³⁵ Esto significa que la violación a la prohibición de este crimen, en cualquiera de las modalidades impuestas por la Convención de 1948, conlleva la activación de la responsabilidad internacional por parte del Estado infractor.

Después de todo lo que ya hemos revisado hasta aquí, encontramos que efectivamente existe un vínculo entre los crímenes internacionales (en particular, el genocidio) y la responsabilidad estatal. No obstante, como mencionan Jennings y Watts:

Las consecuencias legales de la conducta de un Estado que entra en la categoría del derecho penal internacional y que da lugar a un régimen especial de responsabilidad internacional diferente al aplicable en otras situaciones que involucren responsabilidad estatal, y en particular la naturaleza de las sanciones que pueden tomarse contra dicha conducta, no son claras.³⁶

Es momento entonces de revisar la combinación y aplicación que hizo la CIJ de todas las reglas de las que hemos hablado para resolver un caso en el que se le solicitaba condenar a un Estado (República de Serbia) de la comisión del crimen de genocidio.

³⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 26.

³⁵ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, *cit.*, p. 188.

³⁶ Cfr. Jennings, Robert y Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law*, *cit.*, p. 535.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 26 DE FEBRERO DE 2007 RELATIVA AL CASO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1948 ENTRE BOSNIA Y HERZEGOVINA *VS.* SERBIA Y MONTENEGRO

Como ya dijimos, Bosnia y Herzegovina demandó en 1993 a la República Federal de Yugoslavia ante la CIJ por presuntas violaciones a los artículos I, II, III, IV y V de la Convención de 1948. El fundamento para que la CIJ pudiese ejercer su jurisdicción y conocer del caso se encuentra en el artículo IX de la Convención de 1948, el cual establece que:

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 sometidos a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.³⁷

Sobra decir que ambos Estados parte de la controversia son parte de la Convención de 1948.

Una aclaración: como habrá notado el lector, Bosnia y Herzegovina demandó originalmente a la República Federal Yugoslava, la cual dejó de existir como tal para el momento en el que se da el fallo de la Corte. Respecto de la calidad de la República de Serbia como demandado podemos decir que la CIJ determinó que, si bien los hechos sobre los que se funda la demanda de Bosnia ocurrieron cuando Serbia y Montenegro constituían un solo Estado, al separarse Montenegro de Serbia (el 3 de junio de 2006), la República de Serbia aceptó la continuidad de lo que antes era un Estado, aceptando de igual manera la responsabilidad de los compromisos derivados de los tratados internacionales concluidos por Serbia y Montenegro, mientras que, por el otro lado, Montenegro nunca reclamó ser el Estado continuador de Serbia y Montenegro. Por estos motivos, la CIJ encontró que la República de Serbia era el Estado continuador respecto de las obligaciones derivadas de la Convención

³⁷ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, *cit.*, artículo IX.

de 1948 y que, en consecuencia, dicho Estado sería tomado como el demandado en el presente caso.

Entremos pues en materia. Lo primero que hace la CIJ es delimitar las obligaciones impuestas a cada Estado parte de la Convención de 1948 a partir del contenido de la misma, siempre desde el punto de responsabilidad internacional.³⁸ Al respecto, la CIJ determina que las partes están obligadas a prevenir y sancionar el genocidio; dicha obligación, dice la Corte, conlleva de forma implícita el no cometer este crimen a través de las acciones de los órganos, personas o grupos cuyos actos sean atribuibles al Estado. Por otro lado, aclara que la responsabilidad internacional se puede activar por llevar a cabo cualquiera de los actos enunciados en el artículo III de la Convención de 1948, y no sólo por la comisión del genocidio *per se*.

