ENTRE EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y EL CRIMEN INTERNACIONAL

LA RESPONSABILIDAD DUAL POR GENOCIDIO EN LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES Y SU ANÁLISIS DESDE LA FRAGMENTACIÓN SECUNDARIA

Natalia Marina Luterstein

serie tesis

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

EUDEBA

FACULTAD DE DERECHO
SERIE TESIS

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano
Leandro Vergara

Vicedecana
Silvia Nonna

Secretario Académico
Lucas G. Bettendorff

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Sáenz

Secretaria
Mayra Danae Salvatierra

Esta colección representa un esfuerzo conjunto del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA).

La serie "Tesis" se propone difundir las tesis de posgrado producidas en el ámbito de la Universidad, ya sea en la Facultad de Derecho o bien relacionadas con el derecho aunque producidas en otras Facultades. De ese modo, se intenta contribuir a la divulgación de los trabajos originales de investigación que se desarrollan dentro de la Universidad, así como a la promoción y fortalecimiento del debate dentro de la academia legal de habla hispana en la que la producción teórica desarrollada en los claustros de la Universidad de Buenos Aires ha jugado históricamente un papel protagónico.

La serie "Tesis" intenta colaborar con la permanencia de la producción científica de la Universidad de Buenos Aires como vanguardia del pensamiento jurídico contemporáneo en nuestro idioma.

ENTRE EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y EL CRIMEN INTERNACIONAL

LA RESPONSABILIDAD DUAL POR GENOCIDIO EN LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES Y SU ANÁLISIS DESDE LA FRAGMENTACIÓN SECUNDARIA

Natalia Marina Luterstein

serie tesis

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

EUDEBA

Luterstein, Natalia Marina
Entre el hecho internacionalmente ilícito y el crimen internacional / Natalia Marina Luterstein. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2025.
592 p. ; 16 x 23 cm. - (Facultad de Derecho . Serie tesis)

ISBN 978-950-23-3578-0

1. Derecho. 2. Crímenes. I. Título.
CDD 341

Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1° edición: octubre de 2025

© 2025
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025
www.eudeba.com.ar

© Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2015
Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA
www.derecho.uba.ar

Diseño de tapa: *Silvina Simondet*
Corrección y composición general: Eudeba

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Agradecimientos

Este libro, que surge de una revisión de mi tesis doctoral defendida el 31 de octubre de 2023, es el resultado de muchos años de trabajo sobre los temas que han estado en el centro de mis intereses desde que comencé los estudios de Abogacía. En este largo camino, tuve la suerte de cruzarme con muchas personas valiosas que me acompañaron y de las que aprendí mucho.

El primer agradecimiento es para Mónica Pinto, quien generosamente aceptó dirigir mi tesis y me orientó en este desafío con toda su experiencia, lucidez y conocimiento. Ha sido un verdadero lujo contar con su apoyo y permanente consejo. En segundo lugar, va mi recuerdo para dos profesoras que han sido muy importantes para mi formación y que hoy ya no están con nosotros. Hortensia Gutierrez Posse, con quien di mis primeros pasos en la docencia del derecho internacional público, me alentó a comenzar mi investigación doctoral y me acompañó en el proceso de admisión en el Programa como mi consejera de estudios. Patricia Llerena, por su parte, fue quien me introdujo en el estudio del derecho internacional penal en mi última materia de la carrera y me hizo un lugar en su equipo docente como "la internacionalista". Espero que estas páginas estén a la altura de la inspiración que ambas me supieron transmitir.

Varias instituciones me abrieron sus puertas para realizar instancias de investigación que enriquecieron la tesis. En 2017 y en 2019, asistí al *Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit International Humanitaire*, en el marco del proyecto ECOS-SUD de cooperación entre la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Panthéon Assas, París, financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Investigación Productiva. Allí tuve la oportunidad de participar de diversas actividades organizadas por los profesores Olivier de Frouville y Emmanuel Decaux. En 2018, fui recibida como investigadora invitada por el profesor John Quigley en el *Moritz College of Law* de la Ohio State University y por el Dr. Robert Heinsch en el *Kalshoven-Gieskes Forum on International Humanitarian Law* de la Universidad de Leiden. En 2019 participé en el *Advanced Seminar in International Law*, organizado por el Comité

Internacional de la Cruz Roja. En enero de 2020, el Dr. Carlos Espósito tuvo la amabilidad de permitirme llevar adelante una investigación en la Universidad Autónoma de Madrid.

Algunas de las ideas que forman parte de este libro fueron presentadas en distintos eventos en el país y en el exterior. Desde 2009, el Coloquio de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional que organiza el Centro de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires ha sido un espacio fructífero de intercambio de ideas. Quiero agradecer en particular a Laura Giosa, la decana de la Facultad de Derecho y a todos/as quienes en algún momento participaron de los coloquios: Agostina Cichero, Leandro Días, Diana Español, Milo Fellay, Brian Frenkel, Sabrina Frydman, Lila García, Ianiv Garfunkel, Sebastián Green Martínez, Mariana Gutiérrez, Marcos Kotlik, Nahuel Maisley, Lucía Montenegro, Juan Francisco Padín, Romina Pezzot, Ana Clara Rivero, Paula Scianca Luxen, Daniela Skiba, Alejandro Turyn, Gabriel Valladares y Marta Vigevano. También agradezco a los participantes de las III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia, que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en enero de 2022 por sus comentarios sobre la versión preliminar de uno de los capítulos de este libro.

Finalmente, el seminario "Sobre la elaboración del genocidio", a cargo de Daniel Feierstein en el Centro de Estudios sobre Genocidio de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, fue un espacio en el que tuve la oportunidad de reflexionar sobre varios aspectos centrales de esta investigación.

Quisiera también agradecer, muy especialmente, las lecturas atentas de diferentes apartados de la tesis de Carolina Anello, Agustina Becerra Vázquez, Mariano Fernández Valle, Ezequiel Heffes, Noelia Matalone y Dalila Seoane. Por supuesto, cualquier error que pudiera contener es mi responsabilidad.

Por último, resta agradecer al jurado compuesto por la Dra. Mary Beloff, la Dra. Silvina González Napolitano y el Dr. Fabricio Guarigilia por sus preguntas y aportes realizados durante la defensa que contribuyeron a perfeccionar algunos de los argumentos aquí presentados.

En lo personal, esta investigación seguramente habría tenido otra forma si no hubiera sido por mi familia. La historia de vida de mis abuelos maternos, Lodza y Mietek, como sobrevivientes de la *Shoá* marcó, sin duda alguna, mi camino y mis elecciones cuando comencé la carrera de Abogacía. Mi papá, Jacobo, de quien aprendí la importancia del estudio, de la responsabilidad y de la constancia, habría estado muy orgulloso de compartir este momento. Mi mamá Susana me apoyó durante todos los años que me llevó completar esta investigación, haciéndome preguntas, escuchando mis ideas y recomendándome lecturas. Siempre puedo contar con mi hermana Mariana para

acompañarme en todos mis proyectos y alentarme. Pero el agradecimiento principal va para Emi, mi marido, que me ha inspirado y animado, y ha leído y comentado paciente y sabiamente los borradores de la tesis. Mi gratitud y amor por siempre.

Buenos Aires, febrero de 2024

Índice

Introducción 15
1. La responsabilidad en el derecho internacional 15
2. El genocidio como objeto de indagación 25
2.1. Los elementos del crimen de genocidio 30
2.1.a. Los elementos objetivos o el *actus reus* 31
2.1.b. Los elementos subjetivos o la *mens rea*. El dolo especial 37
2.2. La definición del genocidio y el Estado 38
3. Justificación del tema y originalidad del planteo 39
4. Marco teórico y estado del arte 40
5. Objetivos e hipótesis 49
6. Metodología 50
7. Organización del libro 52

Parte I
Problemas de la responsabilidad internacional

Capítulo 1
La responsabilidad internacional del Estado 57
1. El Estado como sujeto del derecho internacional 59
2. Los antecedentes de la responsabilidad del Estado: el trabajo de los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional 60
3. Los Artículos de la CDI y la Resolución A/56/83 de la Asamblea General 71
4. La discusión sobre la responsabilidad agravada del Estado 83
4.1. Los crímenes de Estado 87
4.2. Las violaciones graves de las normas imperativas de derecho internacional 98
4.3. Las violaciones graves a los derechos humanos 111
5. Recapitulación 119

Capítulo 2

La responsabilidad internacional del individuo 121
1. El individuo como sujeto de derecho internacional 127
2. Los antecedentes de la responsabilidad del individuo .....
2.1. La prehistoria de las instancias de juzgamiento internacional del individuo 127
2.2. La historia de las instancias de juzgamiento internacional del individuo: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y los juicios de la segunda posguerra 141
2.3 La historia de los crímenes internacionales y de la jurisdicción internacional penal a partir del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y el rol de la Organización de las Naciones Unidas 154
2.3.a. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de 1948 a 1954 154
2.3.b. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de 1983 a 1996 158
2.3.c. Los tribunales penales internacionales e internacionalizados 167
3. Las condiciones para establecer la responsabilidad internacional penal del individuo 173
3.1. El elemento subjetivo 174
3.2. Los modos de atribución de responsabilidad penal individual 176
3.2.a. Comisión individual 179
3.2.b. Comisión conjunta 181
3.2.c. Participación 185
3.2.d. Participación en un grupo 187
3.2.e. Actos preparatorios 188
3.2.f. Otras formas de responsabilidad 188
3.3. Infracciones imperfectas y extensión de la responsabilidad. 190
3.4. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal 192
4. La discusión sobre la responsabilidad colectiva 193
4.2 Responsabilidad colectiva vs. culpa colectiva 195
4.3 Los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg 199
4.4. Responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas 202
4.5 Modos de atribución de responsabilidad individual que reflejan naturaleza colectiva de crímenes 205
5. Recapitulación 209

Parte II
El genocidio en el derecho internacional

Capítulo 3
El genocidio como crimen de Estado 213
1. La negociación en la Organización de las Naciones Unidas 214
1.1. La Resolución 96/I de la Asamblea General 215
1.2. El trabajo del Grupo de Expertos del Secretario General 216
1.3. El trabajo del Consejo Económico y Social 218
1.4. El trabajo del Sexto Comité de la Asamblea General 221
1.5. La adopción de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en la Asamblea General y su entrada en vigor 233
2. El rol del Estado en la comisión del crimen de genocidio 237
3. Las obligaciones del Estado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio 245
3.1. La prohibición de cometer genocidio como una obligación consuetudinaria 248
3.2. Los casos de la ex Yugoslavia en la Corte Internacional de Justicia 252
3.2.a) El caso de Bosnia Herzegovina 253
3.2.b) El caso de Croacia 262
3.2.c) La contribución de las opiniones disidentes y separadas 265
3.3. El caso de Myanmar 270
3.4. El caso de Ucrania 280
4. Recapitulación 285

Capítulo 4
El genocidio como crimen del individuo 291
1. La referencia al contexto histórico-colectivo en las sentencias individuales 292
1.1. Ruanda 293
1.2. La ex Yugoslavia 300
1.3 Camboya 304
1.4. Darfur 304
1.5. Myanmar 305
2. El rol de la política estatal 306
2.1. Ruanda 307
2.2. La ex Yugoslavia 310
2.3. Camboya 312
2.4. Darfur 313
2.5. Myamnar 314
3. El genocidio como hecho de conocimiento común o como un hecho probado 315
4. La inferencia de la intención genocida a partir del contexto histórico-colectivo 321

4.1. Ruanda 322
4.2. La exYugoslavia 325
4.3. Camboya 326
4.4. Darfur 327
4.5. Myanmar 328
5. Los modos de atribución de responsabilidad y las infracciones imperfectas 331
5.1. Infracciones imperfectas 332
5.2. Modos de responsabilidad 336
6. Recapitulación 346

Parte III
La responsabilidad internacional por la comisión del genocidio en la encrucijada: la fragmentación secundaria

Capítulo 5
Cruce de caminos: el eje jurisdiccional y probatorio 351
1. La relación entre la determinación judicial de la responsabilidad internacional del Estado y la condena penal individual por el crimen de genocidio 352
2. La prueba del genocidio 363
2.1. La carga de la prueba 364
2.2. El estándar de prueba 366
2.3. Los medios de prueba 374
2.4. La valoración de la prueba 374
2.5. El uso de la jurisprudencia del TPIY como prueba 375
3. Recapitulación 387

Capítulo 6
Cruce de caminos: el eje de los elementos sustantivos 389
1. La aplicación de las reglas de interpretación de los tratados a la Convención contra el Genocidio 390
1.1. La interpretación en la determinación de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio 390
1.2. La interpretación en la determinación de la responsabilidad del individuo por el crimen de genocidio 396
1.2.a. Los tribunales penales *ad hoc* 396
1.2.b. La Corte Penal Internacional 403
2. La discusión sobre la existencia del elemento contextual del crimen de genocidio 407
3. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional por el crimen de genocidio 417

3.1. Consecuencias jurídicas para el Estado responsable de cometer genocidio. Las medidas previstas por los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional 420
3.2. Las consecuencias de la comisión del crimen contra el genocidio en la Convención de 1948 424
3.3. Los daños punitivos en el derecho internacional 431
4. Recapitulación 433

Capítulo 7
Cruce de caminos: El eje de las condiciones para la atribución de responsabilidad 437
1. Elemento subjetivo del genocidio 437
2. Los modos de atribución de responsabilidad penal individual 452
2.1. La comisión del genocidio o la autoría 454
2.2. La complicidad por genocidio 457
2.3. La responsabilidad del superior 468
3. Infracciones imperfectas y extensión de la responsabilidad 471
4. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y las defensas en derecho internacional 478
5. Recapitulación 481

Capítulo 8
La fragmentación secundaria: propuesta de una matriz de análisis 485
1. La relación entre ambas responsabilidades: el trabajo de la CDI sobre los regímenes de responsabilidad 485
2. La criminalidad sistémica y la dualidad de responsabilidades 491
3. Construyendo la matriz de la fragmentación secundaria 492
3.1. El esquema de la dualidad de responsabilidades 498
3.1.a. La determinación de responsabilidad individual cuando existen sentencias o informes relativos a la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio 499
3.1.b. La determinación de responsabilidad individual cuando existen sentencias o informes que determinaron que el Estado no era responsable por el crimen de genocidio 504
3.1.c. La determinación de responsabilidad individual en casos de ausencia de sentencias o informes previos que hubieran analizado la responsabilidad del Estado 506
3.1.d. La determinación de responsabilidad del Estado cuando existen sentencias de un tribunal penal internacional de condena a individuos o de informes de un órgano de investigación que determinan posibles responsabilidades individuales 507
3.1.e. La determinación de responsabilidad del Estado en casos de existencia de sentencias de un tribunal penal internacional que

no incluyen cargos o disponen absoluciones de individuos por el crimen de genocidio 508
3.1.f. La determinación de responsabilidad del Estado en casos de ausencia de sentencias o informes previos de un tribunal penal internacional o de un órgano de investigación 510
3.2. Propuesta de una metodología de diálogo en supuestos en los que se pudiera configurar una dualidad de responsabilidades 511
3.2.a. El diálogo tribunal penal internacional – Corte Internacional de Justicia/órgano de investigación 513
3.2.b. El diálogo Corte Internacional de Justicia/órgano de investigación – tribunal penal internacional 517

Conclusiones 525

Bibliografía 531

Introducción

1. La responsabilidad en el derecho internacional

Desde sus orígenes, el derecho internacional ha sido un derecho estadocéntrico, es decir, un ordenamiento descentralizado, horizontal, que nació para regular las relaciones entre los Estados soberanos, sus sujetos por antonomasia.[1] Son los Estados los que crean sus normas, las interpretan, deciden cuándo se ha configurado una violación y, eventualmente, cuál será la sanción correspondiente. En este marco, es natural que el derecho internacional se haya ocupado, casi exclusivamente, de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Así, la única vía por la cual las conductas de los individuos se tornaban visibles para este ordenamiento era a través de la imputación de sus actos al Estado, cuando así lo permitían las reglas de atribución.[2] Sin embargo, ello no significaba que la responsabilidad del Estado dependiera de (o implicara) la responsabilidad de los individuos como sujetos independientes.[3]

Este paradigma tradicional del derecho internacional comenzó a cambiar a mediados del siglo XX con la aparición de dos ramas especializadas de este ordenamiento: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho

1. *Cf.* Buis (2015: 5). Véase también Moncayo, Vinuesa, y Gutierrez Posse (1997: 24); Shaw (2008: 6 y 197) y Klabbers (2013: 69), entre otros. Hay autores que han hablado hasta de fetichismo estatal del derecho internacional, *cf.* Luban (2011: 67).

2. La regla tradicional en este sentido dispone que los actos de individuos que actúan como órganos de un Estado se deben atribuir a dicho Estado. Esta regla de carácter consuetudinario ha sido codificada en el artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, "AG"), Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001.

3. Nollkaemper (2003: 616).

internacional penal.[4] Si bien ambas ramas comparten la centralidad del individuo como sujeto de derecho, causando una ruptura en la lógica estadocéntrica, se diferencian en el punto de la responsabilidad. El derecho internacional de los derechos humanos mantiene la doctrina clásica de la responsabilidad del Estado, aunque con reglas particulares que responden a su carácter de *lex specialis*, mientras que el derecho internacional penal introduce en el ámbito internacional la responsabilidad del individuo.

En este contexto, uno de los momentos "grocianos"[5] del derecho internacional penal fue, sin lugar a dudas, la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en 1946, ya que luego de dicha decisión se afianzó la posibilidad de atribuir responsabilidad por la violación de normas internacionales directamente a los individuos, sin la necesidad de la mediación de la responsabilidad estatal, concepto que, como fuera señalado, modificó radicalmente el panorama del ordenamiento jurídico internacional. El Tribunal justificó este cambio con una frase, hoy famosa, que dice lo siguiente: "[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional".[6] Si bien esta afirmación ha sido utilizada desde entonces para fundamentar la responsabilidad de los individuos, al mismo tiempo dejó abierto el interrogante acerca de la posibilidad de la coexistencia de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad del individuo por crímenes internacionales.[7]

Actualmente nadie discutiría que el derecho internacional prevé la responsabilidad por violaciones a sus normas de carácter imperativo tanto del Estado como de los individuos, reconociendo lo que en 2007 la Corte Internacional de Justicia denominó "dualidad de responsabilidades",[8] característica que también

4. Este cambio de paradigma también ha sido definido como una transformación del alma del derecho internacional, una personalización de este ordenamiento. *cf.* Simpson (2009: 75).

5. Se trata de una referencia a Hugo Grocio (1583-1645), considerado uno de los padres del derecho internacional. Con esta frase, acuñada por Richard Falk en 1985, se describe un desarrollo transformativo del sistema internacional que da nacimiento a nuevas normas con una rapidez inusual, *cf.* Scharf (2011: 123).

6. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), Sentencia del 1° de octubre de 1946 (traducción propia), párr. 246. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp (último acceso: 20/02/2024). Las citas de los párrafos, sin embargo, corresponden a la publicación de *Oxford Reports on International Law*, 2015. La frase original dice: "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".

7. De hecho, autores contemporáneos al proceso judicial, como Schwarzenberger, sostuvieron que los Estados no podrían haber tenido responsabilidad penal, ya que a la fecha no existían instancias en las que un tribunal hubiera clasificado un acto de un Estado como un crimen internacional. Citado en Kemp (2010:76).

8. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y

ha sido calificada como una "responsabilidad bifurcada",[9] "tipos mellizos" de responsabilidad[10] o un régimen de responsabilidad dual.[11] Esto implica, respecto de la misma base fáctica, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (atribuible a un Estado) y un crimen internacional (imputable a un individuo).

