

**COMENTARIO DEL FALLO SOBRE LA “APLICACIÓN  
DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA  
SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO  
(BOSNIA Y HERZEGOVINA V.  
SERBIA Y MONTENEGRO)”  
DEL 26 DE FEBRERO DE 2007,  
LISTA GENERAL N° 91:  
GENOCIDIO Y RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL DEL ESTADO**

ADRIANA LUCÍA ARIAS LADINEZ  
LAURA VALENTINA CORAL GÓMEZ  
CAROLINA DEIK ACOSTA-MADIEDO  
LORENA CAROLINA LOSSA CHAMORRO  
MARTHA LIGIA VÁSQUEZ ISAZA\*

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2007  
Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2007

**RESUMEN**

El fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la “Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro)” representa un hito en el ámbito internacional, por cuanto contiene el primer análisis que realiza ese cuerpo colegiado sobre la responsabilidad internacional de un Estado por el “delito” de genocidio. Además, da luces sobre derechos y obligaciones que trascienden la teoría clásica de las relaciones interestatales, para adentrarse en la teoría de las obligaciones *de medio* como la de prevención del genocidio. Sólo un

---

\* Estudiantes de derecho la Pontificia Universidad Javeriana.

\*\* Calle 40 # 6-23, piso 6°, Bogotá, Colombia.

estudio contextualizado del fallo revela lo reprochable de acudir a conceptos como “control total” para descartar la configuración del crimen en oportunidades en las cuales, acudiendo a los elementos del genocidio previamente delineados por la doctrina y jurisprudencia internacionales, fue innegablemente perpetrado. No obstante, no podemos desconocer el acierto de Corte al darle un mayor alcance a las obligaciones derivadas de la Convención contra el genocidio, puesto que admite como sujeto activo no sólo al individuo sino también al Estado. Por eso, aunque la sala se quedó corta, el fallo es un asomo de innovación que probablemente conducirá, cuando el Estado del arte lo permita, a fallos más justos.

*Palabras clave:* prevención, genocidio, responsabilidad internacional, obligaciones de medio, contextualizado

**COMMENTARY ON THE “CASE CONCERNING THE  
APPLICATION OF THE CONVENTION  
ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT  
OF THE CRIME OF GENOCIDE (BOSNIA AND  
HERZEGOVINA V. SERBIA AND MONTENEGRO)”  
RELEASED ON FEBRUARY 26, 2007.  
GENOCIDE AND STATE RESPONSIBILITY**

**ABSTRACT**

*The ruling of the International Court of Justice on the “Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)” is crucial in the international arena, inasmuch as it contains the first jurisdictional analysis on the international responsibility of a State of the crime of Genocide. In addition, it sheds lights on the issue of the rights and obligations that result from the Convention against Genocide, and that of obligations of means like the prevention of Genocide. Only a contextualized study of the ruling reveals the Court’s peculiar use of concepts: this Tribunal resorts to concepts like “total control” to discard the configuration of the crime in opportunities in which, according to the elements of the genocide previously delineated by the international doctrine and jurisprudence, was undeniably perpetrated. However, we cannot ignore that the Court has advanced in extending the reach to the obligations derived from the Convention against Genocide. Therefore, though much is still to be done, the ruling*

*is a hint of innovation that will probably lead, when the state-of-the-art allows it, to something closer to justice.*

*Key words: prevention, genocide, international responsibility, obligations of means, contextualized.*

## INTRODUCCIÓN

El reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o “la Corte”) sobre la “Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro)” representa un hito de capital importancia en el ámbito internacional. Este pronunciamiento de la Corte, que se encuentra en la página oficial de la CIJ en la rúbrica *Decisions* ubicada en el año 1993 (año en el que se introdujo el proceso), contiene el primer análisis que realiza ese cuerpo colegiado sobre la responsabilidad internacional de un Estado por el “delito”<sup>1</sup> de genocidio, ya que el precedente jurisprudencial al respecto sólo se había pronunciado sobre la responsabilidad individual. Asimismo, da luces sobre derechos y obligaciones que trascienden la teoría clásica de las relaciones interestatales, para adentrarse en obligaciones *de medio* como la de prevención del genocidio, sobre cuyo alcance la jurisprudencia estaba en mora de pronunciarse.

En virtud de lo anterior, a lo largo de las páginas que siguen pretendemos analizar y comentar la aludida sentencia. Sin pretender hacer una enunciación exhaustiva de todos los asuntos abordados por la Corte, queremos rescatar los cuatro grandes temas en torno a los cuales gira la argumentación de dicho órgano, a saber:

1. Competencia de la Corte;
2. Subjetividad Internacional;
3. Crimen de Genocidio;
4. Responsabilidad Internacional del Estado de Serbia.