Se aclara también que la Convención de 1948 no establece un régimen de responsabilidad penal al Estado sino que, por el contrario, la responsabilidad que surge por la violación a alguna de las normas convencionales referidas en el caso es puramente responsabilidad estatal. La noción de que se puede activar responsabilidad internacional en contra de un Estado por la comisión del crimen de genocidio también se ve reflejada en el artículo 25(4) del Estatuto de Roma, el cual establece que “[n]ada 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”.³⁹

Esta dualidad de responsabilidades (por un lado estatal, por el otro individual), se refleja también en el artículo 58 de los ARIE. Éste determina lo siguiente: “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”.⁴⁰ No debemos confundir los ámbitos de aplicación de cada una de las materias de derecho internacional que se entrecruzan en el tema del genocidio o de la comisión de crímenes internacionales en general; un Estado no queda exento de responsabilidad internacional por

³⁸ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *cit.*, pp. 58-67, paras. 155-179.

³⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *cit.*, artículo 25(4).

⁴⁰ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *cit.*, artículo 58.

un acto ilícito cometido a través de alguno de sus agentes, aun cuando dicho agente haya sido enjuiciado y castigado.

Sin embargo, se presenta una pregunta aún más difícil: ¿puede la CIJ determinar si un Estado es responsable de la comisión de genocidio cuando no ha habido antes una condena de un individuo por el crimen de genocidio ante un tribunal competente en materia de derecho penal internacional? Es decir, si no ha habido un tribunal penal que encuentre que uno o más individuos son responsables de haber cometido el delito de genocidio, ¿cómo es posible que el Estado sí pueda ser responsable de dicho crimen? ¿Quién lo cometió? Recordemos que la responsabilidad estatal surgirá a partir de la atribución que se haga de una conducta ilícita por parte de uno de sus agentes, o por cualquier otra persona que esté bajo su control y dirección directos. De tal manera que, inequívocamente, si hay genocidio a nivel estatal quiere decir que hubo genocidio a nivel individual. La pregunta que permanece en el aire es si el resultado de ambos actos están directamente relacionados entre sí al grado tal que la adjudicación de responsabilidad estatal dependa de la previa adjudicación de responsabilidad individual. Para la CIJ, esto no es así.⁴¹

La CIJ sostiene que, para determinar que un Estado es responsable por la comisión del crimen de genocidio, de conformidad con la Convención de 1948, sólo es necesario determinar si se cometió genocidio sin importar si existen ya responsables, individualmente, de dichos actos.

En consecuencia, la CIJ hace un estudio de los elementos que constituyen el crimen de genocidio, de conformidad con la Convención de 1948 a fin de determinar si en efecto dicho crimen se cometió con las características y bajo las circunstancias invocadas por el actor.

Es importante decir que, dado que la CIJ fundó el ejercicio de su jurisdicción en el artículo IX de la Convención de 1948, este instrumento legal fue el único tomado como derecho aplicable al presente caso. Es decir, la CIJ se limitó a estudiar los elementos que están contenidos en dicho tratado dejando de lado violaciones a otros instrumentos en materia de derechos humanos en conflictos armados, violaciones a normas de *jus cogens* o violaciones a otras normas de naturaleza *erga omnes*.⁴²

⁴¹ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 68, paras. 180-182.

⁴² *Ibidem*, p. 55, para. 147.

Antes de avanzar al estudio de los hechos, la Corte anuncia que el estándar de prueba requerido en este caso es muy alto. Lo dice así:

La Corte ha reconocido desde hace mucho tiempo que las reclamaciones en contra de un Estado que involucren cargos de gravedad excepcional deben ser probados por evidencia que sea completamente concluyente. La Corte requiere estar completamente convencida de que los alegatos hechos en el procedimiento, de que el crimen de genocidio u otros actos enumerados en el Artículo III hayan sido cometidos, estén claramente establecidos. El mismo estándar se aplica a la prueba de la atribución de dichos actos.⁴³