Sin embargo, la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg tuvo como resultado que durante la segunda mitad del siglo XX el derecho internacional se concentrara en la responsabilidad de los individuos –de naturaleza penal– por la comisión de crímenes internacionales, definidos en normas internacionales, dejando de lado la responsabilidad de los Estados por tales conductas. Entre dichos crímenes se incluían el crimen contra la paz (actualmente denominado crimen de agresión), el crimen de guerra, el crimen de lesa humanidad y el crimen de genocidio.

Las regulaciones de la responsabilidad internacional del Estado y de la responsabilidad penal internacional del individuo se configuraron, entonces, de manera independiente. Ello se ve reflejado en los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos,[12] por un lado, y en proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad[13] y en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, por el otro.[14] Estos instrumentos se limitan a reconocer la existencia de los dos regímenes de responsabilidad, pero no desarrollan la naturaleza de su relación. De hecho, en los comentarios a su proyecto sobre responsabilidad de los Estados, la Comisión de Derecho Internacional señaló solamente que la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta de la cuestión de la responsabilidad estatal y que el Estado no está exento de su propia responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos cometidos por sus oficiales.[15]

Estos desarrollos no permiten explicar con claridad y profundidad cuál es la naturaleza de las responsabilidades ni la relación que existe entre ellas cuando

---

Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007, p. 43* (en adelante, "*Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*"), párr. 163.

9. May (2008) y Hamilton (2016).

10. Fletcher (2016: 453).

11. Bonafè (2009).

12. Asamblea General, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001.

13. Comisión de Derecho Internacional, A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2])*.

14. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 25(4). UNTS Vol. 2187, p. 3 (e.v. 1/07/2002).

15. Comisión de Derecho Internacional, A/56/10, Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, comentario al artículo 58, párr. 3, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*. Cabe adelantar, sin embargo, que durante los trabajos de la Comisión a lo largo de los años existieron propuestas para establecer una relación entre ambos regímenes de responsabilidad, que luego fueron dejadas de lado. *Cf.* Spinedi (1989: 110).

tribunales con competencia sobre Estados deben analizar los mismos hechos o situaciones que tribunales internacionales con competencia sobre individuos. Esta cuestión, que no ha sido explicada hasta el momento de manera cabal, representa el problema que se señala como punto de partida de la presente investigación.

Si bien el derecho internacional penal no requiere que el individuo represente –*de iure* o *de facto*– a un Estado para poder atribuirle responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales,[16] este libro se ocupa de examinar la relación que existe entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo en el caso de los llamados "crímenes de Estado",[17] ya que estos dan cuenta con nitidez de los vínculos entre ambas responsabilidades. Asimismo, a diferencia de otras denominaciones como "crímenes atroces" o "crímenes de masa" –que entrañan un elemento de subjetividad (sea para definir qué se entiende por atroz o para determinar desde qué número de víctimas se considera que un crimen es masivo)– el concepto de crimen de Estado presenta un elemento "objetivable": se trata de una práctica llevada a cabo a través del aparato punitivo estatal o por sujetos que cuentan con la aquiescencia o colaboración del Estado.[18]

En este contexto, se pondrá particular énfasis en el crimen de genocidio y se examinarán las sentencias de los tribunales penales internacionales e internacionalizados en los que se analizaron cargos por este crimen, así como los fallos de la Corte Internacional de Justicia en los casos sobre la Convención sobre la

16. De hecho, de los crímenes incluidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la única definición que requiere normativamente la intervención de un agente estatal es la del crimen de agresión (*cf.* artículo 8bis). En efecto, el artículo 7, al definir los crímenes de lesa humanidad, dispone que por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un *Estado o de una organización* de cometer ese ataque o para promover esa política" (resaltado agregado). Así, establece expresamente que el crimen de lesa humanidad puede ser cometido por un Estado o por una organización no estatal, sin perjuicio de la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de las características que debe tener esa organización para poder cometer un crimen de lesa humanidad. Por su parte, los crímenes de guerra (artículo 8) y el crimen de genocidio (artículo 6) guardan silencio respecto de quién puede ser el perpetrador. Véase también Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/1/3 (part II-B).

17. Autores como Arendt y Osiel utilizan el término "masacres administrativas" para referirse a la violación en gran escala de los derechos humanos básicos a la vida y a la libertad por parte de un Estado de forma sistemática y organizada, frecuentemente contra sus propios ciudadanos, generalmente en un clima de conflicto armado internacional o no internacional –real o imaginario–, *cf.* Osiel (2000:9). Por otro lado, se ha señalado que actualmente la doctrina anglosajona utiliza el término "crímenes atroces", mientras que la latinoamericana suele usar el concepto de "crímenes de masa". *Cf.* Feierstein (2015b: 57-58).

18. Feierstein (2015b: 61), quien, además, ha señalado que los crímenes de Estado son los únicos que ofrecen una fundamentación legítima a las consecuencias que respecto de ellos ha establecido el derecho internacional –la imprescriptibilidad, la jurisdicción universal o la imposibilidad de dictar amnistías– a la luz del principio de legalidad, cuestiones que exceden el ámbito de la presente investigación por no versar de forma específica y detallada sobre la regulación de la responsabilidad individual.

Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, "Convención contra el Genocidio")[19] de 2007 y 2015[20] sobre la responsabilidad de Serbia incoados por Bosnia Herzegovina y Croacia, respectivamente, y los casos de Gambia vs. Myanmar y Ucrania vs. Federación Rusa, que aún se encuentran pendientes de resolución.[21] En dichos casos se discute, precisamente, la participación de un Estado en la comisión del crimen de genocidio contra la población de otro Estado; ello sin perjuicio de que deba señalarse que la mayor parte de los genocidios cometidos en la historia involucra acciones de un Estado contra su propia población.[22] El juzgamiento internacional de este tipo de crímenes –sea en una instancia con competencia sobre Estados o en una con competencia sobre individuos– implica canalizar la voluntad estatal a los fines de asegurar el estado de derecho por sobre el estado de policía, dos aspectos que coexisten dentro de un mismo Estado.[23]

La figura de genocidio, término acuñado por el jurista polaco Rafael Lemkin en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944),[24] presenta características propias que la distinguen de otros crímenes internacionales. Por ejemplo, contiene un elemento subjetivo especial que exige la intención (*dolus specialis*) de destruir total o parcialmente a un grupo determinado como tal, y el hecho de que su definición solo protege cuatro grupos específicos: un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Asimismo, ha sido identificado por la doctrina[25]

19. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. UNTS Vol. 78, p. 277. Su entrada en vigor fue el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. Si bien el nombre oficial de la Convención en español se refiere al "delito" de genocidio, cabe señalar que la versión en inglés utiliza la frase "*crime of genocide*". En el presente trabajo se hablará del crimen de genocidio por considerar que el término refleja de manera más adecuada el tipo de normas internacionales involucradas: las normas imperativas.

20. Corte Internacional de Justicia *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia vs. Serbia), sentencia del 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015, p. 3* (en adelante, "*Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*").

21. Cabe señalar aquí que la investigación se cerró antes de la presentación del caso de Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia el 29 de diciembre de 2023. Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf (último acceso: 20/02/2024).

22. Milanovic (2006: 563).

23. Feierstein (2015b: 94).

24. El título en inglés original es *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Se hace referencia aquí a la edición en español: Buenos Aires: Prometeo, 2009.

25. Schabas (2009: 15). El Informe "Whitaker", solicitado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1983 a la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías, también se refirió al genocidio como "el peor de los crímenes y

y por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional,[26] así como por la jurisprudencia internacional,[27] como "el crimen de crímenes".[28]

Desde 1951, cuando entró en vigor la Convención contra el Genocidio, la comunidad internacional contaba con una definición de la conducta típica (aunque sin fijar la pena) y con criterios de jurisdicción para su juzgamiento, entre los que se menciona un tribunal penal internacional permanente que aún no había sido creado.[29] Sin embargo, fue recién a partir de la década del '90 que el concepto comenzó a ser aplicado a nivel internacional con el desarrollo de instituciones jurisdiccionales para juzgar individuos por estas conductas, cuyos estatutos incluían la definición de 1948 y fijaban las penas correspondientes.

Con respecto a la responsabilidad del Estado por el crimen, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 2007 y de 2015 debieron examinar por primera vez el hecho internacionalmente ilícito del genocidio como violatorio de una norma de carácter imperativo y, para ello, se contaba con casi dos décadas de decisiones jurisprudenciales sobre la materia; sin embargo, en esos antecedentes sólo se había debatido la responsabilidad de los individuos. En efecto, los casos resueltos por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, "TPIY") –que, desde su creación en 1993 por el Consejo de Seguridad,[30] había investigado la comisión de crímenes internacionales en el territorio de la ex Yugoslavia– coincidían con el ámbito territorial, temporal y material de los casos ante la Corte Internacional de Justicia. Ello generaba el interrogante acerca de

---

la violación más grave de los derechos humanos". *Cf.* Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 14.

26. Akhavan (2012: 82-83).

27. Ello se afirmó en la segunda condena internacional por genocidio dictada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso "Fiscal vs. Jean Kambanda", *Judgment*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23-S, párr. 16, lo que fue repetido en otros casos del mismo tribunal como "Fiscal vs. Omar Serushago", *Judgment*, 2 de febrero de 1999, ICTR-98-39-S, párr. 15 y "Fiscal vs. Eliézer Niyitegeka", *Judgment,* 9 de julio de 2004, ICTR-96-14-A, párr. 53, y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, como "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment,* 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 699. Sin embargo, la opinión que luego prevaleció en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* fue la de que todos los llamados "*core crimes"* tienen en principio igual jerarquía y que su gravedad debe ser analizada a la luz de las circunstancias de cada caso, *cf.* Schabas (2009: 652-653) y Akhavan (2012: 84).

28. Cabe recordar aquí que Winston Churchill se refirió al genocidio como "el crimen sin nombre", *cf.* Schabas (2009: 17).

29. Lo que recién ocurriría en 1998 al adoptarse el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, primera y única institución judicial penal internacional de carácter permanente.

30. Véase Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Res. S/808, 22 de febrero de 1993, y Res. S/827, 25 de mayo de 1993. La primera vez que el Consejo de Seguridad se ocupó de las violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos allí cometidas fue en 1992, un año después de comenzado el conflicto, a través de la Res. S/764, 13 de julio de 1992. Previo a la creación del tribunal, el Consejo había condenado las violaciones que tenían lugar en el territorio de la ex Yugoslavia y había establecido una Comisión de Expertos para que presentara sus conclusiones sobre la situación. *Cf.* Pinto (1993: 793).

cómo utilizar dicha jurisprudencia, lo que a su vez implicaba analizar cuál era la relación entre ambos regímenes de responsabilidad. Sin embargo, a pesar de que las sentencias de la Corte se refirieron al asunto, señalando algunos criterios básicos, no lo hicieron con profundidad, dejando abiertas varias cuestiones que requieren mayor análisis. Por ejemplo, el uso de la jurisprudencia de un tribunal penal internacional como prueba para determinar la responsabilidad internacional de un Estado hace surgir un gran número de interrogantes. En primer lugar, de las sentencias de 2007 y 2015 de la Corte se desprende claramente que, dado que los criterios de atribución y estándares de prueba para la responsabilidad del Estado y del individuo son diferentes, aun cuando un tribunal penal internacional decidiera en un caso que no se configura la responsabilidad del individuo, una jurisdicción como la Corte Internacional de Justicia podría afirmar que sí correspondería atribuir responsabilidad al Estado por ese mismo hecho.[31] Así, en la sentencia de 2015, la Corte señaló que, aunque en el caso *Gotovina*[32] el TPIY no dictó ninguna condena contra funcionarios militares o civiles de alta jerarquía por el crimen de genocidio, ello no le impedía analizar si Croacia en tanto Estado podía ser responsable de la violación de la Convención contra el Genocidio, incluso cuando Croacia había sostenido que la ausencia de condenas a individuos debilitaba la posición de Serbia respecto de su responsabilidad internacional.[33]

Ahora bien, ¿qué quiere decir que los criterios de atribución y estándares de prueba sean diferentes? ¿Podríamos afirmar que en el caso del Estado el estándar de prueba es más flexible –y hasta menos exigente–, ya que no está en juego la posibilidad de imponer una sanción que implique la privación de libertad ni se exige la aplicación del principio de legalidad?[34] La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no ha sido precisa respecto del estándar de prueba, pero en general se ha establecido un umbral relacionado con la existencia de una "probabilidad razonable".[35] En este sentido, se ha señalado que el umbral de prueba de la responsabilidad del Estado no requiere certeza "más allá de toda duda razonable" –como en el caso de los individuos– sino que se basa en el balance de la prueba presentada por las partes.[36] Sin embargo, en las sentencias *sub examine,* la Corte parece proponer que el estándar debería ser más alto que en otros casos de responsabilidad estatal por tratarse de hechos ilícitos graves –como el genocidio–, al requerir que cuando las alegaciones contra un Estado impliquen cargos de excepcional gravedad, éstas deban ser probadas de forma absolutamente concluyente; ello, si bien no es idéntico al estándar de "más allá de toda duda

31. Nollkaemper (2003: 630).

32. TPIY, "Fiscal vs. Ante Gotovina *et al.*", IT-06-90.

33. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 461.

34. Seibert-Fohr (2009).

35. Kolb (2009b: 465).

36. Nollkaemper (2003: 630).

razonable", resulta bastante similar.[37] Pareciera que, por involucrar la comisión de crímenes internacionales, el estándar se eleva, posiblemente para acercarse al aplicable en los casos de responsabilidad penal individual.

Asimismo, aunque en su fallo de 2007 la Corte Internacional de Justicia sostuvo que no es necesario que medie sentencia condenatoria contra un individuo de manera previa a la determinación de la responsabilidad del Estado,[38] la utilización de la jurisprudencia del TPIY para determinar si se cometió o no el crimen de genocidio parece contradecir dicha afirmación. En efecto, en su sentencia de 2015, la Corte parece admitir esta situación al decir que, cuando examine los elementos constitutivos de genocidio, tendrá en cuenta, "cuando fuere apropiado", las decisiones del TPIY.[39] Si este tribunal ha establecido que se ha cometido genocidio, entonces buscará determinar la responsabilidad del Estado sobre la base de las reglas de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos. Es decir, describe una metodología por la que primero identificará si existe una sentencia condenatoria del tribunal penal internacional, para luego examinar si esa conducta puede ser atribuida al Estado. En tal sentido, se establece un orden que haría depender la responsabilidad del Estado de la determinación previa de la responsabilidad del individuo.

Si bien esta metodología podría asegurar cierta consistencia entre las decisiones de los distintos tribunales que analicen una misma situación fáctica, podría también pensarse que, en realidad, a la luz del sistema jurisdiccional actual para determinar la responsabilidad de los Estados, en lugar de una relación de complementariedad[40] entre ambas responsabilidades, se trataría más bien, de una relación de subordinación[41] y hasta de dependencia.[42]

Parece entonces que, con respecto a la regulación de la responsabilidad, el ordenamiento internacional ofrece una normativa secundaria –es decir, aquella

37. Schabas (2009: 517); Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209 y Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 178.

38. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 182.

39. En el texto original de la sentencia se lee: "The Court will nonetheless take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY, as it did in 2007, in examining the constituent elements of genocide in the present case. If it is established that genocide has been committed, the Court will then seek to determine the responsibility of the State, on the basis of the rules of general international law governing the responsibility of States for internationally wrongful acts", *cf.* párr. 129.

40. Bonafè (2009: 44).

41. Drumbl (2011: 50).

42. Groome (2007: 979). Uno de los jueces de la propia Corte afirmó que, si no fuera por la tarea del TPIY, habría sido muy difícil para la Corte llevar adelante su rol en el caso, ya que los casos sobre la responsabilidad de un Estado por genocidio son demasiado serios como para ser resueltos exclusivamente sobe la base de los argumentos de las partes, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007, cf.* Opinión Separada del juez Tomka, párr. 72.

que surge cuando tiene lugar una violación de una norma primaria–[43] fragmentada. Aunque ambas regulaciones pueden ser aplicadas a una misma situación, sus reglas son diferentes y, por lo tanto, podrían llevar a soluciones diversas. Cabe, por lo tanto, traer a colación el término "fragmentación del derecho internacional", que suele ser utilizado para hacer referencia a dos fenómenos: a) la fragmentación institucional, relacionada con la jurisdicción y competencia de las diversas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y la relación jerárquica entre ellas, y b) la fragmentación sustantiva, que implica la división del derecho internacional en marcos especializados (como el derecho internacional penal o el derecho internacional de los derechos humanos) que pretenden tener autonomía, tanto entre sí como respecto del derecho internacional general.[44] Tomando como base ambas fragmentaciones reconocidas por la doctrina internacional, se identifican aquí las consecuencias de un tercer tipo, vinculado estrechamente con los dos primeros: la fragmentación referida a la responsabilidad, que denominaremos en este libro "fragmentación secundaria".

A la luz de estas consideraciones, y, en síntesis, en esta investigación se examina la relación entre el régimen aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados y aquel aplicable a la responsabilidad internacional de los individuos, y el diálogo (o la falta de él) entre los tribunales que determinan una y otra en los casos de genocidio. A los efectos de comprender mejor dicha interrelación, se propone la categoría de *fragmentación secundaria* (complementaria de los conceptos de fragmentación sustantiva e institucional ya existentes en el derecho internacional). Ello permitirá construir una matriz en la que se incluyan tanto cuestiones sustantivas como, por ejemplo, las condiciones para la atribución de responsabilidad o las consecuencias jurídicas, como cuestiones jurisdiccionales, como el estándar y el tipo de prueba. Esta fragmentación secundaria podría explicarse, en parte, porque, como fuera mencionado *supra*, el derecho internacional penal rompió con algunas de las reglas tradicionales del derecho internacional público introduciendo al individuo como sujeto responsable. Estas transformaciones crearon ciertas tensiones entre la rama especializada y el ordenamiento general.[45] Así, por ejemplo, y con referencia expresa a la cuestión de la responsabilidad, en su sentencia de 2007, la Corte Internacional de Justicia rechazó explícitamente la interpretación que había hecho la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic*

43. La distinción se origina en la obra de H.L. Heart, quien consideró que las normas primarias dirigían la conducta, mientras que las normas secundarias identificaban, aplicaban y modificaban las normas primarias. En este libro, se utilizará el término "norma primaria" para hacer referencia a aquellas que establecen obligaciones sustantivas a los sujetos de derecho internacional y el de "norma secundaria" a aquella que regula la aplicación, respeto y funcionamiento de las primeras. *Cf.* Weatherall (2022: 36).

44. Charney (1999); Romano (1999) y (2009); Sreenivasa Rao (2004); Shany (2003); Treves (2005); Comisión de Derecho Internacional (2006); Leathley (2007); Goldstone y Smith (2009); Benvenisti & Downs (2011); Decaux (2011); entre muchos otros.

45. van den Herik y Stahn (2012: 27).

del artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos que requería que el Estado (en el caso, Serbia) tuviese un "control global" sobre las acciones del grupo no estatal,[46] reafirmando el test que ella había desarrollado en el caso Nicaragua de 1986 denominado "control efectivo".[47] En efecto, la Corte Internacional de Justicia señaló que el TPIY no tenía competencia para decidir acerca de la responsabilidad del Estado ni sobre cuestiones de derecho internacional general.[48]

Por ello, a los fines de determinar con certeza la relación que existe entre ambas responsabilidades y su alcance, es necesario, en primer lugar, estudiar la regulación de la responsabilidad internacional del Estado y la regulación de la responsabilidad internacional del individuo, y, en segundo lugar, la jurisprudencia internacional sobre el crimen de genocidio, tanto de los tribunales con competencia sobre Estados como de los tribunales con competencia sobre los individuos que aplicaron ambos regímenes.

