

Recepción: 18/04/2016

Aceptación: 03/07/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201625>Favio Farinella 

Quo usque tandem!¹ Una interpretación de “genocidio” que priva a la Convención de sus efectos apropiados

Quo usque tandem! An interpretation of “genocide” that deprives the Convention of its appropriate effects

Quo usque tandem! Uma interpretação de “genocídio” priva a Convenção de seus efeitos apropriados

Resumen: *En su reciente fallo en el caso “Aplicación de la Convención para la prevención y el castigo del delito de Genocidio”², la Corte Internacional de Justicia deja pasar una oportunidad histórica para ampliar el margen de apreciación respecto de la protección de la persona y de la Humanidad. La Corte consolida una interpretación estricta y restringida del delito de genocidio en oposición a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales especializados de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal. En la opinión de la mayoría se antepone la defensa de la soberanía estatal a las obligaciones humanitarias del Estado y la comisión de las más graves violaciones de derechos humanos. En palabras de Cançado Trindade, la razón de Estado privó sobre la razón de Humanidad.*

Nuestro comentario intenta demostrar que la interpretación del delito de genocidio que realiza la Corte quita a la Convención temática sus efectos apropiados que deben orientarse a la protección de la persona humana.

Palabras clave: *soberanía, derechos humanos, genocidio, Corte Internacional de Justicia, Derecho Internacional Penal*

Abstract: *In its recent judgment on the case “Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, the International Court*

 Profesor e Investigador Universidad Nacional de Mar del Plata, Doctorando Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

 faviofarinella@hotmail.com ~  faviofarinella.weebly.com

of Justice missed a historic opportunity to extend the margin of appreciation regarding the protection of individuals and Humanity. The ICJ consolidates a strict and restricted interpretation of the crime of genocide, contrary to the principles of International Human Rights Law and the precedents of the courts specialized in International Humanitarian Law and International Criminal Law.

The opinion of the majority the defense of State sovereignty is placed above the humanitarian obligations of the State and gross violations of human rights. In Cançado Trindade's words, the reason of State (raison d'Etat) prevailed over reasons of Humanity.

This paper is intended to demonstrate that the interpretation of the crime of genocide by the ICJ deprives the thematic Convention of its appropriate effects which must be aimed at the protection of the human being.

Key words: *sovereignty, human rights, genocide, International Court of Justice, International Criminal Law*

Resumo: *Na sua recente decisão no caso "Implementação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio", o Tribunal Internacional de Justiça deixou uma oportunidade histórica para ampliar a margem de apreciação em matéria de protecção da pessoa e site. O Tribunal consolida uma interpretação estrita e rigorosa do crime de genocídio, em oposição aos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisprudência dos tribunais especializados de Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional. Na opinião da maioria defender a soberania do Estado às obrigações humanitárias do Estado e à Comissão das mais graves violações dos direitos humanos é invertida. Nas palavras de Cançado Trindade, a razão de Estado privados da razão para a Humanidade.*

O nosso comentário tenta mostrar que a interpretação do crime de genocídio realizado pelo Tribunal remove o assunto Convenção seus efeitos apropriados devem ser direcionados para a proteção da pessoa humana.

Palavras-chave: *soberania, direitos humanos, genocídio, Tribunal Internacional de Justiça, Direito Penal Internacional*

Hechos

En 02/07/1999, el gobierno de la República de Croacia presentó una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (de aquí en más RFY) respecto de un conflicto relativo a presuntas violaciones de la "Convención para la prevención y el castigo del delito de Genocidio" (de aquí en más CG)³. La demanda invocó el art. 9 de la CG como base de la jurisdicción de la Corte. Se dio traslado de la demanda a la RFY y conforme el art. 40(3) del Estatuto de la Corte, a todos los Estados con derecho a comparecer. Debido a los cambios políticos producidos, en 2008 la Corte decidió que la República de Serbia quedara como única demandada⁴.

El reclamo

Croacia solicitó a la Corte que determine y declare:

(i) que la RFY violó su obligación legal respecto del pueblo de la República de Croacia bajo los Artículos I -prevención y sanción-; II (a) a (d) -formas de comisión-; III (a) a (e) -castigo-; IV y V -omisión de castigo a partícipes y de legislación doméstica apropiada- de la CG;

(ii) que la RFY debía pagar a Croacia -en su propio derecho y como *parens patriae* de sus ciudadanos-, reparaciones por daños a las personas y propiedad, la economía y el medio ambiente Croata, causados por las violaciones mencionadas en una suma a ser determinada por la Corte.

En su contra-Memoria, Serbia requirió de la Corte que juzgue y declare:

(i) que las alegaciones realizadas respecto de la violación de la CG eran inadmisibles y debían ser descartadas por relacionarse con hechos anteriores al 27/04/1992, fecha en que Serbia nace como Estado o anteriores al 08/10/1991 cuando ni Croacia ni Serbia existían como Estados independientes; y alternativamente, solicitó:

(ii) que la demanda fuera rechazada por carecer de sustento legal y fáctico.

En 2010, Serbia presentó su Memorial de Respuesta a la demanda, conteniendo una contra-demanda, por lo cual se brindó a ambos Estados una extensión del plazo a fin de argumentar.

En suma, Croacia alegó que Serbia era responsable por violaciones de la CG cometidas en Croacia entre 1991 y 1995. Serbia negó lo anterior y contra-demandó afirmando que Croacia era responsable por violaciones de la CG cometidas en 1995 en la entonces República Serbia –Srpska– de Krajina –entidad establecida en 1991 y de breve duración–.