Para efectos del presente trabajo, hemos decidido no abordar los dos primeros, los cuales aluden en gran medida (que no en su totalidad) a lugares comunes de la doctrina y jurisprudencia internacional. Más aún, dada la complejidad que caracteriza a cada uno de los cuatro *ítems* mencionados, cualquier intento de análisis global de cada uno de ellos quedaría corto y sería meramente superficial en virtud de las limitaciones del presente comentario de sentencia. Es por eso que nos centraremos

---

1 Las traducciones oficiales han entendido por *crime* lo que conocemos como delito, aunque propiamente debería hablarse del crimen de genocidio.

únicamente en los dos últimos, abordándolos *in extenso* —pero dentro de las limitaciones espaciales del presente trabajo— por tratarse de los puntos neurálgicos de su estudio.

Con miras a desarrollar nuestro objetivo, seguiremos la siguientes estructura:

1. Contextualización;
2. Problemas alrededor del genocidio;
3. Análisis de la decisión de la Corte respecto de la responsabilidad internacional de Serbia, exponiendo la postura de la Corte, contrastándola con otras y aportando las opiniones que al respecto nos pudiere merecer.

## **Desarrollo**

### **I. Contextualización**

Únicamente un estudio contextualizado del fallo y, especialmente, de la problemática subyacente, permitirá comprender a profundidad y con mediana claridad la sentencia estudiada, las razones para encauzarla hacia el Estado de Serbia, las implicaciones de la motivación de la Corte y de su decisión.

*Con respecto al fallo*, el caso involucra la demanda de Bosnia y Herzegovina (BH) contra la nueva república de Serbia y Montenegro por compensación por el crimen de genocidio supuestamente cometido por el anterior Gobierno de Serbia, y es la primera vez que la CIJ se ha pronunciado sobre el alcance de la obligación de prevenir el genocidio. En un actuar sin precedentes, la CIJ se declaró competente *prima facie* para ordenar tres medidas provisionales para proteger los derechos en disputa, incluso antes de determinar la aplicabilidad de la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio (en adelante, Convención contra el genocidio) al caso. En ellas, ordenó a la República Federal de Yugoslavia tomar las medidas en su poder para prevenir la comisión del crimen de genocidio contra los musulmanes de Bosnia u otro grupo. Sin embargo, se ha reprochado que ni estas órdenes, ni el fallo de objeciones preliminares de 1996 tuvieron efectos preventivos respecto a la masacre de Srebrenica. Es probable que la conmoción internacional al respecto de cuenta, en buena medida, de los pronunciamientos de la Corte en el fallo que estudiamos, y de su decisión de hacer de la masacre de Srebrenica el eje central de la decisión.

El fallo fue dictado casi un año después de la muerte en La Haya del serbio SLOBODAN MILOŠEVIĆ, tras su detención por el Tribunal Penal Internacional para la

antigua Yugoslavia (TPIY). Por tratarse del presidente de Serbia para la época de los hechos sujetos a discusión, su muerte por “causas naturales” dejó a gran parte de la comunidad internacional sedienta de establecer responsabilidades. Tal vez esto explique la inusual expectativa por este fallo, en medio de las críticas de la academia alegando que los fallos de la Corte sobre genocidio no habían hecho eco a la retórica humanitaria de la Opinión Consultiva de la CIJ de 1951<sup>2</sup>. Atribuían lo anterior al conflicto inevitable entre las concepciones tradicionales de soberanía estatal, por un lado, y la postura normativa de la opinión consultiva que restringe la “jurisdicción interna” de que habla el artículo 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, por el otro. Existía, pues, presión desde todos los flancos para que la Corte no olvidara la *jurisdicción universal*<sup>4</sup> en que se sustenta la Convención.

*Con respecto a la problemática* que subyace al fallo, la República Socialista Federal de Yugoslavia (en adelante RSFY) empezó su desintegración en 1980 al morir su fundador, el mariscal TITO. Más adelante, con la caída del comunismo y la década de guerras intestinas, finalmente se consolida la separación de sus naciones en diferentes estados, a saber: Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina (en adelante BH), Serbia, Macedonia y Montenegro. Dadas las características artificiales de la antigua Yugoslavia, la república de Bosnia se configuró de la siguiente manera:

“una población de cuatro millones y medio de personas, de las cuales 44% eran de origen musulmán, 31% eran serbios y, 17% croatas”<sup>5</sup>,

una diversidad étnica que dio origen a conflictos y, luego,

“las guerras entre serbios y musulmanes y, entre éstos y croatas”<sup>6</sup>.