Se considera que la importancia creciente del medio jurisdiccional de solución de controversias, tanto en materia de responsabilidad estatal como individual, permite pensar en que la configuración de una dualidad de responsabilidades no solo es posible, sino que existe una alta probabilidad de que ello ocurra.[49]

46. TPIY, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Judgement*, 15 de julio de 1999, IT-94-1-T, párr. 116. Si bien cabe observar que en este caso no se trataba de determinar la responsabilidad del Estado, sino de calificar el conflicto armado, la Sala señaló que el test para atribuir al Estado las acciones de un grupo no estatal, era el del control global ("*overall control*"). Este test considera suficiente que el Estado equipe, financie, coordine o ayude al grupo en la planificación general de su actividad militar y no exige que el Estado haya emitido instrucciones o directivas específicas para la comisión de actos contrarios al derecho internacional. *Cf.* párr. 131.

47. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), *I.C.J. Reports 1986, p. 14*, sentencia del 27 de junio de 1986. De acuerdo con la sentencia, el control efectivo entraña una relación entre el Estado y el grupo no estatal que implica, por un lado, un control y, por el otro, una dependencia suficientes para equiparar al grupo no estatal con un órgano del Estado o considerar que actúa en su nombre en las operaciones en las que se cometieron violaciones al derecho internacional. En este sentido, entendió que la participación, incluso preponderante o decisiva, de Estados Unidos en el financiamiento, organización, entrenamiento o equipamiento de los Contras, en la selección de blancos militares y paramilitares y en la planificación general de la operación no resultaba suficiente. *Cf.* párrs. 109 y 115. Sobre los tests de control efectivo y control global, véase, entre muchos otros Milanovic (2006); Spinedi (2007); Cassese (2007b); Clark (2008: 97-98); Golstone y Hamilton (2008) y Griebel y Plücken (2008).

48. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 403.

49. De hecho, como fuera mencionado en la nota 21, unos meses después de la defensa de la tesis sobre la que se basa este libro, el 29 de diciembre de 2023, Sudáfrica presentó ante la Corte Internacional de Justicia un nuevo caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio contra Israel que podría configurar un supuesto de dualidad de responsabilidades, pues actualmente, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Un examen sobre las características de la relación entre ambas regulaciones contribuirá entonces a reflexionar acerca de si la responsabilidad de los Estados por la comisión de crímenes internacionales debe ser regulada de manera especial por el ordenamiento jurídico internacional, de forma de no crear una separación artificial entre la conducta de los Estados y aquella de los individuos que genere un relato compartimentado de la historia y dificulte el análisis y representación de la magnitud de los crímenes internacionales y de la contribución de los Estados.

2. El genocidio como objeto de indagación

La figura de genocidio hace referencia a una serie de conductas criminales que buscan la destrucción de un grupo como tal. La víctima final no es el individuo en sí mismo, sino el colectivo al cual pertenece. Si bien las conductas que pueden ser calificadas como genocidio han existido desde los comienzos de la historia de la humanidad, no habían sido caracterizadas como un crimen diferente hasta mitad del siglo XX. Fue el jurista polaco Rafael Lemkin en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944),[50] quien se encargó de darle un nombre a este crimen a través de un neologismo, en el que combinó el término griego "genos", que significa 'raza o tribu', con el vocablo en latín "cide" o "caedere", que significa 'matar'.[51] Su interés había surgido de las masacres armenias en Turquía que habían quedado impunes.[52]

En el capítulo IX de su libro, Lemkin señaló que proponía una expresión nueva y moderna para hacer referencia a una antigua costumbre[53] y planteó la necesidad de revisar el derecho internacional.[54] Asimismo, consideró que se trataba de "un plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos", a través de la "desintegración de sus instituciones políticas y sociales, de la cultura, el lenguaje, de los sentimientos de patriotismo,

se encuentra investigando hechos similares en el marco de la situación de Palestina. Véase https://www.icc-cpi.int/palestine (último acceso: 20/02/2024).

50. Lemkin (2009 [1944]).

51. Lemkin (2009 [1944]:153).

52. King Jr (2007: 29); Schabas (2009[2]: 30).

53. Lemkin (2009 [1944]: 153). Jean Paul Sartre, en el mismo sentido, observó que el genocidio es tan viejo como la humanidad. Sartre, J. P. *On Genocide*, citado en Schabas (2009[2]: 1). Vale señalar, además, que el Preámbulo de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio dice: "Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad".

54. Lemkin (2009 [1944]:168).

de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, la libertad, la salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a esos grupos". Esto es, "el genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones involucradas se dirigen contra los individuos, no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional.[55] Lemkin sostuvo que la destrucción de una nación representaba una pérdida de sus futuras contribuciones al mundo y que ello ofendía los sentimientos de moralidad y justicia, al igual que lo hace un asesinato, pero en una escala mucho más vasta.[56]

Luego, Lemkin ofreció ejemplos de "técnicas de genocidio" con casos de la ocupación alemana en Europa, a los que consideró parte de "un sistema elaborado, casi científico".[57] Así, mencionó el campo político que implicaba la destrucción de instituciones locales con gobierno autónomo, reemplazándolo por un patrón alemán de ocupación;[58] el campo social, que entrañaba la abolición de la ley local y los tribunales locales;[59] el campo cultural, que conllevaba la prohibición del uso del propio idioma en las escuelas;[60] el campo económico, que implicaba la privación de los medios elementales para la existencia y su consecuente empobrecimiento;[61] el campo biológico, que incluía medidas para disminuir la tasa de nacimientos;[62] el campo físico, que buscaba el debilitamiento e incluso la aniquilación del grupo, a través, por ejemplo, del racionamiento de comida, la puesta en peligro de la salud y los asesinatos,[63] el campo religioso, a través del saqueo y destrucción de propiedades religiosas y de la persecución de sus líderes;[64] y el campo moral, para debilitar la resistencia espiritual.[65]

Lemkin observó que el derecho internacional vigente no preveía este tipo de crímenes, pues, por ejemplo, el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907, si bien regulaba la conducta de las partes beligerantes en un conflicto armado, no se ocupaban de la preservación de la integridad de un pueblo.[66] En este contexto, recordó sus propuestas presentadas

55. Lemkin (2009 [1944]:153).
56. Lemkin (2009 [1944]:169).
57. Lemkin (2009 [1944]:168).
58. Lemkin (2009 [1944]:157).
59. Lemkin (2009 [1944]:159).
60. Lemkin (2009 [1944]:59).
61. Lemkin (2009 [1944]:161).
62. Lemkin (2009 [1944]:162).
63. Lemkin (2009 [1944]: 164-166).
64. Lemkin (2009 [1944]: 167).
65. Lemkin (2009 [1944]: 167).
66. Lemkin (2009 [1944]: 169). Cabe señalar que, si bien los artículos 43 a 46 del Reglamento regulan la protección de la población bajo ocupación militar, no se refieren a su existencia como tal, en el sentido propuesto por Lemkin.

en la década del 30 en la Quinta Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, en las que había afirmado la necesidad de penalizar las acciones tendientes a la destrucción y la opresión de las poblaciones y sugirió la incorporación de dos nuevos delitos en el derecho internacional: el delito de barbarie y el delito de vandalismo. El primero era concebido como acciones opresoras y destructivas contra ciertos individuos por ser miembros de grupos nacionales, religiosos y raciales, mientras que el segundo cubría la destrucción maliciosa de las obras de arte y la cultura por ser creaciones específicas de esos grupos. Para su juzgamiento, propuso, además, que las personas acusadas fueran enjuiciadas, tanto en el lugar donde cometieron el delito o en cualquier otro Estado que hubiera aceptado esos delitos, si allí eran detenidas, es decir, planteaba un supuesto de jurisdicción universal,[67] que también propuso para el crimen de genocidio, por entender que se trataba de un *delicta juris gentium*.[68] Lemkin agregó, además, que, a diferencia del Reglamento de La Haya, el genocidio no era un problema relacionado exclusivamente con la guerra, sino también, con la paz,[69] y que debía adoptarse un tratado internacional que impusiera a los Estados la obligación de legislar internamente e introducir el crimen en sus códigos penales.[70]

El trabajo de Rafael Lemkin era conocido por los Aliados al final de la Segunda Guerra Mundial por lo que el jurista había buscado que se incorporara el crimen de genocidio al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.[71] De hecho, uno de los primeros borradores preparados por la delegación norteamericana contenía esta figura, definida como la destrucción de minorías raciales y de población subyugada a través de la falta de alimentos, la esterilización y la castración, la privación de vestimenta, refugio, combustible, higiene y cuidado médico, la deportación y el trabajo forzado y en condiciones inhumanas.[72] Sin embargo, finalmente se decidió no incluir expresamente este concepto en el artículo 6, limitando su competencia a los delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (en los que se requería una conexión con un conflicto armado internacional).[73]

67. Lemkin (2009 [1944]: 170).
68. Lemkin (2009 [1944]: 173); Lemkin (1947: 146).
69. Lemkin (2009 [1944]: 172).
70. Lemkin (2009 [1944]: 172).
71. Vrdoljak (2009: 1191).
72. Mettraux (2019: 7).
73. King Jr (2007: 31). De todas formas, se ha interpretado que la última parte de la definición del crimen de lesa humanidad ("persecuciones basadas en motivos políticos, raciales o religiosos"), previsto en el artículo 6.c) del Estatuto, podía ser relacionada con aspectos del concepto de genocidio. Sin embargo, ello llevaba a una confusión con ese crimen que oscurecía las particularidades del genocidio, ya que, mientras este estaba concebido como un crimen contra un grupo como tal, el crimen de lesa humanidad sancionaba los ataques contra personas de manera individual. *Cf.* Vrdoljak (2009: 1192).

Sin perjuicio de la falta de mención expresa en el Estatuto, en su acusación la Fiscalía utilizó el término en su presentación inicial, señalando que los imputados habían llevado adelante un genocidio deliberado y sistemático, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales, contra la población civil de ciertos territorios ocupados a fin de destruir razas y clases de pueblos particulares, y grupos nacionales, raciales o religiosos, particularmente los judíos, los polacos, los gitanos y otros.[74] De la misma forma, en sus alegatos de cierre, el fiscal británico y el fiscal francés hicieron referencia al genocidio. En tal sentido, el fiscal francés afirmó se trataba de un crimen tan monstruoso que requirió que se acuñara un término para definirlo y lo calificó como el crimen más grande,[75] mientras que el fiscal británico sostuvo que los nazis usaron varios dispositivos biológicos para alcanzar el genocidio, ya que de manera deliberada redujeron la tasa de nacimientos en los territorios ocupados a través de la esterilización, la castración y el aborto, de la separación de los hombres de las mujeres y de la obstrucción del matrimonio.[76] Sin embargo, el término no se menciona en la sentencia del Tribunal.[77]

No obstante, Lemkin observó luego que la prueba producida en el juicio era suficiente para sostener la configuración del crimen de genocidio, pero que el Tribunal había adoptado una interpretación restrictiva debido a que consideró que los actos cometidos con anterioridad al comienzo de la guerra no eran delitos punibles.[78]

Además, aunque la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado[79] tampoco incluía al crimen de genocidio dentro de la competencia de los tribunales de ocupación, resulta interesante destacar que en el primero de los procesos que llevó a cabo Estados Unidos en la ciudad de Nuremberg, el llamado *Caso de los médicos*, el fiscal Telford Taylor lo mencionó en su alegato de apertura para describir la

74. Acusación de la Fiscalía ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, disponible en https://nurembergtothehague.info/Nuremberg/Indictment%20-%20Int'l%20Military%20Tribunal%20-%20Nuremberg.pdf (último acceso: 20/02/2024). Véase también Schabas (2009²: 43).

75. Alegato de cierre del Fiscal Champetier de Ribes, 29 de julio de 1946, disponible en https://avalon.law.yale.edu/imt/07-29-46.asp (último acceso: 20/02/2024). Véase también Schabas (2009²: 43).

76. Schabas (2009²: 44).

77. No obstante, ha sido observado que la sentencia del Tribunal Militar Internacional hizo referencia al genocidio de forma implícita, en cuanto afirmó que los asesinatos masivos y crueles eran parte de un plan para deshacerse de la población nativa a través de su expulsión y aniquilamiento a fin de que sus territorios puedan ser usados para la colonización por los alemanes. *Cf.* Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Res. A/CN.4/Sub.2, 4 de julio de 1978, párr. 26. El original dice: "the mass murders and cruelties (…) these crimes were part of a plan to get rid of whole native populations by expulsion and annihilation, in order that their territory could be used for colonisation by Germans".

78. Lemkin (1947: 147-148).

79. Véase capítulo 2, apartado 2.2.

persecución sistemática nazi contra diversos grupos. En casos posteriores, como el juicio contra Ulrich Greifelt y otros, conocido como *Caso de RuSAH*, la Fiscalía norteamericana sostuvo que los actos, conducta, planes y actividades llevados a cabo por los acusados fueron realizados como parte de un programa sistemático de genocidio que buscaba destruir grupos nacionales extranjeros y grupos étnicos, a través del exterminio, asesinato y de la eliminación y supresión de características nacionales. En la sentencia, el tribunal se refirió al genocidio como el esquema o plan maestro diseñado por los líderes del régimen Nazi para implementar su política racial y de exterminio de otras naciones.[80] Expresiones similares fueron utilizadas en los casos *Einsatzgruppen* y *Los Ministerios*.[81] Sin embargo, las sentencias casi no mencionan este concepto y las pocas que lo hacen no lo toman como una noción con valor jurídico. La única excepción es el *Caso de los abogados*, en el que, a pesar de que la Fiscalía no lo había incluido en su presentación, el tribunal afirmó que el genocidio es un crimen de magnitud y repercusiones internacionales, se refirió a la recientemente adoptada Resolución AG 96(I) y condenó a dos de los acusados –Lautz y Rothaug– por genocidio en virtud de su participación en el plan gubernamental para exterminar a los polacos y a los judíos.[82]

Lemkin continuó con sus esfuerzos para lograr el reconocimiento internacional del crimen de genocidio en el marco de la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas.[83] Allí, finalmente logró su cometido, aunque su concepto original sufrió muchas modificaciones.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada el 9 de diciembre de 1948 luego de dos años de negociaciones en las que tomaron parte la Secretaría General, el Consejo Económico y Social y el Sexto Comité de la Asamblea General. Entró en vigor el 12 de enero de 1951 una vez que alcanzó los 20 instrumentos de ratificación requeridos por el artículo XIII. Actualmente, la Convención cuenta con 153 Estados parte.[84]

80. Schabas (2009: 50).

81. Heller (2011: 249).

82. Heller (2011: 250). Este caso fue citado por la Sala del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso "Fiscal vs. Rwamakuba" para sostener que la idea de genocidio fue tratada como un crimen de derecho internacional consuetudinario durante la Segunda Guerra Mundial. *Cf.* (Heller 2011: 388). Véase capítulo 4 de este libro.

83. Por ejemplo, envió una nota al Secretario General Tryve Lie en la que afirmaba que la inclusión del término "genocidio" en la acusación fiscal ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg implicaba una proclamación del principio de que un grupo nacional, religioso o racial tenía el derecho a existir como una entidad. *Cf.* Vrdoljak (2009: 1193).

84. UNTS Vol. 78, p. 777. El último Estado en obligarse por el tratado fue el Zambia, el 20 de abril de 2022. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio afirma en su artículo I que se trata de un crimen internacional y en el artículo II lo define como:

> (…) cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
> a) Matanza de miembros del grupo;
> b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
> d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
> e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

A pesar de las críticas recibidas respecto de su alcance, considerado a veces restrictivo, y, en particular, de la decisión de incluir solamente cuatro grupos entre los protegidos y del alejamiento de la propuesta original de Lemkin,[85] desde entonces esta definición se ha mantenido sin cambios. En efecto, los estatutos de los tribunales penales internacionales creados desde comienzos de la década del 90 y el propio Estatuto de Roma, adoptado luego de una negociación internacional en la que participaron todos los Estados de la comunidad internacional, receptaron *verbatim* la definición de 1948.[86] En el mismo sentido, los tribunales internacionales han respetado el alcance estricto de la tipificación.[87]

2.1. Los elementos del crimen de genocidio

A los fines de examinar la definición que hoy existe en el derecho positivo del crimen de genocidio, se seguirá la estructura de análisis del delito utilizada en el derecho penal que distingue entre los elementos objetivos –que abarcan los aspectos externos de la conducta, consecuencias y circunstancias–[88] y subjetivos

85. Van Schaack (1997); Bjørnlund, Markusen y Mennecke (2005); Quigley (2006); Fournet (2007); Feierstein (2015a); Feierstein (2015b); Schabas (2009²); *inter alios*. La naturaleza restrictiva de la definición se relaciona no solamente con la lista de grupos protegidos, sino también con la exclusión del genocidio cultural, noción que aparecía en el trabajo de Lemkin, para incluir solamente el genocidio físico o biológico. *Cf.* Fournet (2007: 43).

86. En la Conferencia de Roma en 1998, solamente Cuba propuso una enmienda a la definición para expandirla e incluir los grupos políticos y sociales. *Cf.* Schabas (2010: 131). Sin embargo, quizás en virtud de la ampliación de las definiciones de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, se entendió que no era necesario modificar la definición del crimen de genocidio. *Cf.* Schabas (2007b: 186).

87. Schabas (2010: 135).

88. Ambos (2005: 391).

–el estado mental del perpetrador– del crimen, lo que, en la teoría angloamericana son designados como el *actus reus* y la *mens rea*, respectivamente,[89] que surgen del artículo II de la Convención contra el Genocidio. Este artículo ha sido considerado como el corazón de la Convención porque la aplicabilidad del resto de las disposiciones depende de la configuración de la definición del crimen allí contenida.[90] Si bien existen estudios interdisciplinarios del genocidio,[91] en este trabajo se lo considera como un concepto jurídico y, en consecuencia, se lo analizará desde esa perspectiva.

La estructura del artículo II está divida en dos partes. En el primer párrafo, muchas veces llamado *chapeau*, se encuentra, por un lado, el elemento subjetivo especial ("la intención de destruir total o parcialmente" a un grupo determinado como tal) y, por el otro, la enumeración de cuáles son esos grupos protegidos por la Convención (grupo nacional, étnico, racial o religioso). En el segundo párrafo se encuentran los actos individuales que pueden constituir genocidio, es decir, las conductas que pueden ser consideradas como actos genocidas. Si bien las enumeraciones de los grupos protegidos y de los actos genocidas son consideradas taxativas,[92] se han propuesto diversas interpretaciones que podrían ser leídas como una extensión de la definición más allá de sus contornos originales. El lenguaje utilizado en la tipificación del genocidio, como cualquier definición jurídica, se encuentra sujeto a interpretación y, como se desarrollará, aún existen discusiones respecto del alcance de sus términos.[93]

2.1.a Los elementos objetivos o el actus reus

Dentro de los elementos objetivos del crimen de genocidio se encuentran los grupos protegidos por la definición y los actos individuales mencionados en el segundo párrafo.[94] Con relación al primer elemento, el párrafo inicial del artículo II menciona dentro de los grupos protegidos a los grupos nacionales, raciales, étnicos y religiosos.[95]

89. Schabas (2009²: 179); Cassese y Gaeta (2013: 38-39); Mir Puig (2015: 229). Se hace mención a la teoría angloamericana porque es la que más frecuentemente ha sido utilizada por los tribunales internacionales.