Jurisdicción y admisibilidad

Durante las audiencias públicas que tuvieron lugar entre el 26 y el 30/05/2008, la Corte rechazó la primera y tercera objeciones preliminares formuladas por Serbia. Consideró además que la segunda objeción debía ser tratada en la etapa de sentencia. En consecuencia y con la salvedad expuesta, la Corte afirmó su jurisdicción (ICJ Reports, 2008, 444).

En cuanto a la admisibilidad del reclamo *ratione temporis*, la objeción Serbia se basó en que el reclamo Croata incluía actos y omisiones ocurridos antes del 27/04/1992, tiempo en que la RFY no existía por lo cual no podía obligarse. A este respecto, la Corte afirmó en 2008:

En el criterio de la Corte, las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad del reclamo *ratione temporis* constituyen dos cuestiones inseparables en el presente caso. La primera cuestión es si la Corte posee jurisdicción para determinar si existieron violaciones de la CG a la luz de los hechos que ocurrieron antes de la fecha en que la RFY nace como un estado independiente, capaz de ser parte por propio derecho de la Convención. [...]. La segunda cuestión, de admisibilidad del reclamo en relación con estos hechos, envuelve cuestiones de atribución, y concierne a las consecuencias que deben desprenderse con relación a la responsabilidad de la RFY por tales hechos bajo las reglas generales de la responsabilidad estatal. A fin de poder encontrar soluciones para cada una de estas cuestiones, la Corte necesitará tener ante ella más elementos (ICJ Reports 2008, 460, § 129).

Con este fundamento, decidió la Corte posponer la resolución de este punto hasta el momento de fallar sobre el fondo de la cuestión.

La Corte sostuvo en 2008 que la República Federal Socialista de Yugoslavia firmó la CG en 1948 y la ratificó sin reservas en 1950, por lo que era un Estado parte de la misma en 1990, año en que comienza la desintegración del Estado federal (ICJ Reports 2008, 446, § 97). La ahora demandada RFY había

declarado en 1992:

La República Federal de Yugoslavia continuando el Estado, y la personalidad legal y política de la República Federal Socialista de Yugoslavia, cumplirá estrictamente todos los compromisos que la República Federal Socialista de Yugoslavia asumió internacionalmente.⁵

A esta declaración siguieron otras de igual tenor. La Corte señaló entonces que la RFY había “expresado claramente su intención de estar obligada...” por la CG, y expresó:

En el particular contexto del caso, la Corte cree que la declaración de 1992 debe ser considerada como habiendo tenido los efectos de una notificación de sucesión en la responsabilidad en los tratados, aunque su premisa política fuera diferente. (ICJ Reports 2008, 451, § 111)

El art. 9 de la CG invocado como base de jurisdicción dispone:

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

La Corte se esmeró particularmente en resaltar que su única base atributiva de jurisdicción estaba dada por el art. 9 de la CG y expresó que:

no tiene poder para decidir presuntas violaciones de otras obligaciones bajo el DI, que no constituyeran genocidio, particularmente aquellas que protegen derechos humanos durante los conflictos armados. Esto es así aún cuando las alegadas violaciones fueran de obligaciones de normas perentorias, o de obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales y que son debidos erga omnes⁶

Este párrafo evidencia la importancia del fallo, en tanto interpreta y define los estándares necesarios para responsabilizar internacionalmente a un Estado por la comisión del delito de genocidio en el contexto de la CG.

No obstante acotar su examen al delito de genocidio tipificado en la CG de 1948, la Corte recordó que la ausencia de procedimientos investigativos y sancionatorios para las restantes conductas criminales, no exime ni disminuye la responsabilidad estatal por violación de los estatutos protectorios de la persona humana.⁷ En este sentido, afirmó que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla de sometimiento a la jurisdicción son dos cuestiones diferentes, al igual que las normas de jus cogens y la jurisdicción de la Corte, ya que esta última sólo descansa en el consentimiento de las partes.

En este punto, la Corte concluye en que las provisiones sustantivas de la CG no imponen a los Estados obligaciones en relación con actos ocurridos antes que el Estado se encuentre obligado por la norma. Ahora bien, la Corte distingue entre el genocidio como obligación perentoria de DI y el genocidio como obligación convencional al resolver la cuestión de la jurisdicción. Así afirma que los Estados llegan ante su jurisdicción por la ratificación realizada de la CG de 1948 y la eventual sucesión en la responsabilidad estatal desde la RFSY hacia la RFY. Creemos peligrosa la distinción entre normas primarias de DI como la prohibición absoluta de genocidio, y normas secundarias como las de carácter procesal, ya que en su resultado práctico conduce a la impunidad entendida como falta absoluta de sanción. El juez Cançado Trindade en su disidencia, afirma que “las violaciones graves de derechos humanos y los actos de genocidio, entre otras atrocidades, se encuentran en violación de prohibiciones absolutas de jus cogens”.⁸

La particular interpretación afirmada por la mayoría de la Corte sirve para restringir el ámbito de aplicación y las consecuencias legales del delito de genocidio que como prohibición absoluta del DI debe ser interpretado de manera unívoca, se trate de la violación de la CG bajo examen o de la norma consuetudinaria que además posee carácter de jus cogens. En el caso *Nicaragua v. Estados Unidos*⁹, la Corte identificó las obligaciones emanadas del art. 1 común de los Convenios de Ginebra –norma convencional– con los principios generales de Derecho Internacional Humanitario, pronunciándose a favor del carácter consuetudinario del compromiso “de respetar y hacer respetar [las obligaciones humanitarias] en todas las circunstancias”. En palabras de Boisson de Chazournes y Condorelli¹⁰ (2000), la disposición constituye la afirmación de un nuevo orden público internacional. Este es el mismo caso del art. 1 de la CG que codifica la prohibición internacional consuetudinaria dirigida a los Estados de prevenir la comisión y cooperar en la sanción del crimen de genocidio. Cualquiera sea el método interpretativo que se utilice el resultado no varía: la prevención y sanción acarrear para los Estados la pro-

hibición de cometer genocidio.