Respecto de la evidencia presentada por el actor sobre los hechos controvertidos, la CIJ desglosa uno a uno los incidentes materia de la controversia así como lo ocurrido en ellos. Después de un muy amplio y minucioso estudio sobre los actos llevados a cabo tanto en territorio bosnio como en territorio serbio, sobre la territorialidad de dichos actos, sobre los grupos hacia los que fueron dirigidas las agresiones, sobre los actores que las cometieron, y sobre la intención (*dolos specialis*) detrás de las acciones violatorias de derecho internacional, la CIJ concluyó que sólo se conjugan todos los elementos para determinar la existencia del crimen de genocidio respecto de la masacre en Srebrenica en julio de 1995.⁴⁴ Esto se debe a que en el resto de los incidentes, aun cuando se habían dado matanzas masivas de individuos pertenecientes al “grupo protegido” (musulmanes bosnios), no se encontraba en dichas acciones el *dolos specialis* que determinase una clara intención de eliminar total o parcialmente a dicho grupo protegido. De tal suerte que cualquier atribución de responsabilidad estatal que se hiciese sobre Serbia estaría relacionada exclusivamente con los hechos sucedidos en Srebrenica en 1995.

Habiendo hecho esta determinación, la CIJ procede a hacer la aplicación de las reglas sobre responsabilidad internacional (a las que ya hemos hecho referencia arriba) a los actos violatorios de la Convención de 1948 a fin de determinar si Serbia era responsable de los mismos. El examen que establece para ello se compone de tres elementos: 1) determinar si los actos de genocidio pueden ser atribuidos al demandado

⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 76-77, para. 209.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 68-134, paras. 183-376.

bajo las reglas de derecho internacional consuetudinario (codificadas por la CDI) sobre responsabilidad estatal; 2) determinar si los actos a los que se refiere el artículo III de la Convención de 1948, distintos al genocidio, fueron llevado a cabo por personas u órganos cuya conducta sea atribuible al demandado bajo las mismas reglas de responsabilidad y estatal, y 3) determinar si el demandado cumplió con su doble obligación derivada del artículo I de la Convención de 1948 de prevenir y castigar el genocidio.⁴⁵

Es claro que, de haber encontrado que el Estado demandado era responsable de la comisión del crimen de genocidio (es decir, que los actos que constituían genocidio le fueran atribuidos), en consecuencia, el Estado demandado sería responsable también de no haber cumplido con la obligación de prevenir y castigar dicho crimen. Sin embargo, *contrario sensu*, no se llega a la misma conclusión. De manera que aun cuando los actos que constituyen genocidio no fuesen atribuibles al demandado, ello no querría decir *ipso facto* que tampoco fuese responsable de no haber prevenido y castigado dichos actos. De la misma manera, encontrar que al demandado no le fuesen atribuibles los actos que constituyen genocidio no querría decir que no pudiese ser responsable de complicidad en la comisión de dichos actos o de haber incitado a su comisión.

La CIJ utilizó el mismo criterio respecto de las reglas de atribución que el aplicado en el caso de Nicaragua, argumentando que: “Las reglas para atribuir supuestas conductas internacionalmente ilícitas a un Estado no varían atendiendo a la naturaleza del acto ilícito en cuestión, en ausencia de una claramente expresada *lex specialis*”.⁴⁶

Finalmente, después de aplicar las reglas sobre responsabilidad internacional a los actos ilegales invocados por Bosnia y Herzegovina, y cometidos por la “República Srpska”, la CIJ resolvió que no contaba con los elementos suficientes para determinar que le fueran atribuibles los actos de genocidio enlistados en el artículo III de la Convención de 1948 a la República de Serbia.⁴⁷

Por último, vino el estudio sobre las acciones llevadas a cabo por Serbia para prevenir o sancionar los actos de genocidio. Aquí el resultado

⁴⁵ *Ibidem*, p. 136, para. 379.