90. Jessberger (2009: 88).

91. Véase, entre muchos otros, Feierstein (2005); Feierstein (2007), Feierstein (2020); Waller (2007); Bloxham & Moses (2010); Chalk & Jonassohn (2010).

92. Jessberger (2009: 89).

93. Schabas (2010: 123).

94. Por ejemplo, la discusión respecto de la exigencia de un plan o política como elemento contextual será examinada en profundidad en el capítulo 6, apartado 2 de este libro.

95. Excede el ámbito de esta investigación el análisis del significado y alcance de cada uno de esos grupos. Al respecto, véase Schabas (2009²: 134 y ss.).

Desde sus orígenes, el genocidio fue concebido como una conducta criminal que buscaba atacar la existencia de un grupo como tal, alejándose de la concepción más tradicional del derecho penal que suele castigar conductas que afectan a personas individuales. En efecto, en su libro, Lemkin había propuesto un crimen "cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos".[96]

Durante las negociaciones en el seno del Consejo Económico y Social se había incluido en dicha enumeración a los grupos políticos.[97] Cuando el proyecto pasó al Sexto Comité de la Asamblea General, en una primera instancia de votación se resolvió mantenerlos y sumar a los grupos étnicos,[98] pero luego, por decisión del presidente, a instancias de una propuesta de las delegaciones de Irán, Egipto y Uruguay, se examinó nuevamente la cuestión y, finalmente, por 22 votos contra 6 y 12 abstenciones, se decidió la eliminación de los grupos políticos, por considerar que ello podría resultar un obstáculo para que los Estados ratificaran la Convención.[99]

La práctica y la doctrina dan cuenta de la complejidad de intentar definir *a priori* de manera concluyente el significado de cada uno de ellos, ya que, muchas veces, ello depende del contexto de su aplicación.[100] Como se explicará en el capítulo 6, el alcance de esta lista fue objeto de interpretación por parte del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, "TPIR") en el caso *Akayesu*. Allí, la Sala de Juicio I se refirió a los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio para afirmar que dicho tratado busca proteger grupos estables o permanentes, cuya pertenencia está determinada por el nacimiento, excluyendo así los grupos "más móviles", a los que se pertenece de forma voluntaria.[101]

Otra de las discusiones vinculadas a los grupos protegidos versa sobre quién determina si una persona pertenece o no a alguno de ellos. Al respecto, se han propuesto dos posiciones: una objetiva, que establece los criterios generales para determinar la pertenencia, y una subjetiva, que hace recaer esa facultad en

96. Lemkin (1944 [2009]: 153).

97. UN Doc. E/AC.25/SR.13, 29 de abril de 1948.

98. UN Doc. A/C.6/SR.75, 15 de octubre de 1948.

99. UN Doc. A/C.6/SR.128, 29 de noviembre de 1948. Para más información sobre la inclusión de grupos protegidos durante la negociación, véase Schabas (2009²: 117 y ss.). Véase también el Informe "Whitaker" en el que afirmó que "la falta de claridad acerca de cuáles son los grupos protegidos y cuáles no lo son ha hecho que la Convención sea menos eficaz y menos comprendida popularmente que lo que debería haber sido" y analizó también la ausencia de los grupos políticos. *Cf.* Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 30 y párrs. 34-37.

100. Schabas (2009²: 124).

101. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 511. La Sala de Juicio en el caso *Musema* llegó a la misma conclusión, *cf.* "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 162. La Sala de Juicio en el caso *Rutaganda* adoptó la misma posición, *cf.* "Fiscal vs. George Rutaganda", *Judgment*, 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T, párr. 374.

el perpetrador o en la víctima. En los primeros casos de los tribunales *ad hoc* se intentó establecer criterios objetivos para la identificación de los grupos. Por ejemplo, la Sala de Juicio del TIPR en el caso *Akayesu* enumeró ciertos indicadores objetivos que demostraban una identidad distintiva, como documentos en donde figuraba la pertenencia étnica de las víctimas.[102] Sin embargo, la práctica jurisprudencial demuestra la dificultad para determinar criterios objetivos. Una Sala de Juicio del TPIY consideró que intentar definir un grupo nacional étnico o racial utilizando criterios objetivos y científicos puede ser un ejercicio riesgoso cuyo resultado no se corresponde necesariamente con la percepción de las personas concernidas. En ese sentido, agregó que es precisamente la estigmatización de un grupo lo que permite constituirlo en un blanco a los ojos del perpetrador. Esa estigmatización podía ser positiva o negativa, excluyendo a ciertas personas del grupo al que pertenecen los perpetradores.[103] Al respecto, cabe señalar que la Corte Internacional de Justicia ha rechazado la definición negativa, pues entendió que de los trabajos preparatorios surgía el requerimiento de una identificación positiva del grupo atacado.[104]

En consecuencia, en general, ha prevalecido una combinación de ambas o, en ciertas oportunidades, directamente la perspectiva subjetiva,[105] obteniendo mayor consenso aquella que sostiene que la determinación la realiza el perpetrador al cometer el crimen,[106] pues se vincula con el elemento de intencionalidad especial requerido.[107] No obstante, es posible encontrar sentencias en las cuales se otorgó peso a la autopercepción de las víctimas, como en el caso *Akayesu*, en el que la Sala de Juicio observó que los testigos que habían comparecido ante el tribunal se identificaban a sí mismos como un grupo étnico.[108] En el caso *Kayishema y Ruzindana*, la Sala de Juicio adoptó una postura subjetiva mixta, teniendo en cuenta, tanto la autopercepción de la víctima como la identificación del perpetrador, al afirmar que un grupo étnico es aquel que se distingue a sí mismo o que es identificado como tal por otros, incluyendo al perpetrador de los crímenes.[109] Por otro lado, como se ha observado que la postura subjetiva presenta el riesgo

102. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*"*, *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 170. Ello ha sido criticado por entender que la Sala de Juicio adoptó la distinción artificial impuesta por la administración colonial. *Cf.* Martin (2009: 123).

103. TPYI, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10-T, párrs. 70-71.

104. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio 2007*, párr. 194.

105. Schabas (2010: 134).

106. Schabas (2010: 133).

107. Schabas (2009[2]: 127).

108. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*"*, *Judgment*, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 171.

109. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kashishema y Obed Ruzindana*"*, *Judgment,* 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 98.

de que el grupo identificado por el perpetrador no tenga una existencia objetiva real,[110] se ha sugerido adoptar una combinación de criterios objetivos y subjetivos, sea desde la perspectiva del perpetrador como de la víctima, según sea el caso.[111]

Con respecto al otro elemento objetivo, el segundo párrafo del Artículo II de la Convención contra el Genocidio enumera de forma exhaustiva los actos genocidas, también llamados delitos subyacentes ("underlying offences")[112] en el contexto los tribunales penales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional.

Algunos de los actos allí mencionados requieren la producción de un resultado, como la matanza, la lesión grave a la integridad física o mental y el traslado por la fuerza de niños de un grupo al otro. Por supuesto, en caso de no producirse ese resultado, se podría considerar la configuración de una tentativa de comisión del genocidio, siempre y cuando se configure el elemento subjetivo. Otros actos, como el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial o la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, si bien no exigen un resultado, sí requieren una intención especial adicional, como la del sometimiento o el hecho de que las medidas estén destinadas a impedir nacimientos.[113]

La matanza de miembros de un grupo es quizás la conducta que, por lo general, se relaciona con el crimen de genocidio, y que suele equipararse a una situación de asesinatos en masa o masacres.[114] La traducción al español (matanza) no deja dudas respecto de que debe tratarse de muertes intencionales y de que casos de homicidios culposos o negligentes quedan, claramente, fuera de la definición.[115]

La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo implica daños graves a la salud. La gravedad entraña algo más que una afectación temporal[116] y debe tratarse de un obstáculo para que la persona pueda llevar adelante una vida normal y constructiva, lo que debe ser analizado caso por caso.[117] Los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional consignan que esta conducta "puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o

110. Schabas (2009²: 128).

111. Schabas (2009²: 128). Asimismo, se ha rechazado el llamado "autogenocidio" según el cual las víctimas pertenecerían al mismo grupo que el perpetrador. *Cf.* Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 31.

112. Cassese y Gaeta (2013³: 37).

113. Schabas (2009²: 177). Cabe señalar que de la versión en inglés surgen con mayor claridad los elementos subjetivos: "c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part" y "d) imposing measures intended to prevent births within the group".

114. Jessberger (2009: 88).

115. Sin embargo, la versión en inglés dice "*killing*", lo que podría llegar a ser interpretado como muertes no intencionales, lo que, por supuesto, ha sido descartado. *Cf.* Quigley (2006: 94); Jessberger (2009: 96).

116. Jessberger (2009: 98).

117. Jessberger (2009: 99).

tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos".[118] En la misma línea, la jurisprudencia internacional ha entendido que la violencia sexual –que no está mencionada en la definición del crimen– también puede ser encuadrada en este inciso.[119]

El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial cubre una variedad de conductas que no necesariamente implican la muerte inmediata de sus miembros, como los trabajos forzados, la privación de recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o medicamentos o una higiene adecuada.[120] La deportación o traslado forzoso en sí mismos no entrañan necesariamente un acto de genocidio,[121] pero, en ciertas circunstancias, podrían llegar a encuadrarse dentro de la Convención de 1948. Este inciso contiene un requisito subjetivo adicional ("intencional"), pero no surge la exigencia de una planificación previa.[122]

La imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo ataca directamente la existencia biológica del grupo a través de su capacidad para reproducirse. Entre las conductas relevantes para este inciso, pueden mencionarse la esterilización forzada, medidas anticonceptivas forzosas, la prohibición de matrimonios y la segregación de los sexos.[123] Asimismo, ha sido observado que en ciertas sociedades patriarcales, en las que la pertenencia a un grupo es transferida exclusivamente por el padre, los casos de violación y embarazo forzado pueden ser considerados como actos genocidas, pues los/as niños/as nacidos/as de esos crímenes no serán considerados/as como miembros del grupo de sus madres.[124]

En último lugar, el traslado por fuerza de niños/as del grupo a otro grupo como acto genocida genera ciertas dudas respecto de encuadre como genocidio físico o biológico, pues no ataca la existencia física y puede impactar en la transmisión de la lengua o de las tradiciones grupales.[125] Sin embargo, el genocidio cultural, que se encontraba previsto en el artículo III del borrador preparado por

118. Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, artículo 6.b, nota al pie 3, ICC-ASP/1/3 (part II-B).

119. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 731. Allí se sostuvo por primera vez que los efectos psicológicos destructivos que tienen los crímenes de violencia sexual son equiparables a las lesiones físicas.

120. Se ha calificado estas medidas como de "muerte lenta". *Cf.* Jessberger (2009: 100). Véase también, Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, artículo 6.c, nota al pie 4.

121. Jessberger (2009: 101). De hecho, la deportación o traslado forzoso es uno de los delitos subyacentes del crimen de lesa humanidad. *Cf.* Estatuto de Roma, artículo 7.1.d.

122. Jessberger (2009: 101). La versión en inglés dice "*deliberately*", mientras que la traducción al francés dice "*intentionnelle*".

123. Jessberger (2009: 102).

124. von Joeden-Forgey (2010: 71).

125. Jessberger (2009: 89 y 103).

el Comité *Ad Hoc* del ECOSOC,[126] fue finalmente rechazado en el Sexto Comité de la Asamblea General por 25 votos a favor, 16 en contra, 4 abstenciones y 13 delegaciones ausentes.[127]

El traslado debe ser forzoso, lo que implica, no solamente actos físicos, sino también "la amenaza de la fuerza o coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción".[128]

De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, debe tratarse de niños o niñas menores de 18 años.[129] Sin embargo, ha sido observado que las posibilidades de la pérdida o impacto en la cultura del grupo de origen en los/as niños/as trasladados/as forzosamente son mayores cuando más pequeños/as sean los/as niños/as.[130]

Cabe señalar que una de las cuestiones que han surgido de la aplicación jurisprudencial del crimen de genocidio es su distinción respecto del concepto de "limpieza étnica", que se utilizó en el marco del conflicto en la ex Yugoslavia.[131] Si bien ambos conceptos se relacionan con la violencia ejercida contra grupos, la limpieza étnica busca la remoción por la fuerza de un grupo de un territorio, mientras que el crimen de genocidio busca su destrucción. Asimismo, cabe señalar que la limpieza étnica no ha sido tipificada como un crimen en sí misma. De todas maneras, el hecho de la comisión de genocidio no depende de la destrucción del grupo, sino, como se verá, de la intención de que ello ocurra de manera parcial o total y de que la conducta pueda ser encuadrada en alguno de los actos mencionados en el artículo II. Por lo tanto, en ciertas circunstancias, será posible calificar una situación de limpieza étnica como genocidio.[132]

Finalmente, cabe mencionar que, si bien el artículo III incluye una lista de "actos", su significado es diferente de aquel utilizado en el artículo II, pues,

126. UN Doc. E/AC.25/SR.5.

127. UN Doc. A/C.6/SR.83, 25 de octubre de 1948. Sin embargo, la cuestión del genocidio cultural continúa siendo discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 417-421; *Cf.* Fournet (2007:44); Akhavan (2016); Odello (2020). Véase también Informe "Whitaker", Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párrs. 32-33 y Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Res. A/CN.4/Sub.2, 4 de julio de 1978, párrs. 441-461.

128. Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, artículo 6.e), nota al pie 5.

129. Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, artículo 6.e).

130. Schabas (2009[2]: 203).

131. Quigley (2006: 191); Jessberger (2009: 103).

132. Jessberger (2009: 104); Vajda (2015). Como ejemplo, cabe recordar que la Asamblea General consideró que la limpieza étnica constituía una forma de genocidio. *Cf.* Asamblea General, Res. A/47/121, del 7 de abril de 1993.

en realidad, este prevé diferentes modos de responsabilidad e infracciones imperfectas, como la conspiración y la instigación directa y pública a cometer genocidio, que serán analizadas en el capítulo 7 de este libro. Estas infracciones han sido incluidas con el fin de expandir el alcance del crimen, pues permiten criminalizar más actos vinculados a este, lo que respondería a la naturaleza única del genocidio.[133]

2.1.b. Los elementos subjetivos o la mens rea. El dolo especial

El elemento subjetivo es el factor que distingue al genocidio de otros crímenes internacionales. Se trata de un elemento que va más allá del dolo general que se exige en la comisión de todos los crímenes: conocimiento y voluntad respecto de los elementos objetivos o materiales del crimen,[134] lo que incluye la pertenencia de las víctimas a uno de los grupos protegidos por la Convención y los actos genocidas descritos en apartado anterior. Se lo ha definido como un crimen "despersonalizador", en el que la víctima no es atacada en razón de sus cualidades individuales, sino en razón de su pertenencia a alguno de los grupos protegidos.[135]

El crimen de genocidio requiere un dolo especial[136] o una intención específica.[137] En palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, para que se configure el crimen deben identificarse dos elementos subjetivos: uno de carácter general, consistente en los requisitos de intención y conocimiento y otro adicional, denominado dolo especial o propósito específico, conforme el cual los actos de genocidio deben ser llevados a cabo con "la intención de destruir total o parcialmente al grupo atacado".[138] Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de intención genuina en el sentido de que el perpetrador debe considerar que, a través de sus actos, conseguirá la destrucción parcial o total del grupo.[139] Asimismo, al requerir que la intención sea la de destruir al grupo "como tal", la Convención busca dejar en claro que la víctima del crimen es elegida por su pertenencia al grupo atacado.

A los fines de la definición, no resulta necesario que el perpetrador logre su cometido de destruir total o parcialmente a un grupo, porque el factor que

133. Ohlin (2009b: 207); Schabas (2009^2: 308).

134. Pigaroff y Robinson (2016: 1114). Véase capítulo 2, apartado 3.1.

135. Cassese y Gaeta (2013^3: 118).

136. Ambos (2005: 416).

137. Schabas (2009^2: 270).

138. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decison on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 139.

139. Cassese y Gaeta (2013^3: 119).

debe tenerse en cuenta es el de la intención de hacerlo.[140] Este requisito no debe confundirse con la magnitud de la participación de cada individuo, ya que no es posible que una sola persona acusada como autor principal sea responsable de destruir total o parcialmente un grupo como tal.[141]

Además, de la letra del artículo II no surge la condición de que se intente una eliminación total, sino que basta con que sea parcial. Como de los trabajos preparatorios de la Convención no se revela con claridad el significado de "parcialmente",[142] se han propuesto diversas interpretaciones para determinar qué contenido otorgarle a dicho término. Por ejemplo, la Sala de Apelaciones del TPIY ha sostenido que debe tratarse de una parte sustancial del grupo.[143] Una posición similar ha sido adoptada por la Corte Internacional de Justicia.[144] Para ello, debería tomarse en cuenta el tamaño numérico de la parte del grupo atacada, lo que no podría ser evaluado en términos absolutos.[145] Asimismo, se ha sugerido una postura que toma en cuenta criterios cualitativos, que analiza la cuestión en relación con el daño irreparable a las chances del grupo de sobrevivir que podría causar la destrucción de una parcialidad, como el estrato social, político o económico.[146] Esto se vincula más con la noción de una parte "significativa" del grupo y no tanto con una parte "sustancial", que tendría vínculo con el aspecto cuantitativo.[147]

2.2. La definición del genocidio y el Estado

De este breve desarrollo, surge que la definición del artículo II de la Convención contra el Genocidio no contiene ningún elemento que se relacione expresamente con las acciones del Estado ni menciona explícitamente un contexto colectivo. El artículo sigue un patrón similar a las tipificaciones domésticas de los delitos, desde una perspectiva individual, aunque sin fijar la sanción corres-

140. Jessberger (2009: 107); Schabas (2009²: 277). Véase también TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, No IT-98-33-T, párr. 584.

141. Schabas (2009²: 280).

142. Schabas (2009²: 276).

143. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 8.

144. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 198.

145. En un sentido similar, el Informe "Whitaker" afirmó que, a fin de "que la gravedad del concepto de genocidio no se devalúe ni diluya por la inflación de casos que se derivaría de una interpretación demasiado amplia", se sugería considerar tanto la escala proporcional como del número total de víctimas del grupo. *Cf.* Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 29.

146. Schabas (2009²: 281).

147. *Cf.* Mettraux (2019: 185).

pondiente, algo que la Convención dejó en cabeza de las legislaciones nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo V. Esto ha generado algunos problemas al momento de analizar la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen de genocidio, ya que, como ha sido señalado, la Corte Internacional de Justicia ha debido utilizar un esquema más propio del derecho penal para determinar la responsabilidad internacional del Estado por genocidio. Esto ha creado confusión respecto de los elementos del crimen en el marco de uno y otro régimen de responsabilidad.

En este contexto, y como será desarrollado en el capítulo 3, algunos/as autores/as señalaron que, en realidad, la definición convencional solamente genera responsabilidad penal individual, y que la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio surgiría de una definición consuetudinaria.[148]

Si verdaderamente existen dos definiciones distintas del crimen de genocidio que emanan de dos fuentes diferentes, entonces sería posible pensar que los elementos objetivos y subjetivos en uno y otro caso podrían ser distintos.[149] Así, es posible preguntarse, por ejemplo, si el elemento subjetivo especial requerido en el artículo II de la Convención se aplica de modo similar para determinar ambas responsabilidades o si, en el caso de la responsabilidad del Estado, al tratarse de un estado mental, deberá reemplazarse o complementarse con otro elemento. Sin embargo, como se verá en el capítulo 3, la Corte Internacional de Justicia entendió que la comisión del genocidio tal como está definido en el artículo II podía generar tanto responsabilidad internacional del individuo como del Estado. En consecuencia, ello será objeto de análisis en esta investigación, pues la posición que se tome al respecto tendrá un impacto en la relación entre los regímenes de responsabilidad estatal y del individuo y en las decisiones jurisprudenciales que los apliquen.