Una interpretación armónica debió considerar que si bien la base de jurisdicción de la Corte es el art. 9 de la CG, durante toda la transición operada desde la República Federal Socialista de Yugoslavia hacia el o los entes posteriormente surgidos para el DI, todos los grupos nacionales componentes de la Federación y luego escindidos, continuaban obligados a respetar las prohibiciones absolutas ya existentes conforme el mismo DI. Entre ellas, la prohibición del delito de genocidio. E interpretando la CG de manera comprensiva, la existencia de la jurisdicción de la Corte sin solución de continuidad sobre cada uno de los grupos nacionales escindidos a fin que aquélla investigue la eventual comisión del delito. Esta es una consecuencia del principio de Humanidad afirmado por la Corte en su opinión consultiva relativa a las reservas a la CG¹¹, como también del proceso de humanización que gobierna desde hace décadas al DI.

Responsabilidad civil y Sucesión en la responsabilidad

En relación con la responsabilidad estatal, la Corte aplica el art. 10(2) de los "Artículos sobre Responsabilidad Estatal por hechos internacionalmente ilícitos" preparados por la Comisión de Derecho Internacional. Este artículo se enmarca en las distintas formas de atribución de un hecho ilícito a un Estado y específicamente refiere que el movimiento insurreccional que "logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el Derecho Internacional".

Por otra parte, estos mismos "Artículos ..." reconocen que ciertas violaciones flagrantes de obligaciones internacionales pueden dar lugar a una respuesta de todos los Estados (arts. 40 y 41). Esta disposición, en palabras de James Crawford no es:

draconiana ni trivial, acarrea la obligación de no reconocer como lícitas dichas violaciones, prohíbe prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación ilegítima generada por un hecho ilícito, y establece la obligación de cooperar para poner fin, a través de medios lícitos, a dicha situación (2009, 8).

La solución pacífica de controversias y eventualmente, la condena judicial de las acciones u omisiones violatorias constituye un medio lícito para

“poner fin” en futuras circunstancias a atentados de este tipo.

Según Croacia el art. 10(2) codifica DI consuetudinario. Serbia considera que sólo representa el desarrollo progresivo del derecho y no formaba parte de la costumbre internacional durante el período crítico de 1991/2.

Para la Corte, las obligaciones de la RFY se inician con su nacimiento el 27/04/1992 y no antes, cuando conforme afirma Croacia las conductas sólo se podrían imputar a un “movimiento” en el sentido del art. 10(2) citado. A lo sumo –dice la Corte–, los actos podrían consistir en una violación del DI consuetudinario que prohíbe el genocidio, pero no de las provisiones de la Convención.

Esta distinción que hace la Corte entre un delito de genocidio “convencional” y otro de carácter “consuetudinario”, devendrá esencial al momento de decidir el fondo de la demanda. Como ya expresamos, la Corte se esmeró por remarcar que su ámbito de actuación se restringía al análisis de la eventual violación del art. 9 de la C.G. Adelanta aquí que no le compete analizar una eventual violación del DI consuetudinario anterior a la fecha crítica establecida.

Disentimos con esta apreciación en base a dos argumentos.

Primero, el requisito del consentimiento previo del Estado a fin de ser investigado por violaciones de normas perentorias que protegen derechos humanos, además de obsoleto, es en sus consecuencias, simplemente criminal. Deja en manos del Estado victimario, permitir la investigación de violaciones de normas imperativas –como son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad–, con lo cual, la noción de “prohibición absoluta” desaparece.

Creemos que en cuestiones suscitadas por la violación de tratados de derechos humanos que contienen normas perentorias de DI debe aplicarse la sucesión ipso jure, por lo cual la aplicabilidad de las normas es inmediata aun cuando el nuevo Estado no haya surgido o no haya sido reconocido plenamente. Lo contrario equivaldría a privar de efectos apropiados a la misma Convención, y extremando la cuestión, a toda norma jus cogens.

Segundo, la Corte capta los estándares de responsabilidad internacional penal individual y las garantías del debido proceso, y los traslada al campo de la responsabilidad estatal por violaciones del jus cogens. La Corte secuestra así normas protectorias del individuo y grupos protegidos por la CG y las aplica erróneamente en resguardo de la soberanía Estatal y en perjuicio de la persona.

La consecuencia es simple: el Estado logra protección jurídica, la persona obtiene denegación de justicia: el resultado es inicuo.

Derecho aplicable: la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio

Ya en el caso *Bosnia Herzegovina v. Serbia y Montenegro* de 2007, la Corte había establecido que el elemento subjetivo o "mens rea" del delito de genocidio consiste en el "intento de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal", siendo ésta su característica esencial y distintiva. Esta intención específica –*dolus specialis*– requerida por el genocidio debe hallarse presente en cada uno de los actos individuales que comprende.¹² Conforme la jurisprudencia del TPI para la ex Yugoslavia y del TPI para Rwanda, este dolo especial consiste en que la víctima no es seleccionada como blanco en virtud de sus cualidades individuales, sino por formar parte del grupo protegido. En los casos *Rutaganda* y *Akayesu* del TIP para Rwanda¹³ y en *Jelusic* y *Krajišnik* fallados por el TPI para la ex-Yugoslavia¹⁴ se afirmó la necesidad de la especial mens rea "dirigida a destruir total o parcialmente al grupo protegido" que debe acompañar al *actus reus* a fin de caracterizar penalmente a la figura como crimen de genocidio, y ante su falta o imposibilidad de prueba, los actos pueden calificar como crímenes contra la humanidad pero no genocidio.