El 9 de enero de 1992, la república de serbios de Bosnia y Herzegovina, luego autoproclamada *Republika Srpska* (RS), declaró su independencia controlando *de*

---

2 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 ICJ, 15 (May 28).

3 TOUFAYAN, MARK, “The World Court’s distress when facing Genocide: a critical commentary on the application of the Genocide Convention Case (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))”, *Texas International Law Journal*, págs. 233-290, (la traducción es nuestra), pág. 234.

4 La jurisdicción universal a diferencia de la jurisdicción nacional otorga a los tribunales nacionales de cualquier país la competencia para sancionar crímenes internacionales como por ejemplo crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y *genocidio*, independientemente del territorio donde se haya cometido el hecho y la nacionalidad del perpetrador o la víctima. La jurisdicción universal, es por tanto, como concepto aplicado un fenómeno relativamente reciente y desconocido para la gran mayoría. Véase, MATHILDE DE RIEDMATTEN, La jurisdicción universal: una breve introducción, Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe>

5 PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A., *Grandes fallos de la justicia penal internacional 1, Tadic. Internalización de los conflictos internos y responsabilidad internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, 2005, pág. 42.

6 *Ibidem*, pág. 42.

*facto* parte sustancial del territorio, con apoyo militar y financiero de Serbia. Si bien los serbios realizaron matanzas a gran escala contra los musulmanes, para la Corte sólo la de *Srebrenica* (julio de 1995) constituye un genocidio.

Adicionalmente, el Estado de Serbia y Montenegro (el denunciado ante la CIJ) se separó en dos estados en 2006, el de Serbia y el de Montenegro, de los cuales sólo el primero declaró la *continuidad* con la personalidad jurídica del Estado disuelto, al paso que el segundo no ha consentido a la jurisdicción de la Corte para los propósitos de la disputa. De hecho, desde la misma separación de la antigua Yugoslavia, la nación Serbia declaró que continuaría con la personalidad jurídica de la RSFY, bajo el nombre de República Federal Yugoslava, y fue bajo esta denominación que se cometieron los hechos objeto de este litigio. Lo anterior justifica que una demanda inicialmente instaurada contra Serbia y Montenegro, terminara siendo encauzada contra el Estado Serbio.

## II. PROBLEMAS EN CUANTO AL GENOCIDIO

En primer lugar, según el artículo segundo de la Convención contra el genocidio, se entiende por genocidio:

“...aquellos actos 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”<sup>7</sup>.

Adicionalmente, el delito de genocidio responde a tres tipos fundamentales:

- a) físico, los actos que generan lesiones y perjuicios en la integridad física o mental de los miembros el grupo afectado;
- b) biológico, todas las limitaciones impuestas para evitar la reproducción del grupo;
- c) cultural, comprende la destrucción de los elementos identificadores del grupo<sup>8</sup>.

---

7 Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Dominicana, Uruguay, Venezuela adoptado por resolución 260 (III) A de la Asamblea General de UN el 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: el 12 de enero de 1951. [www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm](http://www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm) página oficial de la ONU.

8 PRIETO SANJUAN, RAFAEL A., *Grandes fallos de la justicia penal internacional 2. Acayesu. El primer juicio internacional por genocidio*, Biblioteca Jurídica Diké, 2006, pág. 104.

Por motivos de espacio, no expondremos las divergencias doctrinales en torno a dicha definición, sino que propondremos algunas consideraciones respecto de sus elementos objetivos, que se consolidan en el *actus reus*, y el subjetivo al analizar las consideraciones de la Corte en el asunto.

## **A. Alcance de la Convención para prevenir y sancionar el genocidio según la CIJ**

La Convención contra el genocidio está principalmente dirigida a los actos de los individuos, sin que ninguna de sus disposiciones prohíba expresamente a los estados cometer tal delito. No obstante, la Corte acude al art. 1º de la misma, que reza:

“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”<sup>9</sup>.

Con base en dicha normativa, afirma que de lo anterior se colige la prohibición a los estados a cometerlo, puesto que,

“...sería paradójico que los estados estuvieran obligados a prevenir... la comisión del genocidio por personas sobre quienes tienen cierta influencia, pero que no estuviere prohibida la comisión de tales actos a través de sus propios órganos, o personas sobre quienes tienen control tan firme que ese control es atribuible al Estado en lo concerniente al derecho internacional. *En resumen, la obligación de prevenir el genocidio necesariamente implica la prohibición de cometer genocidio*”<sup>10</sup>.