3. Justificación del tema y originalidad del planteo

Esta investigación busca describir la relación entre la responsabilidad penal individual y la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional por el crimen de genocidio a través del examen de las sentencias emanadas de los tribunales internacionales, en particular, del TPIY, del TPIR, de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (en adelante, "SEEC"), de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de Justicia y de los informes de órganos de investigación como la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur y la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre

148. Cassese (2009b: 537); Shany (2009: 25); Cassese y Gaeta (2013³: 112-113).
149. Cassese y Gaeta (2013³: 113).

Myanmar. En este sentido, la relevancia de esta investigación reside en el aporte de datos ciertos acerca del contenido de las sentencias e informes para luego analizar cuál es la relación que existe entre estas fuentes en términos normativos y jurisdiccionales y proponer un marco interpretativo de esos vínculos a la luz de la noción de *fragmentación secundaria*. Con ese fin, se examinará si efectivamente es la misma conducta la que entraña una dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio y de qué manera han impactado en la relación entre ambas responsabilidades, para reflexionar acerca de la necesidad de replantear la regulación diferenciada existente en la actualidad a la luz del concepto propuesto de fragmentación secundaria. Como se adelantó en los apartados anteriores y se detallará en el punto siguiente al presentar los antecedentes doctrinarios, se trata de una investigación original, en la medida en que no se registran estudios previos (salvo trabajos muy concretos referidos a planteos parcializados) que se ocupen de modo exhaustivo de proponer un examen como el propuesto.

4. Marco teórico y estado del arte

Las nociones de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y de responsabilidad penal internacional del individuo por crímenes internacionales han sido generalmente examinadas por la doctrina especializada de forma separada o compartimentada, lo que responde directamente al modo en que ambos regímenes se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico internacional.

En este sentido, cabe observar que habitualmente se ha señalado (Díez de Velasco [1983], Pastor Ridruejo, [1994], Remiro Brotóns *et al.,* [1997: 739], Barboza, (2008[2] [1999]: 391), Klabbers [2013: 124], González Napolitano [2015: 303] y Dupuy y Kerbrat [2016: 504]) que las reglas relativas a la responsabilidad internacional del Estado –codificadas en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas Res. A/56/83– son reglas de naturaleza secundaria, es decir, aquellas que surgen cuando se viola una obligación internacional receptada en las llamadas normas primarias. Por su lado, la evolución de las reglas aplicables a la responsabilidad del individuo ha tenido lugar de forma paralela al desarrollo del propio derecho internacional penal como rama del derecho internacional, entendido como el cuerpo de normas de fuentes internacional cuyo objeto es el de tipificar conductas imputables a individuos, atribuyéndoles el carácter de delitos o de crímenes (Gutierrez Posse [2006: 14]). Por ello, dichas reglas –que serían normas secundarias– se han desarrollado juntamente con las normas primarias (en este caso, la definición de los crímenes internacionales)

y también junto con la creación de los tribunales penales internacionales y la adopción de sus estatutos.

Otro elemento que ha contribuido a generar regímenes diferentes es la incertidumbre respecto de la posibilidad de atribuir responsabilidad a los individuos por la violación de normas receptadas en la fuente consuetudinaria, debido a los cuestionamientos que ello ha generado a la luz del principio de legalidad (*inter alios*, Gattini en Nollkaemper & Plakokefalos [2014: 54], van den Herik [2014: 13]). Para el derecho internacional general, las normas consuetudinarias son fuente formal, un modo válido de crear derecho, al igual que los tratados y los principios generales de derecho (Díez de Velasco [1983], Pastor Ridruejo [1994] y Remiro Brotóns *et al.* [1997: 501], Barboza (2008[2] [1999]: 91), Klabbers [2013: 26], González Napolitano [2015: 91] Dupuy & Kerbrat [2016: 358], entre muchos otros), lo que, desde una perspectiva de derecho penal, puede generar problemas relacionados con el hecho de que se trata de normas que no están escritas y cuyo contenido no puede ser identificado *a priori* con certeza (Montiel [2012]).

En materia de responsabilidad internacional del Estado, si bien –como ya fuera indicado– todos los manuales o tratados de derecho internacional público incluyen un capítulo dedicado a la cuestión, uno de los trabajos especializados más importantes es el Comentario a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos realizado por James Crawford, quien fuera el último Relator Especial en la materia de la Comisión de Derecho Internacional (Crawford [2002]). También con relación a la responsabilidad del Estado podemos mencionar el clásico trabajo de Brownlie [1983], publicado aun antes de la adopción de la Res. A/56/83 (mientras la Comisión de Derecho Internacional se encontraba trabajando la cuestión), o Ragazzi [2005] y Pellet & Olleson [2010], quienes incluyen trabajos de diversos autores sobre cuestiones actuales de la responsabilidad internacional de los Estados. Con excepción de algunos trabajos incluidos en el libro editado por Ragazzi, que serán mencionados expresamente *infra*, todas las obras mencionadas analizan la cuestión de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de forma independiente de la responsabilidad penal internacional del individuo y no se dedican a explorar su interdependencia.

Asimismo, existen textos que versan sobre la existencia de los "crímenes internacionales" del Estado, inspirados en la propuesta de Roberto Ago –quien fuera Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional desde 1963 a 1978– de distinguir entre crímenes y delitos internacionales en materia de responsabilidad estatal (ver *infra*), incluso luego de su rechazo por la Comisión de Derecho Internacional en el proyecto final en 2001. Al respecto, pueden mencionarse en particular a Weiler, Cassese & Spinedi [1989] –que ofrece un exhaustivo análisis del borrador del artículo 19 propuesto por Ago–, Pellet [1999], Jørgensen [2000], Cançado Trindade [2005], Rao [2005] y Luban [2011]. Por

otro lado, como resultado de los casos de la Convención sobre el Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia, puede identificarse un crecimiento del número de trabajos relacionados con la responsabilidad de Estado por el crimen de genocidio: pueden mencionarse, *inter alia*, Gaja [1999], Milanovic [2006 y 2007], Cassese [2007], Gaeta [2007], Gibney [2007], Groome [2007], Kress [2007], Clark [2008], Asunción [2009], Halldórsdottir Birkland [2009], Mohamed [2009], Schmitt [2009] y Trapp [2015].

Con relación a la responsabilidad penal internacional de los individuos, es preciso citar a Greppi [1999], Bantekas [2002], Militello [2007], Werle [2007], Ambos [2008] y [2013], Pérez-León Acevedo [2008], O'Shea [2009], van der Wilt [2009], Kemp [2010], Olásolo Alonso [2013] y De Hemptinne, Roth y vans Sliedregt [2019] *inter alia*, quienes trabajan exclusivamente sobre las formas de atribución de responsabilidad, como autoría, participación y la llamada responsabilidad del superior. Sin embargo, en este punto, cabe aclarar que –contrariamente al caso de la responsabilidad internacional del Estado– la Comisión de Derecho Internacional trabajó sobre una cuestión más amplia, que abarca la regulación integral del derecho internacional penal; ello incluye no solo los modos de atribución de responsabilidad sino también, como fuera mencionado, la definición de los crímenes[150] y la jurisdicción de un tribunal penal internacional permanente.[151] En consonancia, existen diversos estudios que trabajan sobre cuestiones generales del derecho internacional penal, como los manuales o tratados de Ascensio, Decaux y Pellet [2000], Kittichaisaree [2001], Ambos [2002 y 2005], Delmas-Marty, Fronza & Lambert-Abdelgawad [2004], Gutierrez Posse [2006], Fierro [2007], Cassese [2008 y 2009a], Sadat & Scharf [2008], David [2009], Cassese, Acquaviva, Fan & Whiting [2011], van den Herik y Stahn [2012] y Amati, Costi *et al.* [2016], entre otros, que incluyen capítulos sobre la responsabilidad penal internacional de los individuos y otros textos que versan sobre distintas cuestiones relativas al derecho internacional penal, como Chehtman [2015] y [2020] y Orihuela Calatayud [2016].

En este contexto, y como fuera explicado, surge de la literatura existente que tradicionalmente la relación entre los individuos y el Estado en materia de responsabilidad internacional se analizaba a través de las reglas de atribución de responsabilidad del Estado, según las cuales el principio es que los actos de individuos se atribuirán al Estado cuando estos actúen como sus órganos (artículo 4,

150. A/51/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo en su sesión 48°, 6 de mayo al 26 de julio de 1996 sobre el Borrador de un Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]).*

151. A/49/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo en su sesión 46° -2 de mayo al 22 de julio de 1994 sobre el Borrador de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y el establecimiento de un tribunal penal internacional permanente, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2]).*

Res. A/56/83). Ello respondía a la noción tradicional del derecho internacional que solamente reconocía como sus sujetos a los Estados. Además, se prevén casos especiales en los que, de forma excepcional, se atribuirán a un Estado los actos de actores privados cuando estos hubieran actuado de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado (artículo 8, Res. A/56/83), ejerzan de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones (artículo 9, Res. A/56/83), cuando un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado (artículo 10, Res. A/56/83) y en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio (artículo 11, Res. A/56/83).

Asimismo, si bien tanto en los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos como en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional se reconoce la existencia de los dos regímenes de responsabilidad, no se desarrolla la naturaleza de su relación. No obstante ello, es posible identificar algunos estudios sobre la dualidad de responsabilidades, aunque en su mayoría se trata de contribuciones breves –como los de Dupuy [2002], Day [2004], Gross Espiell [2005], Bianchi [2009], Sikkink [2009], Simpson [2009] y Darcy [2014], entre otros– que versan sobre alguna cuestión puntual y, en general, se encuentran relacionadas con los casos sobre la Convención contra el Genocidio que se dirimieron ante la Corte Internacional de Justicia, como ocurre por ejemplo con Spinedi [2002], Raimondo [2005], Kress [2007], Degan [2008], Goldstone y Hamilton [2008], Asunción [2009], Keith [2010], Vashakmadze [2012], Webb [2012] y Dupuy [2016].

El artículo de Nollkaemper de 2003, "Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law", puede ser considerado como uno de los trabajos seminales, aunque relativamente breve, sobre la relación entre la responsabilidad internacional del Estado y aquella del individuo. En dicho trabajo se observa que, si bien existe doctrina sobre el tema de los "crímenes del Estado", no se había prestado demasiada atención a la influencia de la responsabilidad individual sobre la responsabilidad de aquel. Nollkaemper señala que la responsabilidad del Estado tiene una doble función: reparatoria y sistémica. La segunda, según el autor, se relaciona directamente con el régimen de responsabilidad agravada de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos en casos de violación de normas imperativas y, por lo tanto, con los crímenes internacionales como el genocidio. En estos casos, se busca no solamente reparar el daño, sino también tratar las causas sistémicas que permitieron la ocurrencia de tales hechos. Así, sostiene que las consecuencias de este régimen suplementan la responsabilidad individual.

Este trabajo puede ser complementado por la obra colectiva editada por el mismo Nollkaemper, junto con Van der Wilt, Dolman y Kleffner, *System Criminality in International Law* [2009], que justamente analiza el concepto de

criminalidad sistémica[152] bajo la cual se procura examinar la responsabilidad de los individuos por crímenes internacionales en el contexto general en que fueron cometidos, tomando particularmente en cuenta el rol de entidades colectivas como los Estados. La obra parte de la preocupación respecto de la falta de conexión entre el rol dominante de las entidades colectivas en los crímenes internacionales y la tendencia actual de focalizarse en la responsabilidad del individuo. Los editores definen la criminalidad sistémica como aquellas situaciones en las que entidades colectivas ordenan o alientan la comisión de crímenes o permiten o toleran dicha comisión (2009: vii). El libro cuestiona el dogma planteado por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y la consecuente naturaleza individualista del derecho internacional penal, considerando que ello solo aporta una respuesta parcial al fenómeno de los crímenes internacionales, su prevención, la lucha contra la impunidad y las reparaciones para las víctimas. La obra hace frente a algunas de las objeciones que la literatura jurídica y de otras disciplinas han planteado respecto de la responsabilidad o culpa colectiva, afirmando que el desafío más grande es justamente combinar ambos enfoques (la criminalidad sistémica y la responsabilidad individual) con el fin de desarrollar un marco analítico en el que las desventajas del primero sean compensadas por las ventajas del segundo y viceversa (2009: 344).

En esa línea, también encontramos el trabajo de Mégret, "Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international" [2013], quien más recientemente examinó la relación entre ambos tipos de responsabilidad, pero desde un punto de vista eminentemente filosófico. En efecto, al ocuparse de los fundamentos, naturaleza y límites éticos de la construcción de la noción de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional, observó que la búsqueda por poner en el centro del ordenamiento jurídico internacional a la persona humana tuvo como resultado un enfoque excesivamente individualista de la justicia penal internacional, que tornó invisible el aspecto colectivo de los crímenes internacionales, limitando su narrativa a acciones individuales y reduciendo la complejidad y escala de tales fenómenos. Sin embargo, este autor también ofrece ciertas reflexiones relacionadas con las limitaciones judiciales de dicha responsabilidad –aunque breves– que se vinculan más directamente con la presente investigación. Por ejemplo, señala que este individualismo de la justicia penal internacional colisiona con el hecho de que es prácticamente imposible establecer responsabilidad por crímenes internacionales sin pronunciarse simultáneamente acerca de una responsabilidad estatal o cuasi estatal (2013: 122), estableciendo un vínculo claro entre ambas responsabilidades. Finalmente, señala también que mantener el foco en el aspecto individual de la responsabilidad

152. Se trata de una traducción propia de la frase "*system criminality*". Podría traducirse también como "criminalidad institucional" o "criminalidad institucionalizada". Al respecto, agradezco las sugerencias de la traductora pública Rita Tineo.

también podría impactar en los procesos de justicia transicional (2013: 126) y de reparaciones (2013: 129).

Los estudios de Bonafè, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes* [2009] y de Weatherall, *Duality of Responsibility in International Law* [2022], son quizás los trabajos que mayores puntos de contacto tienen con la presente investigación.

La obra de Bonafè ofrece un marco general de análisis de la relación entre la responsabilidad del Estado y del individuo por crímenes internacionales, identificando los vínculos que existen entre ambos regímenes. El punto de partida es, precisamente, la inexistencia de una teoría general sobre esta relación. Este estudio afirma que, para sostener la responsabilidad dual, deben darse, por lo menos, dos condiciones: 1) una superposición entre los elementos materiales u objetivos de las violaciones y 2) una superposición entre los elementos subjetivos, es decir, la conducta prohibida debe ser atribuida tanto a un Estado como a un individuo (2009: 25). Su búsqueda de una teoría general se basa, precisamente, en el análisis de dichas condiciones. La autora sostiene que, si bien se trata de dos regímenes separados, existe una relación de complementariedad entre el régimen de responsabilidad penal internacional del individuo y el régimen de responsabilidad agravada (que nace con la violación grave de normas imperativas de derecho internacional general) del Estado. La teoría propuesta afirma, entonces, que ambas responsabilidades nacen de las mismas normas primarias, pero están reguladas por diferentes normas secundarias. El trabajo descripto está estructurado sobre la base de los elementos de ambos regímenes (elementos materiales, subjetivos, modos de atribución de responsabilidad y defensas), pero algunos de los capítulos –por su contenido– se relacionan en mayor medida con la responsabilidad de los individuos (por ejemplo, el capítulo sobre el elemento subjetivo). Por otro lado, la obra no analiza de forma exhaustiva las cuestiones procesales que surgen de la relación entre ambos regímenes, como por ejemplo el umbral de prueba exigido o la utilización de decisiones adoptadas por una jurisdicción internacional con competencia personal sobre uno de los sujetos por jurisdicciones con competencia respecto del otro. En este sentido, la presente investigación se diferencia y complementa dicho estudio al llevar a cabo un examen de las cuestiones procesales involucradas por dos razones, ambas relacionadas con el fenómeno de la fragmentación mencionado *supra*: 1) el creciente número de jurisdicciones internacionales existentes y 2) la necesidad de lograr un sistema coherente que evite la existencia de decisiones contradictorias.

El trabajo de Weatherall, recientemente publicado, también busca brindar una teoría general sobre la relación entre ambos regímenes de responsabilidad haciendo hincapié en la distinción de H.L.A. Heart sobre normas primarias y normas secundarias. Este autor identifica dos tipos de relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. Por un lado, una relación de concurrencia que se configura cuando se viola una norma primaria imperativa

que genera responsabilidad para ambos sujetos. Por el otro, una relación de complementariedad, que surge de la violación normas primarias diferentes cuando el Estado incumple su deber de prevenir o castigar la conducta individual criminal (2022: 80-81). En ese marco, analiza los elementos de la responsabilidad (violación y atribución), algunas cuestiones de jurisdicción, sus consecuencias y las defensas e inmunidades que pueden invocarse en uno u otro régimen.

Tanto el trabajo de Bonafè como el de Weatherall versan de forma genérica sobre todos los llamados crímenes internacionales centrales (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión) sin realizar un examen profundo de ellos (aunque en el caso de Bonafè se analiza con mayor detenimiento el crimen de agresión). La presente investigación se concentra en el crimen de genocidio y, a diferencia de las mencionadas obras, ofrece un análisis jurisprudencial detallado que funciona como base para proponer una "fragmentación secundaria", que pretende superar las limitaciones de ambos planteos.

Finalmente, cabe mencionar aquí el texto *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art* [Nollkaemper & Plakokefalos, 2014][153] en el que, si bien se examinan las situaciones en las que más de un actor contribuye a la generación de un resultado dañoso que resulta en su responsabilidad y las dificultades de aplicar la regulación receptada en la Resolución A/56/83, versa principalmente sobre casos en los que está en juego la responsabilidad internacional de los Estados y de las Organizaciones Internacionales. En este sentido, a pesar de que dicha obra puede ofrecer criterios para un marco teórico, no pueden aplicarse directamente a la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo.

Una de las primeras cuestiones que llevó a la doctrina a estudiar posibles puntos de contacto entre la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo fue el desarrollo de la noción de normas imperativas y la mencionada propuesta de Roberto Ago de distinguir entre crímenes y delitos internacionales en materia de responsabilidad estatal. El borrador del artículo 19 del proyecto de Ago establecía que cuando un acto del Estado constituía una violación grave a una obligación internacional esencial para la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional, sería considerado un crimen internacional. Asimismo, daba ejemplos de este tipo de obligaciones, como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, vinculado con la prohibición de agresión, la autodeterminación de los pueblos, relacionada con la prohibición de la dominación colonial por la fuerza, la prohibición de esclavitud, apartheid y genocidio, como instancias de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos y la preservación del medio ambiente, como base de la prohibición

153. Este libro se vincula con un proyecto de investigación acreditado en la Universidad de Ámsterdam entre 2010 y 2015. Véase http://www.sharesproject.nl/ (último acceso: 20/02/2024).

de contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.[154] El régimen de responsabilidad agravada que finalmente aprobó la Comisión presenta un vínculo más evidente con la responsabilidad de los individuos, ya que en ambos casos se trata de violaciones graves de normas imperativas, debidas a la comunidad internacional en su conjunto [Nollkaemper, 2003: 627 y Bonafè, 2009: 23]. Por ello, se considera pertinente a los fines de la presente investigación estudiar el concepto de normas *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*. Al respecto, pueden mencionarse los trabajos de Abi-Saab [1999], Klein [2002], Scobbie [2002], Tams [2002], Kadelbach [2006], Frowein [2009] y Wyler & Castellanos Jankiewicz [2014], entre otros.