Croacia y Serbia afirmaron diferentes visiones respecto:

(i) del concepto y alcance de lo que debe entenderse por "destrucción" del grupo protegido;

(ii) del concepto de "destrucción parcial" del grupo protegido; y

(iii) de lo que constituye evidencia del "*dolus specialis*".

En cuanto al punto (i) la Corte interpretó que el alcance de la CG se limita a la destrucción física o biológica solamente¹⁵, descartando la destrucción cultural. No concordamos con esta solución. Entendemos con el juez Cançado Trindade que respecto de la prohibición de cometer genocidio, la protección debe ser integral, tanto de la persona como del grupo. El intento de disociar la destrucción física y biológica de la cultural es artificial.¹⁶

En ausencia de un plan estatal que exprese la intención de cometer genocidio, es necesario clarificar el proceso por el cual tal intención puede ser inferida de la conducta de perpetradores individuales. La Corte expresa que es difícil establecer el *dolus specialis* sobre la base de actos aislados ya que el objeto de la intención genocida es el grupo protegido. Considera que ante la ausencia de prueba directa, debe existir evidencia de actos realizados en "gran escala" que establezcan la intención no sólo de enfocar como objetivo ciertos individuos por su grupo de pertenencia, sino también la de destruir al

grupo en todo o en parte.

En 2007 la Corte aceptó la posibilidad de establecer la intención genocida de manera indirecta a través de inferencias. Dijo:

el *dolus specialis*, la intención especial de destruir al grupo en todo o parte, debe ser demostrada en forma convincente en referencia a las circunstancias particulares, a menos que pueda demostrarse de manera convincente la existencia de un plan general con ese fin; y para que un patrón de conducta sea aceptado como evidencia de su existencia, tendría que ser tal que solo se dirigiera a la existencia de tal intención. *Idem ant.* (196-197, § 373).

En tanto el *actus reus* se prueba de manera objetiva a través de conductas criminales masivas y generalizadas, la *mens rea* se descubre a partir de inferencias que entonces devienen fundamentales. El punto central reside en establecer el estándar probatorio debajo del cual las inferencias no serán útiles. Si este piso probatorio es estricto, el *actus reus* difícilmente compatibilizará con la especial *mens rea* genocida requerida. Si así se procede, el resultado será claro: la imposibilidad de aplicación de la CG de 1948. Y así procedió la Corte estableciendo un piso probatorio estricto.

Por segunda vez, llegamos a una respuesta inconveniente.

La carga de la prueba y el valor probatorio

Aun cuando Croacia reconoció como de aplicación el principio “*actori incumbit probatio*”, consideró que Serbia debía cooperar a fin de proveer evidencia y explicaciones de los actos que tuvieron lugar en un territorio sobre el que ejercía control exclusivo. Serbia respondió que con este argumento, Croacia intentaba invertir el deber probatorio.

La Corte afirmó que mientras que la carga de la prueba descansa en quien alega un hecho, la contraparte tiene el deber de cooperar “en la provisión de evidencia que pueda hallarse en su posesión y asistir a la Corte a resolver la disputa que se le somete.”¹⁷

En conductas donde se debate la comisión de crímenes internacionales y en consecuencia, las responsabilidades del Estado e individuos, imponer a la víctima la carga de la prueba de las acciones ilícitas estatales, es cooperar con quienes desde el Estado tuvieron el tiempo, el poder y los medios para eliminar todo elemento incriminatorio.

Respecto de la carga de la prueba, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH de aquí en más– es clara en el sentido que el Estado denunciado posee la carga probatoria en función de la dificultad de obtenerla para el demandante. En *Velásquez Rodríguez v. Honduras*¹⁸, la Corte IDH en relación con los medios de prueba, comenzó reconociendo la prerrogativa de los tribunales internacionales de evaluar libremente la evidencia producida, añadiendo: “Para un tribunal internacional, el criterio de evaluación de la prueba es menos formal que en los sistemas legales nacionales”.¹⁹ En circunstancias de extrema vulnerabilidad de los grupos protegidos, las pruebas directas (testimoniales o documentales) no son las únicas que pueden servir como base de responsabilidad. Cierta evidencia circunstancial como indicios y presunciones puede ser tenida en cuenta siempre que la Corte IDH pueda inferir conclusiones consistentes respecto de los hechos.

Suponer que las víctimas de graves violaciones de sus derechos deban probar sus alegaciones “mas allá de toda duda razonable” como bien lo exige la dogmática penal doméstica impondría -al entender de Cançado Trindade- un deber probatorio injusto e imposible de alcanzar. Como lo afirmó la Corte Europea de Derechos Humanos en *Veznedaroglu v. Turquía*, el estándar probatorio debe hallarse en proporción con el objetivo perseguido por la búsqueda de verdad.²⁰

Por tercera vez, la interpretación del onus probandi no es acertada y el resultado es injusto.