Se sustenta en el lenguaje del art. IX de la Convención contra el genocidio, en el que las partes acuerdan someter a la CIJ las disputas sobre ciertos asuntos,

“incluyendo aquéllas [disputas] relacionadas con la responsabilidad de un Estado por genocidio o cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”.

Queremos dejar por sentado que, por loable que sea esta interpretación, no puede atribuirse su mérito enteramente a la Corte, pues esta postura ya había sido

---

9 Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. *Op. cit.*

10 (Bastardilla no original) Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*”. *Op. cit.* pág. 63. (La traducción es nuestra).

esbozada por el juez *ad hoc* ELIHU LAUTERPACHT's en su opinión disidente anexada a la orden del 13 de septiembre de 1993 sobre las objeciones preliminares al caso<sup>11</sup>.

Regresando al fallo, bien la Corte no puede encontrar *criminalmente* culpable a un Estado, sí puede determinar si éste es o no *internacionalmente responsable* por lo hechos alegados según si el genocidio, complicidad u otros actos del art. III de la Convención son cometidos por sus órganos, personas o grupos cuyas acciones le sean atribuibles, incluso si no hay condenas individuales al respecto. Creemos que esto último se debe a que, dada la falta de competencia de la Corte para juzgar individuos, sus fallos no podrían tener prejudicialidad del fallo de otro tribunal como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY)<sup>12</sup>, puesto que retardaría su labor sin que el Estatuto de la CIJ la someta a dicha condición.

Procede luego la Corte a evaluar los posibles límites territoriales en la aplicación de la Convención, negando que existan respecto a las obligaciones emanadas de los arts. I y III esto es: comisión del genocidio, asociación para cometerlo, instigación directa y pública para cometerlo, tentativa y complicidad en su comisión. Entretanto, el art. VI de la Convención radica exclusivamente en el Estado en el cual se cometió el delito la *obligación* de sancionarlo. Si bien es cierto lo anterior, la Corte adoptó una cómoda postura al obviar lo relativo a la *facultad* de sancionarlo que deriva de la competencia universal para juzgar a los responsables del crimen de genocidio. Esto deriva del art. I y del preámbulo mismo de la Convención, el cual alude a la necesaria cooperación internacional para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”<sup>13</sup> como lo es el genocidio. Con esto se insinuaba, desde temprano, la postura restrictiva en la interpretación y en la protección de los derechos que asumiría la Corte en este caso, como en otros casos sobre genocidio. Este enfoque, como lo afirmara MARK TOUFAYAN, desconoce los fines de la Convención contra el genocidio y coloca cortapisas al logro de sus efectos en aras de la clásica soberanía estatal<sup>14</sup>.

## B. Elementos del “delito” de genocidio

Las “pistas” que mencionamos fueron concretadas enseguida por la Corte al sostener que para que la limpieza étnica sea una forma de genocidio en los términos de la

11 *Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1993 ICJ 325, 408 (Further Request for the Indication of Provisional Measures Order of Sept. 13) (separate opinion of Judge Lauterpacht).*

12 Véase *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. In the trial chamber. Prosecutor v. Dusko Tadic, sentencing judgment. Judgment of 14 July 1997.* <http://www.un.org/icty/>

13 Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. *Op. cit.*

14 MARK TOUFAYAN, *op. cit.* pág. 234.



Convención, además del *dolus specialis*<sup>15</sup> de destruir parte significativa del grupo, la acción respectiva tiene que caer bajo uno de los actos prohibidos por el art. II; puesto que la mera intención institucionalizada de homogeneizar étnicamente un área y las acciones para implementar dicha política, como tales, no son genocidio<sup>16</sup>. Sin embargo, APONTE niega un grado tan alto de exigencia para que se configure el delito, pues considera que el genocidio apareja la idea de un ataque a más de un individuo, sin que se exija que sea un ataque masivo o un intento a gran escala, ni que tenga que haber un plan o política estatal o de otro organismo. Así, aunque no se exige tal plan o política estatal para que sea genocidio, si la hubiere *indudablemente* se configuraría el crimen siempre que hubiera la intención específica, que es la esencia<sup>17</sup>. Y es que, independientemente de los medios perpetrados para lograrlo, ¿cómo negar que existe intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico si existe un plan para *homogeneizar étnicamente* un área? Además, no vemos cómo puede ser acertada una interpretación tan restrictiva de una norma que pretende ser garantista del “espíritu y ...los fines de las Naciones Unidas” (preámbulo de la Convención).