⁴⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 143, para. 401.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 138-152, paras. 385-424.

fue diferente, la CIJ determinó que, si bien las masacres no eran atribuibles a Serbia, las autoridades de este Estado contaban con la información necesaria para saber que éstas podían ocurrir, no obstante, no previnieron dichos actos. Además la CIJ encontró que, en efecto, Serbia no había cooperado con el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia a fin de castigar a los responsables de las masacres cometidas en su territorio. De tal suerte que se activó responsabilidad estatal en contra de Serbia por el incumplimiento de las obligaciones tanto de prevenir como de castigar el crimen de genocidio.⁴⁸

El haber determinado que Serbia es responsable por no haber prevenido ni sancionado el crimen de genocidio no resuelve el complejo problema que hemos venido desarrollando sobre el papel que juegan los crímenes internacionales *vis-á-vis* las reglas sobre responsabilidad estatal. Todavía queda un asunto central, tanto en materia de delitos como en materia de responsabilidad internacional, que queda sin resolver: reparaciones. Si lo más grave cuando se comete un crimen internacional son los daños causados a las víctimas de los mismos, ¿cómo establecer un mecanismo de reparaciones, en materia de responsabilidad estatal, que resulte adecuado para compensar el dolor y el sufrimiento de un pueblo que ha sido víctima de genocidio? Este problema lo expone también Pemmaraju Sreenivasa Rao:

El dilema al que a menudo se enfrenta la comunidad internacional no es cómo castigar a un Estado cuando comete o es acusado de cometer crímenes internacionales, sino cómo asegurar el interés de la población civil del Estado víctima que inevitablemente carga con el peso de la acción punitiva. Los costos sociales y económicos de las sanciones en las poblaciones del Estado víctima, igual que las de los terceros Estados, no son generalmente calculadas en los costos de las sanciones impuestas en respuesta a los crímenes internacionales.⁴⁹

La obligación de reparar un daño causado en derecho internacional fue establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 152-161, paras. 425-450.

⁴⁹ Sreenivasa, Pemmarajau, "International Crimes and State Responsibility", en Ragazzi, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today; Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 77.

Factory at Chorzów; ahí quedó claro que “las reparaciones deben, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que habría existido, probablemente, de no haberse cometido dicho acto”.⁵⁰ En el caso de crímenes internacionales, si bien no se puede “criminalizar” a un Estado, la obligación de reparar el daño surgido de la atribución de responsabilidad internacional no desaparece.⁵¹ Existen diversas disposiciones en tratados multilaterales que establecen precisamente la obligación de los Estados de reparar daños causados por violaciones a dichos instrumentos que además constituyen crímenes internacionales.⁵²

Evidentemente, tratándose de genocidio, la *restitutio in integrum* como forma de reparación es inconcebible. Por otro lado, la CIJ no pudo crear un vínculo directo entre la violación al derecho internacional incurrida por Serbia y el daño causado a Bosnia; si bien es cierto que Serbia es responsable de no prevenir y sancionar el genocidio cometido en contra de musulmanes bosnios, ello no aporta elementos tangibles, en el contexto de las reparaciones, para determinar el grado y las dimensiones del daño causado a Bosnia como consecuencia de dichas violaciones de derecho internacional. Es por estos motivos que la CIJ no consideró adecuado hacer una cuantificación del daño, en términos materiales, para determinar un monto de dinero que debiera ser pagado por Serbia a Bosnia. Una vez más, no hay una reparación directa a las víctimas de los crímenes, hecho éste que deberá ser desarrollado con mayor profundidad en un futuro.

Por lo tanto, la forma de reparación adoptada fue la satisfacción consistente en la inclusión de párrafos en la sentencia en los que se dejara constancia de las violaciones al derecho internacional público incurri-

⁵⁰ *Factory at Chorzów Case (Germany v. Poland) (Jurisdiction)* [1927] PCIJ Rep Series A, núm. 9, 21.

⁵¹ Véase Aizenstatd Leistenscheinder, Najman Alexander, *op. cit.*, p. 12.