Un punto destacable aquí es el valor probatorio atribuido a las decisiones de otros órganos de justicia internacionales, en especial la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia –de aquí en más TPIY–. En su decisión de 2007 la Corte estableció que “la inclusión de cargos en la acusación [del TPIY] no tiene peso [para la CIJ]. Lo que sí es significativo es la decisión del Fiscal de no incluir o excluir un cargo de genocidio” (ICJ Reports 2007 (I), 132, § 217)

Esta decisión fue protestada por Croacia para quien la decisión de la Fiscalía del TPIY de incluir o no un cargo por genocidio estuvo dada por muy variados fundamentos. Demos la razón a las víctimas: el que la Fiscalía del TPIY descartara un hecho como constitutivo de genocidio no implica que no constituyera tal crimen, sino que simplemente podían existir otras razones que motivaran la no acusación por genocidio. Sólo a modo de ejemplo, considerando el cúmulo de trabajo de la Fiscalía, en ciertos casos, al reunir prueba suficiente sobre otros cargos que condujeran a condena, era factible

que no continuara con imputaciones que como el genocidio, implican un mayor rigor probatorio. Por otra parte, notamos que el estándar probatorio utilizado por la Fiscalía del TPIY lo es en referencia a la responsabilidad penal de individuos, y en tanto la naturaleza penal de la acción, tal estándar debe ser estricto en beneficio del inculpado. No es éste el caso. No hay aquí identidad de acción ni de sujeto demandado.

En este punto, es útil remarcar que no estamos frente a un caso de responsabilidad penal individual donde deben resguardarse las garantías procesales del acusado. El estricto estándar probatorio es una derivación del principio de inocencia. Aquí nos hallamos frente a eventuales violaciones de normas imperativas de DI cometidas por el Estado que con el poder de su maquinaria ha puesto en peligro la vida y patrimonio de grupos protegidos por el DI, y en ellos, amenazó a la idea de Humanidad en su conjunto.

Trasladar sin más los estatutos protectorios de la persona humana a la defensa del Estado victimario, es mala aplicación legal²¹ y por cuarta vez, injusto.

Existencia de “actus reus”

La Corte refiere que el TPIY encontró que durante el verano de 1991, el Ejército Popular Yugoslavo –JNA de aquí en mas– y las fuerzas Serbias perpetraron numerosos crímenes (incluyendo matanzas, torturas, tratos crueles e inhumanos y desplazamiento forzado) contra Croatas en las regiones de Es-lavonia Oriental, Banovina-Banija, Kordun, Lika y Dalmacia.²²

Croacia alegó que los actos constitutivos del “actus reus” de genocidio^{xiii} dentro del concepto del art. II (a) a (d) de la CG –que refieren diversas formas de comisión–, fueron cometidos por el JNA y las fuerzas Serbias contra el grupo protegido Croata. Serbia reconoció la existencia de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y otras atrocidades contra Croatas ejecutadas por varios grupos armados, aunque negó que fueran cometidos con la intención de destruir al grupo nacional o étnico Croata, en todo o parte, o que tales crímenes fuesen atribuibles a Serbia.

En primer lugar, la Corte consideró establecido que un importante número de asesinatos fueron ejecutados por el JNA y las fuerzas Serbias y dio por probada la existencia de actos de asesinato de miembros del grupo protegido Croata. Por esto, consideró que el actus reus del genocidio especificado en el *art. II (a)* de la CG quedaba establecido.

En segundo lugar, la Corte tuvo por probado que durante el conflicto en los lugares mencionados fueron perpetrados tratos crueles e inhumanos, tor-

tura, violencia sexual y violaciones. Estos actos causaron daños físicos y mentales capaces de contribuir a la destrucción física o biológica del grupo protegido. En consecuencia, consideró que el *actus reus* del genocidio enmarcado en el concepto del art. II (b) de la CG había quedado establecido.

En tercer lugar, la Corte mencionó que conforme lo estableció el TPIY, las fuerzas del JNA y Serbias llevaron adelante expulsiones y desplazamientos forzados de Croatas en Krajina y otros lugares. La Corte entendió que el desplazamiento forzado de población per se no constituye el *actus reus* del genocidio en el concepto del art. II (c) de la CG. Esta última caracterización depende de las circunstancias en que tal desplazamiento tenga lugar. Como entendió que no se había probado que los hechos referidos fueran ejecutados en circunstancias que resultara la destrucción parcial o total del grupo protegido, la Corte afirmó que no se logró probar que el desplazamiento forzado constituyera el *actus reus* en el sentido del art. II (c) de la CG.

En cuarto lugar, en relación con los actos de violencia sexual, la Corte sostuvo que Croacia no logró demostrar que las violaciones y otros actos de violencia sexual perpetrados por las fuerzas del JNA y Serbias contra la población Croata tuvieran por finalidad evitar los nacimientos dentro del grupo. En consecuencia, consideró que el *actus reus* del genocidio en el sentido del art. II (d) de la CG no quedó establecido.

Como conclusión general respecto de la existencia del elemento objetivo o *actus reus* del delito de genocidio, la Corte tuvo por probado que en varias localidades de Eslavonia Oriental, Eslavonia Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia, el JNA y las fuerzas Serbias perpetraron contra miembros del grupo protegido Croata actos que quedan comprendidos en los subparágrafos (a) y (b) del art. II de la CG –matanza y lesiones graves–, y que a su respecto, el *actus reus* del genocidio quedaba establecido. Descartó por falta de prueba los incisos (c) y (d) del art. 2 CG –medidas dirigidas a impedir nacimientos y traslado forzado de niños–.