Es cierto que la Corte reconoce el elemento *subjetivo* del crimen, que se concreta en que los actos realizados tengan una finalidad específica, esto es, el objetivo de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. No obstante, al hacer una interpretación taxativa de los actos mencionados en el art. II, lo que hace es agregar requisitos adicionales al elemento *objetivo* que se consolida en el *actus reus*, y a su vez se subdivide en:

- a) el elemento de *conducta*, es decir, *todas aquellas actuaciones* cometidas con el fin de generar la destrucción del grupo en todo o en parte;

---

15 Véase *International Criminal Court for the Former Yugoslavia. Trial Chambers in the Krstić case (Krstić (IT-98-33) “Srebrenica-Drina Corps”) and Blagojević case (Blagojević (IT-98-33/1) “Srebrenica”)*. <http://www.un.org/icty/>. Aunque la Corte acepta expresamente las conclusiones del caso *Krstić* sobre la masacre de Srebrenica, la *Trial Chamber* en aquel caso no exigía la destrucción de una parte significativa del grupo (como sí lo hizo la Corte en el caso analizado), sino que concluyó: “Although this population constituted only a small percentage of the overall Muslim population of Bosnia and Herzegovina at the time, the importance of the Muslim community of Srebrenica is not captured solely by its size.” Aunque la Corte no manifestó su desacuerdo, creemos que simplemente pasó por alto el punto que mencionamos, y que también aquí hay opiniones divergentes.

16 Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*”. *Op. cit.* pág. 190 (la traducción es nuestra).

17 APONTE, ALEJANDRO, “Estatuto de Roma e internacionalización del derecho penal en el caso colombiano: dilemas alrededor de la protección penal de los derechos humanos”, págs. 177-203, en: *Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia*, Impresores, Bogotá, 2004, pág. 38 y APONTE, ALEJANDRO, “Colombia”, págs. 201-258, en: AMBOS, KAI; MALARINO, EZEQUIEL, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo, 2003, pág. 202 y sigs.

- b) el elemento de *consecuencia*, esto es, la consolidación del delito mediante su ejecución total; y
- c. el elemento *circunstancial* que hace referencia a la agresión de la cual se deriva la configuración del mismo<sup>18</sup>.

Esta visión podría tener nefastas consecuencias, pues los actores podrían acudir a conductas diferentes a las citadas en el art. II de la Convención logrando exactamente el mismo fin (vg. la destrucción del grupo de “musulmanes bosnios”<sup>19</sup>), sintiéndose blindadas de la acción de la Corte.

Al respecto del alcance dado a la *intención explícita* que supone el delito de genocidio (y que llevó a la Corte a concluir que sólo la masacre de Srebrenica reúne los elementos del genocidio), nos oponemos al análisis restrictivo de la Corte, pues resulta más atinada la postura de su vicepresidente AL-KHASAWNEH. Mientras la Corte asegura que los objetivos que la *Republika Srpska* (RS) se hubieran podido lograr con el simple desplazamiento de los bosniacos (musulmanes bosnios); el vicepresidente considera que,

“la Corte esencialmente ignoró los hechos y los sustituyó con sus propias apreciaciones de lo que los serbios bosnios debieron hipotéticamente haber hecho para lograr sus macabros y estratégicos objetivos<sup>20</sup>”

de formar la Gran Serbia. Además, establece que la Corte debió haberle dado un mayor valor a las decisiones del TPIY, en las cuales no se realiza la distinción artificial que hace la Corte entre intención relevante para la configuración del genocidio y la intención relevante que caracteriza a la limpieza étnica o racial<sup>21</sup>. Creemos que esto es particularmente cierto si la Corte había calificado como:

---

18 PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A., *Grandes fallos de la justicia penal internacional 2. Acayesu. El primer juicio internacional por genocidio*, Biblioteca Jurídica Diké, 2006, pág. 113.

19 Respecto a la caracterización del grupo protegido, la Corte concluye que éste debe ser definido de manera positiva y no negativa. De aquí el rechazo, en el caso *sub judice*, de la definición que BH realiza del grupo protegido como “no serbios”, la cual debe ser remplazada por “musulmanes bosnios” como elemento positivo que se encuentra en la identificación que este Estado presentó.

20 CIJ. <Opinión disensiva del vicepresidente AL-KHASAWNEH en el caso “*Application of the Convención on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*”. Párrafo 41. (la traducción es nuestra).

21 *Ibidem*.

“*altamente persuasivos* los hallazgos fácticos del TPIY no apelados, dándole peso a cualquier evaluación basada en los hechos sobre, por ejemplo, la existencia de la *intención*<sup>22</sup>”.

A la luz de lo anterior, de haberse adoptado los criterios garantistas de la doctrina tradicional en materia de genocidio, y de haberse aceptado en mayor medida lo encontrado por el TPIY, la Corte habría concluido que el genocidio no sólo ocurrió en la masacre de Srebrenica, sino en todos los actos en los cuales se hallaren probadas las matanzas masivas contra el grupo protegido de “musulmanes bosnios” siempre que se configuraran los elementos básicos del delito, sin mayores exigencias.