Esta investigación también echa mano de trabajos relacionados con el funcionamiento de las jurisdicciones internacionales en general (Amerasinghe [2003], Shany [2003], Higgins [2005], Rosene [2006], Gattini [2007] y Kolb [2009] entre otros), y de las jurisdicciones penales internacionales e internacionalizadas en particular, como por ejemplo, Lee [2001], Broomwal (2003], McGoldrick, Rowe & Donelly [2004], Ambos [2007], Martineau [2007], Raimondo [2008], Triffterer (2008[2] [1998]), Doria, Gasser & Bassiouni [2009], Goldstone y Smith [2009], Stahn & Sluiter [2009], Cárdenas Aravena & Fuentes Torrijo [2012] y Bosco [2014]. Finalmente, cabe señalar que, con relación al concepto de crímenes internacionales, puede hacerse referencia a los manuales y tratados generales sobre derecho internacional penal ya indicados.

Con respecto al crimen de genocidio de forma específica, existen varios trabajos como los de Metz [1997], Maison [1999], Zahar [2001], Arnold [2003], Akhavan [2005 y 2012], Quigley [2006], Scheffer [2006], Fournet [2007], Henham & Behrens [2007], Jørgensen [2007], Schabas [2009[2]], Sloane [2007], Totten [2007], Totten y Bartrop [2008], Ambos [2009], Ohlin [2009], Ambos & Böhn [2010], May [2010], Findlay [2012], Bloxam & Moses [2010], Bou [2013], Cervell Hortal [2013], Behrens [2015] y Vajda [2015], entre muchos otros.[155] Estos trabajos se ocupan de las diversas cuestiones que han surgido al respecto, como por ejemplo las discusiones acerca de los grupos protegidos por la definición, el requisito del dolo especial, las diversas formas de autoría y participación, incluidas la instigación o las interpretaciones que de esta figura han hecho los diversos tribunales.

Sin embargo, cabe mencionar especialmente tres estudios sobre el genocidio que pueden ser considerados como los más comprehensivos y completos desde un punto de vista jurídico.[156] Un análisis general puede encontrarse en *Genocide*

154. A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*.

155. Por supuesto, la obra clásica y seminal es la de propio creador del término "genocidio" *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, *supra* mencionada (Lemkin, 2009 [1944]).

156. Se hace esta aclaración ya que el genocidio ha sido estudiado además desde un punto de vista histórico, filosófico, sociológico y hasta comunicacional que, si bien pueden ser útiles

in International Law. The Crime of Crimes (Schabas [2009²]), mientras que un análisis más específico de la Convención contra el Genocidio puede encontrarse en *The UN Genocide Convention. A commentary* (Gaeta [2009]). Finalmente, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Vol. I & Vol. II (Abtahi & Webb [2008]) ofrece un compilado detallado de los trabajos preparatorios del tratado. Ninguno de ellos se ocupa, sin embargo, de trabajar en profundidad la relación de las responsabilidades estatales e individuales.

Finalmente, esta investigación utiliza como marco de análisis el concepto de fragmentación del derecho internacional, que –como se ha observado– ha sido examinado desde dos perspectivas diferentes: la fragmentación institucional y la fragmentación sustantiva. En 2002, la Comisión de Derecho Internacional comenzó un estudio sobre la temática, culminando con la publicación de un informe en 2006, que se concentró exclusivamente en la fragmentación sustantiva, es decir, en los conflictos normativos que pueden surgir de la relación entre los diferentes marcos especializados y el derecho internacional general.[157] Existen varios trabajos sobre la cuestión que siguen la lógica de los dos aspectos señalados (por ejemplo, Charney [1999], Romano [1999] y [2009], Shany [2003], Rao [2004], Treves [2005], Leathley [2007], Goldstone y Smith [2009], Benvenisti & Downs [2011] y Decaux [2011]). Sin embargo, ninguno de ellos se enfoca expresamente en la cuestión de las normas secundarias, es decir en los regímenes de responsabilidad internacional de los Estados y de los individuos y en las consecuencias que esta separación puede tener respecto del funcionamiento del derecho internacional público general.

En vista del estado de la cuestión consignado, se percibió como necesario un estudio que se propusiera examinar en detalle la relación entre el régimen aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados y aquel aplicable a la responsabilidad internacional de los individuos, y el diálogo (o la falta de él) entre los tribunales que determinan una y otra, a través de inclusión de la categoría de *fragmentación secundaria*, utilizando como caso de estudio el crimen de genocidio.

Este estudio culmina con una propuesta de una matriz de análisis para los casos de dualidad de responsabilidades en un contexto de *fragmentación secundaria*, es decir cuando son aplicables dos regímenes distintos de responsabilidad a los mismos hechos. Esta matriz podrá ser aplicada por las jurisdicciones internacionales en oportunidad de determinar la responsabilidad del Estado o del individuo, según corresponda, por el crimen de genocidio estipulando la forma en que se relacionarían los casos de los diferentes tribunales intervinientes.

---

para esta investigación, el enfoque aquí utilizado es eminentemente jurídico. Al respecto, véase, Chalk & Jonassohn (2010); Feierstein (2005, 2007 y 2015); Sémelin (2013); Shaw (2013); Ternon (1995) y Voth (2014), entre otros.

157. A/CN.4/L.702, "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional", 18 de julio de 2006, p. 5.

5. Objetivos e hipótesis

Los objetivos de la investigación son: (1) identificar los puntos en común de los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la responsabilidad internacional penal de los individuos, con especial atención en el crimen de genocidio; (2) determinar las formas de atribución de responsabilidad internacional al Estado y al individuo por el crimen de genocidio desarrolladas por las jurisdicciones internacionales; (3) identificar posibles problemáticas relacionadas con las cuestiones procesales y cuestiones de fondo en la determinación de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo; (4) reflexionar acerca de la relación existente entre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y la responsabilidad internacional penal de los individuos en materia normativa y la viabilidad de la existencia de dos regímenes separados y (5) proponer y emplear la noción de "fragmentación secundaria", elaborando una matriz con sus elementos constitutivos, para comprender de modo más cabal la interfaz entre ambas responsabilidades.

La idea directriz de este libro plantea que la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito del genocidio se vincula con ciertos elementos propios de la responsabilidad individual derivada del crimen de genocidio y que, si bien se trata de dos regímenes de responsabilidad diferentes, dentro del sistema de derecho internacional público ambos encuentran puntos de contacto a través de los cuales se retroalimentan. Sin embargo, resta explicar de manera cabal en qué consiste dicha vinculación y cuál es el mejor marco conceptual para comprenderla.

Partiendo del hecho de que la aplicación jurisdiccional de regímenes diferentes para la determinación de la responsabilidad de los Estados y de los individuos por la comisión del genocidio crea una división entre la conducta de ambos sujetos, la *hipótesis* del presente trabajo es que esa compartimentación es artificial y se puede superar a partir de la identificación de la matriz de una *fragmentación secundaria*, capaz de explicar la relación entre ambas responsabilidades.

La demostración de esta hipótesis en la investigación tendrá como efecto advertir que la relación de los regímenes de responsabilidad no es una discusión teórica, sino que tiene repercusiones concretas en el funcionamiento de los tribunales internacionales, que permitiría repensar algunos aspectos problemáticos relacionados con la llamada fragmentación del derecho internacional, con respecto a cuestiones tanto sustantivas como procesales, dentro de la categoría de *fragmentación secundaria* a través de una propuesta de una matriz de análisis para los casos de dualidad de responsabilidades.

6. Metodología

En función de la hipótesis planteada y de los objetivos identificados, en primer lugar, esta investigación estudia las normas internacionales sobre atribución de responsabilidad en casos de genocidio y presenta un diseño bibliográfico, pues se ha trabajado con documentos ya elaborados,[158] sea por tribunales internacionales u órganos de investigación (fuente primaria),[159] organismos especializados en la materia o doctrinarios. En este sentido, una primera etapa exploratoria fue dedicada a revisar los motores de búsqueda de los tribunales internacionales pertinentes con el fin de relevar de forma abarcativa las sentencias que se examinarán, es decir, la unidad de análisis. Al mismo tiempo, se buscó obtener el panorama más amplio posible de las publicaciones sobre la materia.

A partir de los resultados de dicha búsqueda, se llevó adelante un examen detallado de las sentencias dictadas por tribunales internacionales con competencia sobre individuos y sobre Estados en materia de genocidio, así como los informes de órganos de investigación, relativo a los aspectos ligados a la atribución de responsabilidad en uno y en otro caso, a la luz de determinadas variables seleccionadas en función de su pertenencia para analizar el vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad. Estas incluyeron, por ejemplo, la identidad del perpetrador (si pertenece a algún órgano estatal o si su conducta pudiera ser eventualmente atribuida a un Estado), la existencia de un análisis de elementos relacionados a una política estatal, el modo de autoría o participación atribuido al perpetrador, el tratamiento del dolo especial (conocimiento e intención o solo conocimiento) y el tipo de prueba aceptada para probarlo (directa o inferida del contexto general).

Para ello, se realizó la recolección de datos y el análisis de las sentencias de las siguientes jurisdicciones internacionales: el TPIY, el TPIR, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya y la Corte Penal Internacional, todas ellas con competencia sobre individuos. También se incluyeron los informes de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur y de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar.[160] Asimismo, se contrastó esa información con las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, que posee competencia personal sobre Estados, que hubieran examinado cuestiones relativas al crimen de genocidio[161] y con el informe de la Misión Internacional

158. Sabino (1992: 69).

159. Herrera (2012: 111).

160. Se analizaron 76 sentencias del TPIR, 29 del TPIY y una de las SEEC, así como cuatro actuaciones de la Corte Penal Internacional relativas al único caso que, a la fecha, contiene cargos de genocidio y dos informes de órganos de investigación de derechos humanos.

161. Cabe observar aquí que la competencia personal de la Corte Internacional de Justicia en su funcionamiento contencioso (por oposición a su funcionamiento consultivo) se limi-

Independiente de Investigación sobre Myanmar en materia de responsabilidad del Estado. Con ese fin, se confeccionó una grilla de análisis con las variables seleccionadas a fin de examinar los puntos de contacto y las referencias cruzadas que realizan los tribunales penales internacionales y los órganos internacionales de investigación de las sentencias de los tribunales con competencia personal sobre Estados. Ello contribuye a explorar las dinámicas de interacción entre ambos espacios jurisdiccionales, permitiendo advertir ecos, influencias y distanciamientos.

Como primera aclaración preliminar, cabe manifestar que, metodológicamente, se decidió no incluir sentencias de tribunales nacionales que hubieran aplicado nociones de derecho internacional, en tanto cada legislación penal nacional en la materia puede prever definiciones diversas del crimen de genocidio; a los efectos de esta investigación, se ha optado por incluir solamente sentencias que versaran exclusivamente sobre las nociones previstas en la Convención contra el Genocidio de 1948.[162]

En segundo lugar, es dable señalar que la recolección de datos se hizo sobre la base de las decisiones judiciales e informes de órganos de investigación que se refieren a la comisión del crimen de genocidio cometido por agentes estatales o cuya conducta pueda ser atribuible al Estado, ya que de esa manera se identifica correctamente los elementos pertinentes para el análisis de la relación entre los dos regímenes de responsabilidad.

Finalmente, se aclara que, en el caso de los tribunales penales internacionales, se incluyeron las sentencias de primera instancia y las de la Sala de Apelaciones, realizándose la aclaración pertinente en el caso de que la sentencia condenatoria en primera instancia hubiera sido revertida en apelación y solo se hizo referencia a otro tipo de decisiones en circunstancias excepcionales. En el caso de la Corte Internacional de Justicia, solo se incluyó la sentencia sobre el fondo (teniendo en cuenta que en esta jurisdicción no existe una instancia de apelación),[163] sin descartar las decisiones sobre excepciones preliminares, medidas provisionales o de revisión, cuando ello era pertinente.

En una segunda etapa, se llevó a cabo un análisis de tipo teórico que implicó el procesamiento de los datos con el fin de extraer conclusiones generales que

ta exclusivamente a los Estados, mientras que el resto de los tribunales tiene competencia personal sobre individuos. Asimismo, en cuanto a su competencia material, mientras que la Corte Internacional de Justicia puede entender en controversias relativas a cualquier cuestión de derecho internacional, las demás ven limitada su competencia al derecho internacional penal, en particular, a los crímenes internacionales incluidos expresamente en sus estatutos.

162. En este punto, como aclaración preliminar, cabe señalar que la investigación no se ocupa de las críticas que ha recibido la definición de la mencionada Convención por parte de la doctrina (Feierstein [2015], Schabas [2009²], Quigley [2006], entre otros), salvo que se trate de cuestiones que hubieran afectado las sentencias con relación a las variables identificadas.

163. *Cf.* artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Vale aclarar, sin embargo, que el Estatuto prevé la posibilidad de presentar un recurso de revisión (*cf.* artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

respondan al problema planteado al comienzo del proyecto.[164] Se realizó un análisis de la información cuantitativa recolectada[165] (por ejemplo, cantidad de sentencias condenatorias por el crimen de genocidio dictadas contra agentes estatales o personas cuya conducta puede atribuirse a un Estado en las que se analiza elementos relacionados con una política estatal), así como un análisis cualitativo respecto del funcionamiento jurisdiccional de los regímenes de responsabilidad.

Para organizar la información obtenida, con relación a las fuentes doctrinarias se llevó a cabo un proceso de reflexión crítica en torno a la regulación de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad del individuo por el crimen de genocidio. Con respecto al primer aspecto, se relevó el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, en particular con relación a la llamada responsabilidad agravada. En lo que concierne al segundo aspecto, se revisaron las discusiones doctrinarias respecto de las modalidades de responsabilidad de los individuos para identificar puntos de contacto entre ambos regímenes.

Finalmente, se realizó una síntesis de todos los datos obtenidos y analizados y de las conclusiones parciales en un conjunto coherente para arribar a las conclusiones finales[166] y construir una matriz de análisis de la categoría de *fragmentación secundaria* propuesta en este libro.

Se trata, entonces, de una investigación que en su primera etapa presentó una metodología descriptiva, pues recogió información sobre ciertos conceptos o variables.[167] Dicha información luego fue examinada a los fines de identificar puntos en contacto entre regímenes normativos y analizar las consecuencias jurisdiccionales de dicha separación. En este sentido, la segunda etapa configuró una investigación explicativa en la medida en que se trata de analizar críticamente la información recolectada.[168] Desde el punto de vista metodológico, se plantea una investigación de tipo inductivo en la medida en que se procura inferir conclusiones a partir del examen concreto de decisiones judiciales particulares.

7. Organización del libro

Este libro se divide en tres partes. En la primera parte, se analiza la responsabilidad en el derecho internacional. Para ello, en el capítulo 1 se comienza describiendo brevemente al Estado como sujeto de derecho internacional (sección 1), para luego examinar los antecedentes históricos del desarrollo de las normas

164. Sabino (1992: 129).
165. Sabino (1992: 143).
166. Sabino (1992: 145).
167. Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio (2010: 80).
168. Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio (2010: 84-85).

internacionales relativas a su responsabilidad (sección 2),y la regulación vigente (sección 3). Finalmente, se estudia en profundidad el alcance y naturaleza de la responsabilidad agravada del Estado (sección 4). En el capítulo 2, se explora la responsabilidad internacional del individuo. Al igual que en el capítulo anterior, se comienza por caracterizar al individuo como sujeto de derecho internacional (sección 1), para luego desarrollar los antecedentes históricos de su responsabilidad internacional (sección 2). Se analizan, además, las condiciones para establecer la responsabilidad al individuo (sección 3) y finaliza con una discusión sobre el concepto de la responsabilidad colectiva (sección 4).

En la segunda parte, se indaga acerca de la responsabilidad internacional por el crimen de genocidio. En el capítulo 3, se estudia la responsabilidad internacional del Estado, comenzando con un análisis de la negociación en el marco de las Naciones Unidas (sección 1). Luego, se examina el rol del Estado en la comisión del genocidio, las obligaciones que surgen de la Convención contra el Genocidio y del derecho internacional consuetudinario (sección 2). El capítulo finaliza con un análisis y discusión de las sentencias y casos pendientes de la Corte Internacional de Justicia que aplicaron la Convención contra el Genocidio (sección 3). El capítulo 4 se ocupa de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en materia del crimen de genocidio con miras a identificar los elementos colectivos que fueron tomados en consideración para la determinación de la responsabilidad individual, como la referencia al contexto histórico-colectivo (sección 1), el rol de la política estatal (sección 2), la constatación judicial del genocidio (sección 3), la inferencia de la intención genocida a partir del contexto histórico-colectivo (sección 4), y los modos de atribución de responsabilidad e infracciones imperfectas aplicados en cada caso (sección 5). El objetivo no es ofrecer un estudio exhaustivo de estas decisiones, sino solamente hacer hincapié en aquellos elementos que demuestran los vínculos de las conductas individuales con el aparato del Estado.

La tercera y última parte de este libro propone como categoría de análisis el concepto de la *fragmentación secundaria* a fin de aplicarlo a la indagación sobre la relación entre el régimen de responsabilidad del Estado y el régimen de responsabilidad del individuo. Para ello se profundiza en el estudio de los cruces entre los dos regímenes utilizando tres ejes que retoman conceptos desarrollados en las dos primeras partes: uno referido a cuestiones jurisdiccionales y probatorias (capítulo 5), otro a cuestiones de fondo y las consecuencias jurídicas del genocidio (capítulo 6) y el último relativo a las condiciones para la atribución de responsabilidad internacional (capítulo 7). El capítulo 8 presenta la matriz de análisis de la *fragmentación secundaria*, es decir, un esquema aplicable a situaciones de dualidad de responsabilidades por la comisión de genocidio por parte de las jurisdicciones internacionales con diferente competencia personal.

De esta forma, esta investigación tiene un fin teórico, en tanto examina un tema que la literatura no ha tratado, y uno práctico, ya que ofrece una matriz de análisis para una mejor coordinación entre las instituciones pertinentes.

Finalmente, se ofrecen las conclusiones que cierran este libro en las que se resumen los puntos centrales y se destaca su utilidad para los tribunales internacionales y otros organismos pertinentes que traten la cuestión de la responsabilidad del Estado e individuo por el crimen de genocidio.

Parte I
Problemas de la responsabilidad internacional

En la primera parte de este libro se analiza la evolución de los regímenes de responsabilidad internacional del Estado y del individuo. Se busca demostrar que, si bien el ordenamiento internacional prevé dos regímenes separados, estos presentan cuestiones comunes y, por ende, un vínculo cuya naturaleza necesita aún de un análisis más extenso. Para ello, se estudia en profundidad el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y otros desarrollos del derecho internacional pertinentes identificando los puntos de contacto entre ambos regímenes.