Existencia de “mens rea”

A fin de establecer la existencia de la intención de cometer genocidio, la Corte contesta dos preguntas iniciales:

(i) ¿Constituían las poblaciones Croatas que habitaban Eslavonia Oriental y Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia una parte sustancial del grupo protegido?

Tras analizar la composición étnica de la población en la región, la Corte

responde afirmativamente.

(ii) ¿Existió un patrón de conducta del cual pudiera razonablemente inferirse la intención de las autoridades Serbias de destruir en todo o en parte, al grupo protegido?.

En este punto, Croacia afirmó que la escala, intensidad y naturaleza sistemática de los ataques dirigidos contra la población Croata, basados en un modus operandi similar, demostraban la existencia de un patrón de conducta genocida. Conforme Croacia, las fuerzas del JNA y Serbias aplicaron un uso de la fuerza masivo que sólo puede explicarse como intención de destruir al grupo en todo o en parte. Serbia no protestó la naturaleza sistemática y generalizada de ciertos ataques. No obstante, afirmó que tales actos tuvieron por finalidad forzar a la población Croata a abandonar la región en disputa y no la de destruir al grupo protegido. Avaló sus dichos con citas del TPIY en los casos Martić y Mrkšić y ot.

A fin de contestar a esta segunda pregunta, la Corte analizó el número de víctimas Croatas dentro del grupo victimizado, con la intención de determinar si las fuerzas del JNA y Serbias tuvieron oportunidad de destruir al grupo protegido. Croacia denunció 12.500 muertes de nacionales, cifra protestada por Serbia. La Corte opinó que aún reconociendo la cifra Croata, la misma es pequeña en relación con el tamaño del grupo victimizado. De esto, concluye que Croacia no demostró que los perpetradores de actos que constituyen el objeto del reclamo principal tuvieron oportunidad de destruir una parte sustancial del grupo protegido. Junto con esto, la Corte refirió que la serie de 17 elementos invocados por Croacia para inferir el *dolus specialis* requerido por el delito de genocidio, no guiaban en forma *unívoca* a concluir en la intención de destruir a la población Croata habitante de las regiones en cuestión.

Tomar el número de víctimas mortales como patrón distintivo es cuando menos, un estándar discutible. La Corte IDH ha utilizado presunciones en casos en que existen patrones de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos para inferir la intención violatoria del Estado. Por ejemplo, en *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* (Corte IDH, Sentencia de 07/06/2003), la Corte IDH determinó a través de inferencias que el Estado demandado había ejecutado una política sistemática de detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales cometidas por las fuerzas armadas. En el caso *Masacres de Ituango* (Colombia) (Corte IDH, Sentencia de 01/07/2006), la Corte IDH determinó la responsabilidad del estado Colombiano por "omisión, aquiescencia y colaboración" con el patrón sistemático de masacres perpetradas por grupos paramilitares hallado en

Ituángó durante 1996 y 1997, al comprobar que los agentes estatales poseían completo conocimiento de las actividades criminales de los grupos paramilitares. En *Masacre de Mapiripán* (Colombia) (Corte IDH, Sentencia de 15/09/2005), la Corte IDH afirmó que aún cuando la masacre hubiera sido ejecutada por un grupo paramilitar la responsabilidad debía ser atribuida al Estado denunciado ya que las conductas de sus miembros se encontraban bajo control estatal.

En estos casos y varios otros, la Corte IDH infirió del contexto en el cual los hechos ocurrieron, la intención del Estado de ejecutar una política sistemática de violaciones a escala, incumpliendo sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En *ningún caso*, la Corte IDH otorgó al número de víctimas fatales el carácter de patrón decisivo para inferir la intención violatoria de derechos humanos del Estado acusado.

Las exigencias relativas a un número significativo de víctimas mortales y de certeza más allá de toda duda razonable a fin de inferir un patrón de conducta del cual se desprenda la intención genocida del Estado marcan un relativo desprecio por la vida humana en beneficio de la soberanía Estatal.

El requisito de la desaparición física de las víctimas –ya que se consideró el número de muertes y no el de víctimas de otros actos constitutivos de genocidio– es arbitrario y relativiza temerariamente el concepto de genocidio. En este sentido, no cuentan las víctimas que sobrevivieron, al momento de analizar el número total de afectados dentro del grupo victimizado. Recordemos que la Corte había descartado previamente de esta sumatoria a las víctimas de medidas dirigidas a impedir nacimientos y a los niños víctimas del traslado forzado, al evaluar la existencia del *actus reus*. Pareciera que en todo caso futuro, ante un ataque generalizado y masivo contra un pueblo, el azar determinará la existencia de genocidio, dependiendo de la pertenencia étnica, racial, nacional o religiosa de quiénes sobreviven y de quiénes no. Este mero enunciado aparece como un sinsentido.

En relación con la existencia de duda razonable como justificación de la falta de responsabilidad Estatal, notamos la errónea aplicación de una norma perteneciente a los derechos humanos en protección del Estado victimario y en perjuicio de las víctimas que habitan su jurisdicción. En casos de genocidio, bastará de aquí en mas que la defensa del Estado presente algún argumento distinto al de “destrucción del grupo protegido” –como en este caso, “alejar” al grupo protegido del territorio– para que tal duda exima al Estado

de responsabilidad.

Ambos parámetros no debieron utilizarse por colisionar directamente con el principio pro-homine y el principio de Humanidad. Por quinta vez, el resultado se mantiene constantemente injusto.