⁵² Véase, por ejemplo, Estupiñán Silva, Rosmerlin, “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 147 y 148.

das por el Estado demandado. Además, la CIJ le ordenó a Serbia que otorgase a Bosnia garantías de no repetición de los actos cometidos.⁵³

Un último aspecto interesante que vale la pena destacar es que si bien los jueces Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi y Koroma, presentaron opiniones disidentes al momento de la adopción de la sentencia, en sus respectivos textos no se oponen a la noción de la responsabilidad internacional por la comisión del crimen de genocidio ni contradicen las reglas de atribución utilizadas para arribar a tal conclusión, inclusive coinciden en las violaciones atribuidas a Serbia respecto de la Convención contra el Genocidio, en donde expresan que su desacuerdo es en relación con la metodología y razonamientos de la Corte para establecer jurisdicción en el caso analizado.⁵⁴

V. CONCLUSIÓN

Es cierto que, al margen de los pronunciamientos jurídicos de cortes tanto penales como internacionales, la erradicación de crímenes como el genocidio está en las personas, pues “[l]a paz orgánica no puede ser el fruto de la voluntad de los estados [sic], por más poderosos que sean, sino de las condiciones internas de la sociedad”.⁵⁵ Además, el derecho penal internacional nos ofrece mecanismos para castigar a los criminales que cometen los actos más atroces que podamos imaginar.

Sin embargo, son los Estados quienes tienen la responsabilidad primordial de no permitir que tales atrocidades sucedan. Esta obligación está consolidada como una norma de la más alta jerarquía entre las fuentes del derecho internacional. A pesar de eso, hay ocasiones en las que son los Estados mismos quienes orquestan y perfilan los ataques contra

⁵³ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *cit.*, pp. 164-167, paras. 460-469.

⁵⁴ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 43. Dissenting opinion of Vice-President Al-Khasawneh, p. 241; Dissenting opinion of judges Ranjeva, Shi and Koroma, p. 266.

⁵⁵ Paz, Octavio, *Crónica trunca de días excepcionales*, México, UNAM, 2007, p. 97.

aquellos “pueblos de la Naciones Unidas” de los que habla la Carta de la ONU. Entonces, cuando los Estados fallan en esta tarea de no cometer, prohibir, prevenir y castigar tales monstruosidades, el derecho internacional nos ofrece también mecanismos, aunque limitados y complicados, para hacer que ellos respondan ante la comunidad internacional por sus actos.

Los Estados sí pueden incurrir en responsabilidad internacional como consecuencia de la comisión de crímenes internacionales. Existen las reglas de atribución necesarias para ello. Pero esto no significa que no se deba perseguir y castigar penalmente a los perpetradores de los crímenes.

La comisión de crímenes internacionales, y en particular genocidio, es un tema muy serio que va más allá de las fronteras del derecho, inclusive va más allá de las relaciones internacionales y la diplomacia; es un tema que nos lleva a las entrañas de valores filosóficos, morales y humanos. No estamos hablando de normas internacionales en materia de importación y exportación de productos en donde los daños, aunque no de poca relevancia, son de materia económica y se ven reflejados en fluctuaciones numéricas dentro de tablas de balance. Cuando hablamos de crímenes internacionales, de genocidio, estamos hablando de vidas humanas, o mejor dicho, de pérdidas incontables de vidas humanas. De igual manera, cuando decimos que un Estado incurre en responsabilidad internacional por la comisión del crimen de genocidio, sin importar los actos u omisiones que llevaron a la activación de dicha responsabilidad, estamos hablando de un número inimaginable de seres humanos que fueron aniquilados por una política de Estado que no es otra cosa más que producto del odio que generan las etiquetas con las que vamos creando nuestro mundo de ficciones. No debemos olvidar que fueron actos de esta gravísima naturaleza los que llevaron a la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945. Tal fue su relevancia que sólo un año después ya había un mandato de la Asamblea General para elaborar un convenio que prohibiese y castigase tales actos, y en donde los Estados fueran los protagonistas de dicha labor. ¿Cómo mantenerlos ahora al margen de la responsabilidad que puede derivar de dichos crímenes?