### **III. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DE SERBIA**

La responsabilidad internacional tiene su origen en el hecho internacionalmente ilícito, definido por el artículo segundo del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) como la violación, por acción o por omisión, de una obligación emanada del derecho internacional, la cual debe ser atribuible a un sujeto de derecho internacional, especialmente a un Estado<sup>23</sup>.

#### **A. Atribución del genocidio en Srebrenica a Serbia**

La Corte no atribuye a la República Federativa de Yugoslavia (RFY) los actos de genocidio cometidos en Srebrenica. Alega la Corte que nada permite concluir que fueron perpetrados por “personas o entidades” que tuvieran el estatus de órganos *de jure* de la RFY bajo su *derecho interno*, pues si bien la RFY proporcionaba soporte *sustancial* (financiero) a la *Republika Srpska*, con salarios y otros beneficios a los oficiales del VRS, esto no los convierte en órganos suyos. En este punto, la Corte ha podido realizar un mayor análisis en torno a la posibilidad de que la responsabilidad internacional del Estado se vea comprometida por los actos de sus agentes *de facto*. Aún así compartimos esta posición de la Corte, pues haya sustento en el art. 4 del Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados

---

22 Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” *Op. cit.* pág. 168, par. 223. (La traducción es nuestra; énfasis añadido).

23 United Nations, *Responsibility of States for Internationally Wrongful acts, 2001. Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session.* [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf)

de la CDI<sup>24</sup>, que sujeta la calificación de “órgano” a la legislación interna del Estado. Debido a que los autores no tenían dicho estatus, el acerbo probatorio no permite concluir que la RFY haya tomado parte en las masacres, ni en la preparación, planeación o ejecución de las masacres. Por eso considera la Corte que tampoco le son atribuibles los actos del grupo paramilitar “Scorpions”, pues los actos de un órgano puesto por un Estado a disposición de otra autoridad pública se considera acto de ese Estado si el órgano actuaba en nombre de la autoridad a cuya disposición se puso (art. 6 del Proyecto de la CDI).

La Corte cita el caso de *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste (Nicaragua vs. Estados Unidos de América)* según el cual quienes no sean órganos del Estado según el derecho interno —como en este caso— pueden equipararse a tales sólo si actúan en *completa dependencia* de ese estado, del cual son meros instrumentos. Quisiéramos ampliar lo anterior trayendo a colación las palabras de la Corte en ese célebre fallo:

“La Corte considera que la evidencia no basta para demostrar dependencia total de los contras respecto de la ayuda estadounidense, pues sólo hubo dependencia parcial que impide equiparlos a órganos del Estado... No hay evidencia clara de que los Estados Unidos ejercieron tal grado de control como para justificar el tratamiento de los contras como actuando en su nombre<sup>25</sup>.”

Con base en eso, se concluye que en el presente caso, quienes cometieron el genocidio no son órganos del demandado, los actos no se cometieron bajo las instrucciones ni direcciones de órganos del demandado ni bajo su “control efectivo”, ni eran menos instrumentos del aquél, sino entidades autónomas. Por tanto, no habría lugar a tal atribución.

Es aquí donde discrepamos nuevamente de la posición de la Corte, la cual se escuda en su jurisprudencia anterior para un caso totalmente diferente, pretendiendo extender arbitrariamente a este caso la *ratio decidendi* de aquél. La Corte pretende asemejar un caso de evidente genocidio, una masacre generalizada para destruir sistemáticamente a un grupo étnico, por un lado, con en el caso de Nicaragua, por el otro. Pero en el segundo no se configura ni remotamente el *dolus specialis* que, como lo dice la misma Corte en la sentencia comentada, es la esencia del genocidio. Esta opinión parece coincidir con la del vicepresidente de la Corte, AL-KHASAWNEH, para quien:

---

24 United Nations., *Responsibility of States for Internationally Wrongful acts.*, 2001. *Op. cit.*

25 International Court of Justice. Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua. (*Nicaragua vs. United States of America*) Merits. Judgement of June 27, 1986. pág. 62. (La traducción es nuestra).

“la Corte aplico un test estricto de control efectivo: el test de Nicaragua a una situación diferente donde *inter alia* había un elemento étnico compartido y el propósito compartido de cometer crímenes internacionales, lo cual requiere un test de control global<sup>26</sup>”.