Conclusiones

En opinión de la Corte, Croacia no logró establecer que la única inferencia razonable que pudiera ser deducida del patrón de conducta ejecutado por Serbia descansara en la intención de destruir en todo o en parte al grupo protegido Croata. Remarca la Corte que la Fiscalía del TPIY jamás imputó a individuo alguno con el cargo de genocidio contra la población Croata en el contexto del conflicto armado que tuvo lugar entre 1991 y 1995. Para la Corte, estos dos argumentos sirven para afirmar que no se consumó el delito de genocidio en los términos de la CG de 1948. En consecuencia, la Corte estimó que no podía tratar la responsabilidad estatal, en tanto Croacia no logró sustanciar su demanda. Por igual razón, tampoco pudieron debatirse cuestiones de responsabilidad por falta de prevención, castigo o de complicidad en el crimen de genocidio. En vista que en el entendimiento de la Corte, el *dolus specialis* no fue probado por Croacia, su reclamo por conspiración para cometer genocidio, incitación pública y directa para cometer genocidio y tentativa de cometer genocidio igualmente cae.

Cabe mencionar que con igual argumentación y consecuencias, la Corte decidió la contra-demanda presentada por Serbia respecto de la comisión de genocidio por parte de Croacia durante la operación "Storm". Por quince votos a dos, la Corte rechazó la demanda de Croacia. Votaron en disidencia el juez ad-hoc Vukas y el juez Cançado Trindade. Nuestros respetos para los votos en disidencia.

En breve, creemos que en situaciones en que se debate la violación de normas perentorias de DI relativas a la comisión de genocidio y un Estado es el acusado deben considerarse los siguientes principios y argumentos:

(a) en cuestiones de tratados de derechos humanos que contienen normas perentorias de DI es de aplicación la sucesión ipso jure. Por esto, la aplicabilidad de las normas protectoras no reconoce solución de continuidad aún cuando el nuevo Estado no haya surgido o no haya sido reconocido plenamente;

(b) el secuestro de los estatutos protectorios de la persona humana y su utilización en defensa de la soberanía del Estado acusado anula los avances producidos desde la segunda guerra mundial en pos de la responsabilidad estatal

por violación de derechos humanos, por lo cual debe evitarse;

(c) la carga de la prueba en casos de genocidio debe ser dinámica, sin olvidar que el Estado siempre se encuentra en mejor capacidad probatoria y que las omisiones deben ser resueltas en beneficio de la protección de la persona humana;

(d) no cabe trasladar sin más los principios y consecuencias de la responsabilidad penal individual a los procesos de responsabilidad internacional del Estado;

(e) los estándares probatorios de los elementos objetivo y subjetivo del genocidio –actus reus y mens rea– no deben ser estrictos y consecuentemente restrictivos, ya que esto conduce a la imposibilidad material de aplicar la CG de 1948, y vacía al concepto de “genocidio” de toda aplicación práctica; y

(f) pretender inferir la existencia de la intención genocida –*dolus specialis*– a partir de estándares tales como un número relevante de víctimas mortales o la certeza más allá de duda razonable constituye un atajo ilegítimo otorgado al Estado a fin que éste evite su responsabilidad internacional.

Todas las cuestiones anteriores fueron resueltas por la Corte en perjuicio del principio pro-homine y a favor del principio de soberanía estatal, consolidando una visión jurídica del DI que privilegia los derechos de los Estados frente a los derechos del individuo.

En esta saga incluimos a los casos *Bosnia Herzegovina v. Serbia-Montenegro*; *Congo v. Bélgica*; *Francia v. Djibouti*; y *Alemania v. Italia*, entre los más recientes. En todos ellos y con distintos matices, la responsabilidad por violación de normas perentorias de DI que protegen derechos humanos aparece siempre relegada en beneficio del respeto absoluto de la soberanía estatal.

En lo específico, entendemos que el fallo analizado aporta una inviable interpretación de “genocidio” que *priva a la Convención de 1948 de sus efectos apropiados*, lo cual además de constituir el título del presente artículo, es una triste decepción para quienes abogamos por la protección de la vida humana en todo tiempo y lugar y frente a su victimario histórico: el Estado.

Y repetimos: *Quo usque tandem!* ¿Hasta cuándo deberemos esperar para que la Corte proteja a las personas?

Referencias

- Boisson de Chazournes, L. y Condorelli, L. (2000). Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Disponible en www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnw8.htm
- Cassese, A. (2007). On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide. *J. Int. Criminal Justice*, 5(4), 875-887.
- Crawford J. (2009). Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos. *Lauterpacht Research Centre for International Law*. ONU: United Nations Audiovisual Library of International Law.
- ONU (1996). *Report of the ILC on the work of its Forty-eighth Session. Yearbook of the ILC*. (Vol. II, Part Two). Ginebra: ONU.

Jurisprudencia

- CIJ, Opinión Consultiva Relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28/05/1951.
- CIJ-ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.
- TPI para Rwanda, Prosecutor v. Rutaganda (Trial Chamber) Caso No. ICTR-96-3, 06/12/1999; Akayesu (Trial Chamber) Caso No. ICTR-96-4, 02/09/1998.
- Corte Europea de Derechos Humanos, caso de S. Veznedaroglu vs. Turkey, Sentencia, Opinión en disidencia parcial del Juez Bonello, de 11/04/2000.
- TPI para la ex-Yugoslavia, Jelusic (Sala de Primera Instancia), 14/12/1999; y Prosecutor v Jelusic, (Apelación) Caso No. IT- 95-10, 05/07/2001.

CIJ-ICJ Armed Activities on the Territory of the Congo (Nueva Aplicación 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006.

CIJ-ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007 (I).