Capítulo 1
La responsabilidad internacional del Estado

Como se ha adelantado en la introducción, este libro versa sobre la responsabilidad en términos jurídicos, es decir, se estudia la posibilidad de imputar actos cometidos por un agente considerado responsable de las consecuencias de tales actos (lo que incluye la reparación del daño). En este tipo de responsabilidad se trata de identificar la conexión causal entre la conducta del agente y el incumplimiento o violación de una norma, lo que implica la necesidad de desarrollar reglas de atribución. No se examina, por el contrario, la "responsabilidad por lo que se ha de hacer", sino "la cuenta a pagar *ex-post-facto* por lo hecho".[1] La responsabilidad jurídica se relaciona, entonces, con el pasado, no es una noción que mire al futuro.[2] Se define esta dimensión jurídica de la responsabilidad que Aristóteles ya había identificado al calificar el discurso forense –es decir, aquel de los litigantes que busca acusar o defender– como un discurso para el cual el tiempo apropiado es el pasado, ya que se refiere a cosas hechas por una de las partes.[3]

El instituto de la responsabilidad determinado por una evaluación del pasado es, por tanto, un concepto clave de todo ordenamiento jurídico, que establece

1. Jonas (1995 [1979]: 163).

2. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que el derecho internacional prevé como una medida reparatoria las llamadas garantías de no repetición que, si bien son una respuesta a lo hecho –la cuenta a pagar *ex-post-facto*– tienen una vinculación directa con el futuro, ya que el Estado debe garantizar la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la violación de la norma internacional para que ello no vuelva a ocurrir. Véase capítulo 6, apartado 3 de este libro.

3. Los otros tipos de discursos retóricos son denominados como "deliberativo", que tiene naturaleza persuasiva, de aquellos que dan consejo en privado y aquellos que hablan frente a la asamblea, buscando exhortar o disuadir y el discurso "epidíctico", que tiene como objeto alabar o culpar a alguien. El tiempo adecuado del primero es el futuro, mientras que el del segundo, el presente. *Cf.* Aristóteles, *Retórica* 1358b. Se cita la edición de Tovar (2003 [1953]).

las consecuencias en caso de incumplimiento de las normas que lo componen. De hecho, tan central es su rol que se ha afirmado que, si no existiera la responsabilidad, no existiría el derecho.[4] Se trata de atribuir consecuencias jurídicas al incumplimiento o violación de una obligación internacional, no por una mera relación causal, sino por una decisión normativa.[5]

En derecho internacional, un Estado incurre en responsabilidad cuando viola una obligación internacional en vigor. Dicha violación genera una nueva obligación: la de reparar el daño causado.[6] Tradicionalmente, el derecho internacional se ha ocupado de la cuestión de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. La naturaleza de esos hechos ilícitos se relacionaba exclusivamente con la violación de las llamadas normas dispositivas, es decir, aquellas reglas que protegen intereses particulares de los Estados y que pueden ser modificadas por su mera voluntad.[7] En este contexto, la responsabilidad significaba una traslación de categorías de derecho privado al ámbito internacional, creando una relación bilateral entre el Estado infractor y el Estado lesionado basada en una violación cuya función era reparadora.[8] Ello respondía a una concepción positivista y "westfaliana" del derecho internacional.[9] En este sentido se manifestó precisamente la Corte Permanente de Justicia Internacional cuando afirmó que es un principio de derecho internacional –incluso una concepción general de derecho– que cualquier violación de una norma implica la obligación de reparar.[10]

Como será explicado en este capítulo, esta concepción de la responsabilidad internacional, similar a la del derecho interno, ha mutado para extenderse más allá de una relación bilateral entre el Estado responsable y el Estado lesionado con la incorporación de nociones como "la comunidad internacional de Estados" y "normas imperativas de derecho internacional" y la adopción de una dimensión de derecho público.[11]

Finalmente, cabe señalar que la evolución del derecho internacional trajo consigo la aparición de sujetos diferentes de los Estados, lo que significó que el instituto de la responsabilidad internacional se aplicara a otros entes a los cuales

4. Kamto (1999: 487); Pellet (2010: 4).

5. Nollkaemper (2019: 764).

6. González Napolitano (2015: 303).

7. Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 23).

8. Brotons (2007: 741).

9. Pellet (2010: 5). La frase "concepción westfaliana" hace referencia a la llamada Paz de Westfalia de 1648, que puso fin a la Guerra de Treinta Años entre católicos y protestantes, considerada por la mayoría de la doctrina internacionalista como el origen del ordenamiento jurídico internacional, ya que los tratados que la componen (los llamados acuerdos de Münster y Osnabrück) previeron un mecanismo regulatorio basado en el equilibrio de poder y la igualdad jurídica soberana de los Estados, *cf.* Buis (2015: 11-12).

10. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case concerning the Factory at Chorzow* (Alemania vs. Polonia), sentencia del 26 de julio de 1927, Jurisdiction, Serie A, N.º 9, pág. 21.

11. Nollkaemper (2019: 769).

este ordenamiento les asigna obligaciones. En tal sentido, desde mediados del siglo XX se comenzaron a desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal. Como fuera señalado, si bien ambas ramas comparten la centralidad del individuo como sujeto de derecho, causando una ruptura en la lógica estadocéntrica, se diferencian en el punto de la responsabilidad. Mientras que el derecho internacional de los derechos humanos mantiene la doctrina clásica de la responsabilidad del Estado –aunque con reglas particulares que responden a su carácter de *lex specialis*–, el derecho internacional penal introduce en el ámbito internacional la responsabilidad del individuo.

La responsabilidad del individuo, como se analizará, nace de la comisión de conductas consideradas criminales y, por lo tanto, tiene naturaleza penal. La regulación de su responsabilidad será objeto de estudio en el capítulo 2. Ese capítulo se dedicará a indagar en el desarrollo histórico de esta responsabilidad, en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y en las condiciones para establecer la responsabilidad internacional de los individuos.

1. El Estado como sujeto del derecho internacional

Desde sus orígenes, el derecho internacional ha sido un derecho estadocéntrico, es decir, un ordenamiento descentralizado, horizontal, que nació para regular las relaciones entre los Estados soberanos, sus sujetos por antonomasia.[12] Son los Estados los que crean sus normas, las interpretan, deciden cuándo se ha configurado una violación y, eventualmente, cuál será la sanción correspondiente. Así, conforme la doctrina tradicional del derecho internacional público, los Estados son los sujetos originarios y necesarios de este ordenamiento jurídico y gozan de capacidad plena.[13] Esta posición, nacida de la llamada Paz de Westfalia (1648), considera que el derecho internacional es un ordenamiento que regula las relaciones entre Estados independientes, que se reconocen iguales y soberanos, cuyas reglas deben emanar exclusivamente de su libre voluntad expresada en alguna de las fuentes creadoras de derecho. En este contexto, las primeras posiciones doctrinarias acerca de la subjetividad internacional sostenían que los únicos sujetos del ordenamiento eran los Estados.[14] Estas posturas se mantuvieron vigentes durante siglos, salvo por algunos supuestos *sui generis* como la Soberana Orden de Malta

12. *Cf.* Buis (2015: 5), entre otros. Como fuera señalado, hay autores que han hablado hasta de fetichismo estatal del derecho internacional, *cf.* Luban (2011: 7).

13. *Cf.* Barboza ([1999] 2008[2]: 13 y 160); Dupuy y Kerbat (2016: 25); Klabbers (2013: 67); Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 15), entre muchos otros.

14. Triepel (1920), Oppenheim (1905) y Anzilotti (1929) citados en Portmann (2010: 42-79).

o la Santa Sede,[15] hasta el siglo XX, cuando se afianzó la postura que incluye otros entes como sujetos, como las organizaciones internacionales o los individuos.

La soberanía, característica exclusiva de los Estados, significa que no existe ninguna autoridad por encima de estos, salvo que así lo consientan. Es, en este contexto de aplicación horizontal del derecho internacional, en el que los Estados que crean e interpretan las normas y son los jueces de su cumplimiento "en causa propia",[16] que se desarrolló la regulación de la responsabilidad internacional del Estado.

2. Los antecedentes de la responsabilidad del Estado: el trabajo de los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional

Actualmente, la regulación de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos está codificada en el anexo de la Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tomó nota de los Artículos presentados por la Comisión de Derecho Internacional[17] (en adelante, "CDI"), que es su órgano subsidiario encargado de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

Si bien excede el ámbito de esta investigación realizar una exposición exhaustiva de todos los elementos de la regulación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos y su evolución histórica, a continuación se desarrollarán las cuestiones que resultan pertinentes por vincularse directamente con el objeto de este trabajo, en particular, aquellas que se relacionan con los cruces entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo y que se retomarán a lo largo de este libro.

La CDI, creada en 1947,[18] había seleccionado la responsabilidad internacional del Estado como una cuestión susceptible de codificación en su lista provisional de 1949,[19] y en 1953, la Asamblea General le solicitó que incluyera en su

15. Klabbers (2013: 67).

16. Dupuy y Kerbrat (2016: 503).

17. Asamblea General, Res. A/56/83, adoptada en la 85ta sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001.

18. Asamblea General, Res. AG 147/II, adoptada el 21 de noviembre de 1947.

19. A/CN.4/80, Memorándum del Relator Especial García Amador "Request of Request of the General Assembly for the Codification of the Principles of International Governing State Responsibility", 10 de marzo de 1954, *Yearbook of the International Law Commission (1954, Vol. II)*, p. 21. Vale la pena resaltar que, en ese documento, García Amador señaló que, como los individuos eran sujetos de obligaciones internacionales, ello podría tener alguna significación

agenda la codificación de "los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado".[20]

En 1954, el primer Relator Especial, el cubano Francisco García Amador, presentó un Memorándum en el que delineó el alcance de la tarea encomendada. Al respecto, resulta interesante señalar que en dicho documento afirmó que la responsabilidad penal caía por fuera del mandato, ya que ella se vinculaba con otra materia del programa de la Comisión.[21] Por ello, consideró que se trataba de una responsabilidad de tipo civil, que surgía de "la violación o inobservancia de una obligación internacional, cualquiera sea su origen o clase" –que podría incluir una norma penal–, que entrañaba un deber de reparar.[22]

El primer informe del Relator Especial fue presentado a comienzos de 1956. Allí incluyó un relato histórico de la codificación de la responsabilidad internacional del Estado en la época de la Sociedad de las Naciones y planteó algunas de las cuestiones que debían discutirse que, en su gran mayoría, son las que finalmente fueron objeto de estudio durante los casi cincuenta años en los que la CDI trabajó en el tema: la naturaleza jurídica y funciones de la responsabilidad, el sujeto activo y el problema de la imputabilidad, el sujeto pasivo y la capacidad internacional para reclamar, las causas de exención de responsabilidad, atenuantes y agravantes y la reparación. Incluyó, además, la cuestión de la protección diplomática, que luego fue separada y tratada de forma independiente.[23]

Con relación a la naturaleza de la responsabilidad internacional, el Relator Especial observó que, si bien se trataba de una responsabilidad de tipo civil que entrañaba el deber de reparar los daños ocasionados, al mismo tiempo existían en esa noción ciertas cuestiones relacionadas con el derecho penal. En este sentido, señaló que algunas de las formas que la reparación había asumido en el derecho internacional actual respondían a un propósito "francamente punitivo", revistiendo "a veces el carácter de verdaderas 'sanciones penales'", por lo que podría, quizás, pensarse en una responsabilidad de naturaleza penal.[24] En esa línea, afirmó además que, "a partir de la Segunda Guerra Mundial, la noción de la responsabilidad internacional de carácter penal se había desarrollado de forma suficiente como para que fuera aceptada como una consecuencia de la violación o

en cuanto a la imputabilidad de la responsabilidad que, hasta entonces, se le había atribuido en su totalidad al Estado, *cf.* p. 23.

20. Asamblea General, Res. AG 799 (VIII), 7 de diciembre de 1953.

21. A/CN.4/80, Memorándum del Relator Especial García Amador "Request of Request of the General Assembly for the Codification of the Principles of International Governing State Responsibility", 10 de marzo de 1954, *Yearbook of the International Law Commission (1954, Vol. II*), p. 24.

22. *Ibidem.*

23. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II).*

24. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II),* p. 180.

inobservancia de ciertas obligaciones internacionales".[25] Si bien la responsabilidad penal quedaba por fuera de su mandato, no podía ignorarla ya que ello hacía a la naturaleza que revestían ciertas obligaciones internacionales de carácter penal cuya violación resultaba en un hecho punible para el Estado.[26] Es decir, consideraba que la sanción de los individuos podía ser pensada como una forma de responsabilidad del Estado.[27] Entre ellas, incluyó "ciertas violaciones de derechos humanos esenciales de los extranjeros de una gravedad igual o análoga a las que en la nueva terminología se denominan 'delitos contra la humanidad'". Al respecto, resulta interesante señalar que el Relator Especial mencionó de forma expresa como ejemplo las obligaciones que emanan de la Convención contra el Genocidio de prevenir y sancionar el genocidio y de adoptar las medidas legislativas necesarias para ello (artículos I y V, respectivamente).[28] La inobservancia de este tipo de obligaciones, sostuvo García Amador, podía tener como consecuencia tanto la responsabilidad civil como la penal, como ambas de forma conjunta.[29]

Por otro lado, con relación a la imputación de la inobservancia o incumplimiento de una obligación internacional, el Relator Especial afirmó que en el derecho internacional el Estado ya no era más el único sujeto capaz de contraer obligaciones ya que la piratería, como otros delitos *iuris gentium,* y los crímenes de guerra eran actos punibles que solamente podía cometer los individuos.[30] Al respecto, citó a Lauterpacht para ilustrar la posición dominante que consideraba que era posible admitir una responsabilidad conjunta del Estado y del funcionario, pero imputando solamente al segundo una responsabilidad de carácter penal y manteniendo la responsabilidad de carácter civil para el primero.[31] Mencionó el trabajo de las Comisiones de Jurisdicción Penal Internacional que se reunieron en Ginebra en 1951 y en Nueva York en 1953,[32] que habían rechazado que los individuos pudieran tener responsabilidad internacional de carácter civil que entrañase la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios.[33] García Amador concluyó entonces que parecía "más lógico y práctico" que se imputara responsabilidad de tipo civil al Estado y que, si se insistía en considerar

25. *Ibidem.*
26. *Idem,* pp. 180-181.
27. Spinedi (1989: 11).
28. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II),* p. 181.
29. *Ibidem.*
30. *Idem,* p. 185.
31. *Idem,* p. 186.
32. Al respecto, véase Capítulo 2, apartado 2.3.a) de este libro.
33. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II),* p. 186. Si bien excede el ámbito de este trabajo, cabe señalar que actualmente la Corte Penal Internacional posee la facultad prevista en el artículo 75 de su Estatuto de ordenar reparaciones en cabeza del condenado con carácter pecuniario. Esta facultad, no obstante, no se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado, lo que cae por fuera de la jurisdicción de dicho tribunal. Véase capítulo 6, apartado 3 de este libro.

al individuo como sujeto de esa responsabilidad, debía serlo de forma subsidiaria para evitar que, por su insolvencia, quedaran sin reparación los daños o que estos no fueran reparados adecuadamente.[34] En total, García Amador presentó seis informes –el último en 1961– en los que examinó en profundidad las cuestiones que habían planteado en el primero.

A pesar de los informes presentados por el Relator Especial, no hubo demasiada discusión al respecto porque la CDI tenía otros temas en agenda y porque no había consenso sobre cómo continuar la tarea.[35] Entre los desacuerdos puede mencionarse como ejemplo que en 1960 las delegaciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de otros Estados socialistas ante el Sexto Comité de la Asamblea General criticaron el trabajo de la CDI debido a que se había limitado a codificar normas relativas al tratamiento de los extranjeros cuando, en realidad, había una necesidad de codificar los principios de la responsabilidad de los Estados por la violación de los principios fundamentales del derecho internacional relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la agresión y otras violaciones a la integridad territorial, independencia y soberanía de los Estados y al principio de la libre determinación de los pueblos. En 1961 y 1962, varios Estados en vías de desarrollo apoyaron esta posición.[36]

En su décimo quinta sesión, en 1963, la Comisión consideró el informe del Subcomité sobre Responsabilidad del Estado en el que se recomendó que se otorgase prioridad a las definiciones de las reglas generales que regían la responsabilidad internacional del Estado, prestando especial atención a las repercusiones que pudiera tener la responsabilidad por daños sufridos en las personas o propiedad de extranjeros.[37] En los hechos, ello implicó un cambio de foco hacia las normas secundarias, evitando elaborar reglas sustantivas o detallar el contenido de las obligaciones de los Estados.[38]

Cabe observar que un miembro del subcomité, el ecuatoriano Ángel Paredes, señaló que, a pesar de tratarse de un tema delicado, había llegado el momento de definir la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados y planteó la posibilidad de que las organizaciones internacionales impusieran sanciones punitivas.[39] El comisionado francés, André Gros, afirmó que se trataba de una cuestión más teórica que práctica y que, por lo tanto, no debía incluirse en el borrador que se enviaría a los Estados.[40] Por su lado, el comisionado norteamericano, Herbert Briggs, sostuvo que la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

34. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II),* p. 186.
35. Crawford (2006: párr. 6).
36. Spinedi (1989: 12).
37. A/CN.4/152, *Yearbook of the International Law Commission (1963, Vol. II)*. Anexo I, p. 228.
38. Crawford (2006: párr. 7).
39. A/CN.4/152, *Yearbook of the International Law Commission (1963, Vol. II)*. Anexo I, p. 230.
40. *Ibidem*.

había establecido que solamente los individuos podían tener responsabilidad de carácter penal.[41]

En esa sesión, la CDI eligió como nuevo Relator Especial al italiano Roberto Ago, quien entre 1969 y 1980[42] presentó ocho informes en los que estableció la estructura básica que se mantendría hasta el final de la tarea de la Comisión con la presentación de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado a la Asamblea General en 2001. Allí, examinó cuestiones como los antecedentes históricos de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados,[43] las reglas generales y los elementos fundamentales,[44] las diferentes fuentes de las obligaciones internacionales,[45] el hecho del Estado[46] y la consecuencia de su violación,[47] la participación de un Estado en la conducta violatoria de otro,[48] y las circunstancias eximentes de responsabilidad.[49]

Después del primer informe, la CDI le solicitó al Relator Especial que iniciara la preparación de un conjunto de artículos sobre las condiciones requeridas para que un acto sea considerado internacionalmente ilícito y pueda ser atribuible a un Estado.[50] Así, Ago comenzó a presentar borradores de artículos relacionados con los distintos elementos de la responsabilidad internacional de los Estados, tarea que continuaron los Relatores Especiales que lo sucedieron.

Si bien será desarrollado en la próxima sección, cabe indicar aquí que en uno de sus informes, al examinar el origen de la obligación cuya violación pudiera generar responsabilidad, Ago señaló que algunos autores veían en los "principios constitucionales" o "fundamentales" del orden jurídico internacional una fuente independiente y superior de obligaciones jurídicas y que, por lo tanto, podría preverse un régimen más severo para la responsabilidad por las violaciones de ese tipo de obligaciones. Sin embargo, en su opinión no existía en el derecho internacional un procedimiento especial destinado a crear normas "constitucionales",

41. *Ibidem*.

42. Ago renunció a la CDI en 1978 porque había sido elegido juez de la Corte Internacional de Justicia, pero presentó su último informe fuera del período de su mandato.

43. A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1969, Vol. II)*.

44. A/CN.4/233, *Yearbook of the International Law Commission (1970, Vol. II)*.

45. A/CN.4/246 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1971, Vol. II (I))*.

46. A/CN.4/264 and Add. 1, *Yearbook of the International Law Commission (1972, Vol. II)*.

47. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1972, Vol. II [1])*; A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1]) y* A/CN.4/302 and Add.1, 2 & 3, *Yearbook of the International Law Commission (1977, Vol. II [1])*.