La Corte ha debido exigir el nivel de control que corresponde para un crimen como el genocidio, cuya prohibición constituye norma de *ius cogens*<sup>27</sup>; o incluso, como lo afirma CEBADA ROMERO, norma de *ius cogens reforzado* dada la importancia del valor protegido, que no sólo se salvaguarda la vida sino también toda la herencia de un pueblo<sup>28</sup>. De haberlo hecho, hubiera hallado no sólo la responsabilidad internacional del demandado, sino incluso la violación grave de tales normas imperativas, pues se configuran sus elementos:

- 1) Que la violación sea respecto de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional y
- 2) Que el incumplimiento de tal obligación sea flagrante o sistemático (art. 40 del proyecto de la CDI).

## **B. Responsabilidad por “complicidad en el genocidio” y por violar la obligación de prevenir y sancionar el genocidio**

La Corte descarta los cargos de complicidad en el genocidio, pues no encontró probados ambos elementos, a saber: la “ayuda o asistencia” de los órganos o personas (1) y el actuar consciente, es decir, que sabía o debía saber del *dolus specialis* (*intención específica*) (2), alegando que no se demostró que la decisión de eliminar a los musulmanes bosnios fue conocida por las autoridades de Belgrado al tomar la decisión. Sin embargo, creemos que aquí incurre la Corte en su mayor contradicción,

---

26 Corte Internacional de Justicia. “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” *Op. Cit.* (La traducción es nuestra; énfasis añadido). *Annex to Summary 2007/2 Dissenting opinion of Vice-President AL-KHASAWNEH*.

27 HANNIKAINEN, establece, basándose en el artículo 53 de la CV 69, los cuatro rasgos característicos del *Ius Cogens*: 1. Se trata de normas de derecho internacional general; 2. Tienen que ser aceptadas por la comunidad internacional de estados en su conjunto; 3. Inderogabilidad; 4. Sólo pueden ser modificadas por nuevas normas imperativas. HANNIKAINEN, LAURI, *Peremptory norms (Ius Cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*. Finnish Lawyers’ Publishing Company, Helsinki, 1988, 781 pág. 3. *Vid.* también: RAGAZZI, MAURIZIO, *The concept of International Obligations Erga omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pág. 58 y sigs.

28 CEBADA ROMERO, ALICIA, “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002) [www.reei.org](http://www.reei.org) pág. 9 y sigs.

y que revela lo artificiosa de su argumentación: aunque negó que Belgrado “dispusiera de esa información” para negar la complicidad, al tratar la violación de la obligación de *prevención*; luego acepta que Belgrado “no ha podido desconocer” tales hechos, para efectos de la *sanción*. Se trata de un mero juego de palabras que establece diferentes *estándares* de conocimiento requerido para cada obligación, cuando en realidad se trata —en uno y otro caso— de hechos notorios que Belgrado no podía desconocer.

La razón para este artificio probablemente radica en la necesidad de hacer efectivas, de una vez por todas, las ineficientes y criticadas medidas provisionales de 1993 en las que se requirió a la RFY prevenir

“que cualquier unidad armada militar, paramilitar o irregular que pudiese ser dirigida o sostenida por ellos, así como organizaciones y personas que pudieren ser sujetas a su control, dirección o influencia, cometieran actos de genocidio, conspiraran para cometer genocidio...” (el incumplimiento de estas órdenes se aborda en una rúbrica separada, sin dar lugar a indemnización).

En dicha oportunidad, se incluye la expresión “influencia”, pues allí sí tuvo la Corte la conciencia de la prevención —y, sobre todo, la conciencia de que era su influencia la principal fuente de tales actos—, pero luego en el fallo de 2007 se exige el control efectivo, en un reprochable retroceso en la protección de los derechos humanos y la tradición de una etnia. Así, dado el conocimiento de los líderes yugoslavos y su falta de prevención, la Corte los encuentra responsables por el incumplimiento de esta obligación internacional.

Finalmente, concluyó la Corte que como el genocidio no se cometió bajo su territorio, el demandado no era responsable por no sancionarlo (al respecto, nos remitimos a lo dicho sobre el art. VI de la Convención contra el genocidio). Pero sí encontró incumplido su deber de cooperar con el TPIY, pues no arrestó a los acusados de genocidio que estaban en su territorio, incumpliendo sus deberes bajo el Acuerdo de Dayton y la Convención contra el genocidio.