TPI para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Mrkšić, Caso No. IT-95-13/1-T, Primera Instancia, Judgment of 27 September 2007.

TPI para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik Caso No. IT-00-39-A, 17/03/2009.

TPI para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Martić, Caso No. IT-95-11-T, Primera Instancia, Sentencia del 12/06/2007.

CIJ-ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Sentencia (I). ICJ Reports 2010.

TPI para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Stanišić and Simatović, IT-03-69-T, Primera Instancia, Sentencia del 30/05/2013.

CIJ-ICJ, Croatia v. Serbia, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgement, 03/02/2015.

CIJ-ICJ, Croatia v. Serbia, Dissenting Opinion of Judge A. A. Cancado Trindade, ICJ Reports 2015, 03/02/2015.

Notas

¹ Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?, comienzo del primer discurso pronunciado por Cicerón contra Lucio Sergio Catilina.

² CIJ-ICJ, caso Croacia v. Serbia, Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de Genocidio, Sentencia sobre los méritos de 3 de Febrero de 2015.

³La CG fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 09/12/1948 y entró en vigencia el 12/01/1951.

⁴ICJ, 2008 Judgment, ICJ Reports 2008, pp. 421-423, paras. 23-34. El reclamo de la RFY de continuar la personalidad jurídica de la República Federal Socialista de Yugoslavia fundada por el Mariscal Tito luego de la II Guerra Mundial no fue aceptado por la comunidad internacional, incluyendo rechazos del Consejo de Seguridad ONU, de la Asamblea General ONU y una cantidad importante de Estados. Finalmente ante una petición del Presidente electo Koštunica realizada en Octubre de 2000, el 01/11/2000, Yugoslavia es admitida como nuevo miembro de Naciones Unidas. En 2003 cambia su nombre por el de Serbia y Montenegro, y tras la independencia de este último en 2006 queda Serbia como continuadora de las obligaciones hasta entonces asumidas.

⁵United Nations doc. A/46/915, Ann. II, obrante en ICJ Reports 2008, pp. 446-447, para. 98, 27/04/1992.

⁶ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007 (I), p. 104, para. 147.

⁷Véase al respecto Armed Activities on the Territory of the Congo (Nueva Aplicación 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, pp. 52-53, para. 127, y Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007 (I), p. 104, para. 148.

⁸CIJ-ICJ, Croatia v. Serbia, Dissenting Opinion of Judge A. A. Cancado Trindade, Para. 83.

⁹CIJ-ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 114, par. 220.

¹⁰Laurence Boisson de Chazournes y Luigui Condorelli (2000), Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los inte-

reses colectivos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Ver sitio del CICR www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnw8.htm

¹¹ CIJ, Opinión Consultiva Relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28/05/1951. Allí afirmó que “Los principios de moral y de humanidad que le dan fundamento [a la CG], se verían minados por la exclusión completa de la Convención de uno o más Estados.”

¹² ICJ Reports 2007 (I), Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), pp. 121-122, paras. 187-188.

¹³ TPI para Rwanda, *Prosecutor v. Rutaganda* (Trial Chamber) Caso No. ICTR-96-3, 06/12/1999; *Akayesu* (Trial Chamber) Caso No. ICTR-96-4, 02/09/1998.

¹⁴ TPI para la ex-Yugoslavia, *Jeliscic* (Sala de Primera Instancia), 14/12/1999; y *Prosecutor v Jeliscic*, (Apelación) Caso No. IT- 95-10, 05/07/2001; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* Caso No. IT-00-39-A, 17/03/2009.

¹⁵ Report of the ILC on the work of its Forty-eighth Session, Yearbook of the ILC, 1996, Vol. II, Part Two, pp. 45-46, para. 12, mencionado por la Corte en su decisión de 2007, ICJ Reports 2007 (I), p. 186, para. 344.

¹⁶ Parte XIII, punto 13, para. 416-422. A este respecto, en su fallo de 2007 la Corte había negado la existencia del genocidio cultural: “la destrucción de la herencia histórica, cultural y religiosa no puede ser considerada constitutiva de una deliberada inflicción de condiciones de vida que lleven a la destrucción física del grupo. Aunque tal destrucción sea altamente significativa en la medida en que apunte a eliminar todo rastro de la presencia cultural o religiosa de un grupo, y sea contraria a normas legales, no cae dentro de la categoría de actos de genocidio afirmados en el art. II de la CG. En este sentido, la Corte observa que durante la consideración del borrador de la Convención, el Sexto Comité de la Asamblea General decidió no incluir el genocidio cultural en la lista de actos punibles”.) ICJ Reports 2007 (I), pp. 185-186, para. 344.

¹⁷ ICJ Reports 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Sentencia, (I), p. 71, para. 163.

¹⁸ Corte IDH, Sentencia de 29/07/1988.

¹⁹ *Idem ant.* para. 128.

²⁰ Corte EDH, caso de S. Vezenardoglu vs. Turkey (Sentencia de 11.04.2000), Opinión en disidencia parcial del Juez Bonello, paras. 12-14.

²¹ En este sentido opinó el maestro Cassese tras el fallo de la CIJ de 2007. Ver Cassese Antonio (2007), *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*. *J. Int. Criminal Justice* 5 (4): 875-887.

²² Ver en particular IT-95-13/1-T, Primera Instancia, Judgment of 27 September 2007 (Sentencia en Mrkšić); IT-95-11-T, Primera Instancia, Sentencia del 12/06/2007 (Sentencia en Martić); IT-03-69-T, Primera Instancia, Sentencia del 30/05/2013 (Sentencia en Stanišić and Simatović).