## CONCLUSIONES

A la luz de lo arriba enunciado, salta a la vista que el genocidio no sólo ocurrió en la masacre de Srebrenica, sino en todos los actos en los cuales se configuraron matanzas masivas contra el grupo protegido de “musulmanes bosnios” donde, en aplicación del *test de control global* propuesto por el vicepresidente de la Corte, debiera encontrarse probado el elemento subjetivo de *dolus specialis*. Es, pues, reprochable acudir a conceptos como “control total” para descartar la configuración del crimen

en oportunidades en que, acudiendo a los elementos del genocidio previamente delineados por la doctrina y jurisprudencia internacionales, fue innegablemente perpetrado. No obstante, no podemos desconocer el acierto de Corte al darle una mayor alcance a las obligaciones derivadas de la Convención contra el genocidio, puesto que admite la posibilidad del genocidio teniendo por autor no sólo al individuo sino también al Estado, pese a las implicaciones de lo anterior en el marco internacional e incluso en el seno de la Corte misma. Nos referimos a las opiniones disidentes de jueces como TOMKA, para quien el artículo primero contiene solamente dos obligaciones para los estados: la primera, prevenir la comisión del genocidio; y la segunda, castigar a los individuos que lo cometan<sup>29</sup>.

Teniendo en cuenta que los avances se logran con el tiempo, especialmente en materia de jurisprudencia internacional, consideramos este fallo un hito, un momento esencial en la jurisprudencia internacional. Si bien se quedó corta la sala, probablemente por motivaciones intestinas que reflejan la humanidad de sus jueces y los temores por la implementación radical de figuras que pugnan con las teorías clásicas, no dejan de ser un asomo de innovación que probablemente conducirá, cuando el estado del arte lo permita, a fallos más justos.

## BIBLIOGRAFÍA

- APONTE, ALEJANDRO, “Estatuto de Roma e internacionalización del derecho penal en el caso colombiano: dilemas alrededor de la protección penal de los derechos humanos”, págs. 177-203, en: *Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia*, Impresores, Bogotá, 2004, y APONTE, ALEJANDRO, “Colombia”, págs. 201-258, en: AMBOS, KAI; MALARINO, EZEQUIEL, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo, 2003, pág. 202 y sigs.
- CEBADA ROMERO, ALICIA, “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, [en línea], disponible en: [www.reei.org](http://www.reei.org).
- Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Dominicana, Uruguay, Venezuela, adoptado por resolución 260 (III) A de la Asamblea General de UN el 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: el 12 de enero de 1951, [en línea], disponible en: [www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm](http://www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm) página oficial de la ONU.

---

29 CII. Opinión separada del juez TOMKA, en la caso “*Application of the Convención on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*”. *Op. cit.* Par. 40. (la traducción es nuestra).

Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” del 26 de febrero de 2007, lista general n° 91, página oficial de la CIJ, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/>

Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” del 26 de febrero de 2007, lista general n° 91, página oficial de la CIJ, 1993 ICJ 325, 408, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/> (*Further Request for the Indication of Provisional Measures Order of Sept. 13*) (separate opinion of judge LAUTERPACHT).

Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” del 26 de febrero de 2007, lista general n° 91, página oficial de la CIJ, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/> (opinión separada del vicepresidente AL-KHASAWNEH). 2007/2.

Corte Internacional de Justicia, “*Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*” del 26 de febrero de 2007, lista general n° 91, página oficial de la CIJ, [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/> (opinión separada del juez ТОМКА).

Corte Internacional de Justicia, caso sobre actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste, (*Nicaragua vs. United States of America*), meritos, fallo del 27 de junio de 1986.

Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 ICJ, 15 (May 28), [en línea], disponible en: <http://www.icj-cij.org/>

DE RIEDMATTEN, MATILDE, La jurisdicción universal: una breve introducción, Comisión Andina de Juristas, [en línea], disponible en: <http://www.cajpe.org.pe>

HANNIKAINEN, LAURI, *Peremptory norms (Ius Cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1988.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *In the trial chamber. Prosecutor v. Dusko Tadic, sentencing judgment. Judgment of 14 July 1997*, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/icty/>

International Criminal Court for the Former Yugoslavia, *Trial Chambers in the Krstić case (Krstić (IT-98-33) “Srebrenica-Drina Corps”) and Blagojević case (Blagojević (IT-98-33/1) “Srebrenica”)*, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/icty/>.

PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A., *Grandes fallos de la justicia penal internacional 1. Tadic. Internalización de los conflictos internos y responsabilidad internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A., *Grandes fallos de la justicia penal internacional 2. Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio*, Biblioteca Jurídica Diké, 2006.

RAGAZZI, MAURIZIO, *The concept of International Obligations Erga omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997.



TOUFAYAN, MARK, “*The World Court’s distress when facing Genocide: a critical commentary on the application of the Genocide Convention Case (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*”, *Texas International Law Journal*, págs. 233–290.

United Nations, *Responsibility of States for Internationally Wrongful acts, 2001. Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session.*

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf)