48. A/CN.4/307 and Add.1 & 2 and Corr.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission (1978, Vol. I[1])*.

49. A/CN.4/318 and Add.1 to 4, *Yearbook of the International Law Commission (1979, Vol. II [1])*.

50. A/7610/Rev.1, *Yearbook of the International Law Commission (1969, Vol. II)*, párr. 80.

sino que ellas surgían de tratados o de la costumbre internacional, por lo que su naturaleza no se desprendía de su génesis, sino de lo que prescribían, es decir, de su contenido. En consecuencia, la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad agravada se justificaba en el mayor interés que tenían los miembros de la comunidad internacional respecto de esas normas.[51] Por ello, Ago se preguntó si el régimen de responsabilidad de los Estados debía ser uno solo o si, por el contrario, se debían prever diversos regímenes en función del diferente contenido de las obligaciones, lo que, consideraba, era uno de los temas más delicados de la tarea de codificación.[52] Al respecto, postuló su posición afirmando que la tesis clásica que preveía un régimen único había quedado en minoría luego de la Segunda Guerra Mundial. La nueva posición argumentaba que debía aplicarse un régimen diferente para los casos de violación de obligaciones que revistieran una importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto, como el apartheid, los actos de agresión y el genocidio, es decir, los crímenes internacionales.[53]

Así, aparece aquí nuevamente el cruce de responsabilidades ya que, como se desarrollará *infra*, una de las razones por las cuales Ago proponía la regulación de una responsabilidad agravada era "el surgimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano cuyo comportamiento ha violado obligaciones internacionales de contenido determinado debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado",[54] es decir, la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de los crímenes de derecho internacional, como el crimen contra la paz, el crimen de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que podía ser establecida por una jurisdicción internacional y respecto de los cuales los Estados tenían, además, la obligación de enjuiciar.[55]

Al respecto, resulta interesante observar aquí que Ago consideraba que el enjuiciamiento interno de tales individuos pertenecientes al aparato estatal "no libera al propio Estado de su responsabilidad internacional por ese hecho" y, a la inversa "tampoco se dice que, en lo que concierne al Estado, cualquier crimen de derecho internacional cometido por uno de sus órganos y por el cual se considere personalmente punible a su autor no obstante su calidad de órgano estatal, debe automáticamente ser considerado, no solo un hecho internacionalmente ilícito de Estado, sino también un hecho que entraña para el Estado una "forma especial" de responsabilidad.[56]

51. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 14.
52. *Idem*, p. 28.
53. *Ibidem*.
54. *Idem*, p. 34.
55. *Idem*, pp. 34-35.
56. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 35. Esta cuestión será examinada en la Parte III de este libro.

Por otro lado, en su informe Ago advirtió que "el paralelismo entre el trato reservado a las transgresiones del Estado (…) y el que el derecho estatal aplica a las transgresiones de los individuos choca, en el plano teórico, con la oposición de la gran mayoría de los internacionalistas y, en el plano práctico, con la oposición general de los Estados".[57] Sin embargo, al mismo tiempo identificó autores que utilizaban el término "crímenes internacionales" para referirse a la violación de normas imperativas que reconocían la facultad de reclamar a todos los Estados y no solamente al directamente lesionado.[58]

Una última observación respecto del trabajo de Ago que resulta pertinente para esta investigación es que, al proponer la distinción de dos regímenes de responsabilidad, admitió que era necesario hacer referencia a las normas primarias cuya violación podía generar la aplicación de uno u otro régimen, cuestión que había sido criticada por considerarse que la regulación de la responsabilidad internacional de los Estados incluye solamente normas de naturaleza secundaria. Por ello, el Relator Especial afirmó que se limitaría a "tomar nota de la existencia de esas normas, a aceptarlas tal como se han definido en último término en otros instrumentos, por el mero hecho de que están formuladas" y que además se referiría "al conjunto de las obligaciones internacionales relativas a la persecución de un objeto determinado y no a una obligación enunciada en términos precisos", teniendo en cuenta que en el futuro "las normas nuevas se irán añadiendo a las ya existentes en una esfera u otra".[59] Ello se vio reflejado en la forma en que se redactó el artículo 19 –en el que, como se verá en el siguiente apartado, Ago propone una distinción entre delitos y crímenes internacionales del Estado–, donde se mencionan esferas temáticas y no obligaciones concretas, como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el medio humano y, más concretamente, la prohibición de la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*.

En 1973, el Comité de Redacción de la CDI comenzó su tarea a fin de preparar los artículos que serían discutidos por la CDI en una primera lectura.[60] En 1978, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, le solicitó a los Estados que enviaran sus observaciones y comentarios.[61] Las primeras observaciones fueron compiladas en 1980.[62]

57. *Idem*, p. 50.

58. Entre ellos mencionó a Brownlie. *Cf.* A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 54.

59. *Idem*, p. 56.

60. A/CN.4/L.194, *Yearbook of the International Law Commission (1973, Vol. I).*

61. A/CN.4/L.194, *Yearbook of the International Law Commission (1978, Vol. II, párr. 2)*, pp. 77-78.

62. A/CN.4/328 and Add.1-4, *Yearbook of the International Law Commission (1980, Vol. II [1]).* Los primeros Estados que enviaron comentarios fueron Austria, Barbados, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, Canadá, Chile, Mali, Mauricio, Países Bajos, Qatar, la

Entre 1980 y 1986, el nuevo Relator Especial, el holandés William Riphagen presentó sus informes en los que se continuó dando forma a los distintos artículos sobre los principios generales, las obligaciones de los Estados que cometieron un hecho internacionalmente ilícito, la implementación de la responsabilidad internacional, la solución de controversias y la noción de Estado lesionado. Cuando Riphagen terminó su mandato en 1987, se habían recibido nuevas observaciones de los Estados sobre el borrador de artículos preparados por la CDI.[63]

El siguiente Relator Especial, el italiano Gaetano Arangio-Ruiz, presentó ocho informes entre 1988 y 1996. Allí examinó las cuestiones relativas a las reparaciones como el cese del hecho internacionalmente ilícito, y la restitución en especie,[64] la satisfacción y las garantías de no repetición,[65] las circunstancias eximentes de responsabilidad,[66] como las contramedidas,[67] los modos de solución de controversias, como la conciliación y el arbitraje,[68] y las consecuencias de jurídicas de los hechos ilícitos calificados como crímenes internacionales[69] y los problemas que surgen de dicho régimen,[70] cuestión que será analizada en el próximo apartado.

En 1996, la CDI completó la primera lectura de las Partes II y III del borrador de artículos y resolvió enviarlo a los Estados para realizaran observaciones. Durante ese período se compilaron nuevos comentarios y observaciones de los Estados.[71] En 1997 se formó un grupo de trabajo para comenzar la segunda lectura,

---

República Socialista Soviética de Ucrania, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de Yugoslavia. Mauricio y Qatar e indicaron que no tenían observaciones. *Cf.* A/CN.4/328 and Add.1-4, p. 88.

63. A/CN.4/342 and Add.1-4, *Yearbook of the International Law Commission (1981, Vol. II [1]),* incluye las observaciones de la República Federal de Alemania, Bulgaria, Checoslovaquia, Mongolia y Suecia; A/CN.4/351, Add.1-2 & Add.2/Corr.1, Add.3 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1982, Vol. II [2])*, incluye España, la República Socialista Soviética de Belarús, Países Bajos, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Venezuela, y A/CN.4/362, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1])*, incluye observaciones de Checoslovaquia.

64. A/CN.4/416 & Corr.1 & 2 and Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1988, Vol. II [1]).*

65. A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1989, Vol. II [1]).*

66. A/CN.4/440 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1991, Vol. II [1]).*

67. A/CN.4/444 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1992, Vol. II [1]).*

68. A/CN.4/453 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1993, Vol. II [1]) y* A/CN.4/461and Add.1-3 & Add.2/Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [1]).*

69. A/CN.4/469 y Add.l y 2, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]).*

70. A/CN.4/476 & Corr.1 (English only) and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [1]).*

71. A/CN.4/414, *Yearbook of the International Law Commission (1988, Vol. II [1])*, incluye comentarios de la República Democrática de Alemania y A/CN.4/488 and Add. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1988, Vol. II [1])*, incluye comentarios de Alemania,

que debía completarse en 2001. Para ello, la CDI identificó provisionalmente las cuestiones que precisaban una consideración especial: los crímenes y delitos internacionales, el régimen de contramedidas y la solución de controversias.[72]

En 1998, el nuevo y último Relator Especial en materia de responsabilidad internacional del Estado, el australiano James Crawford, presentó su primer informe en el que examinó la primera de las cuestiones, que calificó como el aspecto más controvertido del proyecto.[73] Asimismo, señaló que las observaciones de los Estados se podían dividir entre aquellas relacionadas con el proyecto de artículos en su conjunto, de tipo general (que proponían la supresión de algún tema o, minoritariamente, la incorporación de otros temas) y aquellas que se referían a cuestiones específicas.[74] Entre las cuestiones a revisar, el Relator Especial identificó la distinción entre normas primarias y secundarias. En este sentido, señaló que la cuestión de la protección de las personas y los bienes extranjeros, que había sido incluida originalmente dentro de la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado, fue luego excluida pues el proyecto de artículos debía centrarse en la responsabilidad, independientemente del contenido de la norma que se violaba en cada caso.[75] Uno de los artículos del proyecto de Ago que parecía ir más allá de la norma secundaria era, precisamente, el ya mencionado artículo 19 que distinguía entre delitos y crímenes internacionales.[76]

Entre las cuestiones que los Estados observaron se encontraba la existencia de obligaciones *erga omnes*, que el Relator examinó con relación al concepto de Estado lesionado del artículo 40 y a la noción de crimen internacional.[77] Al respecto, algunos Estados como Francia rechazaron el concepto, mientras que otros, como Alemania, afirmaron que ello solucionaba los problemas que presentaba el borrador del artículo 19.[78] Otros Estados aceptaron la extensión de la noción de Estado lesionado con relación a las obligaciones *erga omnes* pero hicieron comentarios vinculados a las limitaciones de las reparaciones que podrían reclamarse en esos casos.[79] Si bien se retomará este tema en el próximo apartado,

---

Argentina, Austria, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda, Italia, México, Mongolia, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suiza y Uzbequistán.

72. A/52/10, *Yearbook of the International Law Commission (1997, Vol. II [2])*, pp. 11 y 59.

73. A/CN.4/490 y Add.1 a 7, Primer informe sobre responsabilidad del Estado, *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 5.

74. *Idem*, p. 6.

75. *Ibidem.*

76. *Idem*, p. 6.

77. *Idem*, p. 8.

78. *Ibidem.* Al respecto, cabe recordar que Francia no es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, entre otras razones, porque rechazó el artículo 53, que dispone que un tratado cuyo contenido contradiga una norma de *ius cogens* debe ser considerado nulo. *Cf.* Dupuy y Kerbrat (2016: 320).

79. A/CN.4/490 y Add.1 a 7, Primer informe sobre responsabilidad del Estado, *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 8.

conviene aquí señalar que, luego de su análisis, el Relator Especial recomendó suprimir los artículos 19, 51, 52 y 53 del proyecto y reconsiderar la regulación del incumplimiento de las obligaciones *erga omnes* prevista en el artículo 40.3, aunque no descartó una posible elaboración futura, sea como tema separado o en virtud de una práctica ulterior de los Estados y de las organizaciones internacionales, del concepto de crímenes internacionales.[80]

Con respecto al resto de las regulaciones, el Relator Especial realizó observaciones generales relativas a la terminología utilizada y a la estructura del proyecto, y comentarios particulares referidos a los distintos artículos, como, por ejemplo, los elementos del hecho internacionalmente ilícito y las reglas de atribución al Estado.

Es interesante advertir que, en virtud de los comentarios de los Estados, uno de los temas que se examinó fue si se requería la existencia de culpa o de daño para que se generase responsabilidad internacional. Al respecto, por ejemplo, la República Argentina señaló que "la presentación de una reclamación contra un acto ilícito perpetrado por un Estado contra otro solo tendría sentido si se verificara la existencia de un perjuicio efectivo patrimonial o moral contra el Estado ya que, de lo contrario, no debería estar legitimado para incoar dicha reclamación".[81] En este sentido, agregó que incluso en el caso de los tratados de protección de derechos humanos no podía negarse el requisito del daño, que sería de carácter moral y sufrido por los demás Estados partes.[82]

El Relator Especial indicó que, si bien ningún Estado había presentado argumentos a favor de la especificación de un requisito general de culpa, esta tenía la misma importancia que el requisito del daño y, por lo tanto, ambos conceptos se debían debatir juntos, sugiriendo que ambos debían recibir la misma respuesta.[83]

Al respecto, agregó en primer lugar que a las diversas obligaciones internacionales se aplican elementos y grados muy distintos y que, por lo tanto, no existía "un requisito *a priori* de conocimiento o intención especial de parte de los órganos del Estado que se aplique a todas las obligaciones".[84] Sin embargo, con respecto a los llamados crímenes internacionales, sostuvo que, si bien recomendaba excluir dicho término del proyecto, en caso de que se decidiera mantenerlo, "habría buenos motivos para establecer un requisito de culpa: un Estado no podría en modo alguno ser considerado responsable de un crimen sin culpa de su parte", pero, por otro lado, no sería necesario requerir la existencia del daño, pues lo que transforma la conducta de los Estados en criminal no es el daño que pueda causar, sino su naturaleza.[85] En consecuencia, el Relator Especial recomendó que los elementos del hecho internacionalmente ilícito fuesen un comportamiento

80. *Idem*, p. 28.
81. *Idem*, p. 30.
82. *Ibídem*.
83. *Idem*, p. 31.
84. *Idem*, p. 33.
85. *Idem*, p. 31.

consistente en una acción u omisión atribuible a un Estado según el derecho internacional y que ese comportamiento constituyera una violación de una obligación internacional del Estado,[86] sin exigir la configuración de la culpa o del daño, lo que, finalmente, fue receptado en la versión final.

En sus cuatro informes, el Relator Especial repasó todas las cuestiones reguladas por el borrador de artículos a la luz de los comentarios de los Estados[87] sugiriendo una redacción para cada uno. Sobre la base de esos últimos informes, la Comisión completó la segunda lectura del borrador de artículos en 2001 y estableció dos Grupos de Trabajo. Uno se encargaría de las cuestiones pendientes y el otro, de considerar los comentarios que se hubieren presentado.

Una de las cuestiones pendientes era la regulación de las violaciones graves de obligaciones que afectaran a la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión decidió retener ese concepto, pero incluyendo una referencia expresa a las normas imperativas, pues se trataba de una noción aceptada e incluida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[88]

Las otras cuestiones pendientes se referían a las contramedidas y a la necesidad de incluir un capítulo entero dedicado a su regulación en adición a la mención del entonces artículo 23 (actual artículo 22),[89] a las disposiciones relativas a la solución de controversias –que finalmente fueron descartadas–[90] y a la forma del borrador de artículos. Al respecto, la Comisión decidió, en primer lugar, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, que recomendaría a la Asamblea General que tomara nota de ellos en una resolución, de manera similar a lo realizado en el caso de la cuestión de la "Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados", proponiendo, en segundo lugar, que se considerase la posibilidad de adoptar una Convención, en cuyo caso, retomaría la cuestión de la solución de controversias.[91]

Resulta interesante indicar, además, que, en la sesión de 2001, luego de cincuenta años de trabajo, la Comisión decidió revisar el título de la cuestión "Responsabilidad internacional del Estado" porque consideró que no era lo suficientemente claro como para distinguirla de la responsabilidad en virtud del derecho interno. En consecuencia, examinó opciones como "Responsabilidad del Estado en derecho internacional" o la "Responsabilidad Internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", considerando que la última versión

86. *Idem*, p. 35.

87. La CDI realizó dos compilaciones más en 1999 y en 2001: A/CN.4/492, con comentarios de Grecia y Japón y A/CN.4/515 and Add.1-3, con comentarios de Argentina, Austria, China, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Japón, México, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y la República de Corea.

88. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 22.

89. *Idem*, p. 23.

90. *Ibidem*.

91. *Idem*, p. 25.

ofrecía la ventaja de poder ser traducida a diferentes idiomas, distinguiéndola del término en inglés "liability", que se usa para la regulación de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional. Finalmente, la Comisión se decidió por el título actual: "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos".[92]

3. Los Artículos de la CDI y la Resolución A/56/83 de la Asamblea General

En la sesión de 2001 de la CDI se adoptaron finalmente los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, "Artículos") junto con los comentarios, que fueron luego transmitidos a la Asamblea General. Los Artículos están divididos en cuatro partes. La primera se refiere a las condiciones generales necesarias para que se genere responsabilidad internacional del Estado, mientras que en la segunda parte se regulan las consecuencias jurídicas para el Estado responsable, es decir, la relación jurídica que surge entre el Estado lesionado y el Estado responsable. La tercera parte se ocupa de los modos de hacer efectiva la responsabilidad, y la cuarta parte incluye disposiciones de tipo general.

La Asamblea General, a través de la Resolución A/56/83, siguió la recomendación de la CDI y tomó nota de los Artículos, cuyo texto anexó a la resolución, señalándolos a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medidas.[93] Desde entonces, la Asamblea ha adoptado otras resoluciones sobre el tema. En 2004 le solicitó al Secretario General que invitase a los Estados a realizar comentarios sobre las futuras acciones que se podrían adoptar con relación a los Artículos y que preparara una compilación sobre la jurisprudencia internacional que hiciera referencia a los Artículos y solicitase a los Estados información sobre su propia práctica al respecto,[94] lo

92. *Ibidem.*

93. Algunos miembros de la CDI consideraban que el camino adecuado era convocar a una conferencia internacional con miras a la celebración de una convención basada en los Artículos, mientras que otros plantearon la necesidad de esperar algunos años para evaluar su aplicación en la práctica. *Cf.* Crawford y Olleson (2005: 959).

94. Asamblea General, Res. A/59/35, 16 de diciembre de 2004.

que reiteró 2007,[95] en 2010,[96] en 2013,[97] en 2016[98] y en 2019.[99] Asimismo, en las últimas resoluciones la Asamblea General reconoció que efectivamente cada vez más tribunales y órganos internacionales se referían a los Artículos en sus decisiones y resolvió mantener la cuestión en su agenda para seguir examinándola dentro del Sexto Comité con miras a tomar una decisión respecto de la posibilidad de adoptar una convención[100] sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos o alguna otra medida, según corresponda, sobre la base de los Artículos.

El informe que la CDI transmitió a la Asamblea General en 2001 contiene los 59 artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En los comentarios que acompañaron los Artículos la Comisión señaló que ellos se formularon por vía de la codificación –tal como la Asamblea General se lo había requerido en 1953– y que, además, se incluyeron disposiciones de desarrollo progresivo. Agregó que el análisis consistió, "sobre todo, en las normas secundarias de la responsabilidad internacional: es decir, en las condiciones generales que han de satisfacerse, en derecho internacional, para que el Estado sea considerado responsable de acciones u omisiones ilícitas, y en las consecuencias jurídicas que nacen de esas acciones u omisiones", dejando así de lado, "el contenido de la violación de obligaciones internacionales que da lugar a la responsabilidad", que pertenece al ámbito de las normas primarias, "cuya codificación entrañaría la reformulación de la mayor parte de derecho internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional".[101]

Así, la esfera de las normas secundarias quedó ceñida a la función del derecho internacional de calificación del comportamiento como ilícito y a la determinación de las circunstancias en que el comportamiento debía atribuirse al Estado, o cuando este pudiera ser responsable del comportamiento de otro Estado. Asimismo, incluye la definición de las circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento, las consecuencias de la determinación de la responsabilidad, la posibilidad de invocar la responsabilidad y de adoptar contramedidas.[102]

95. Asamblea General, Res. A/62/61, 6 de diciembre de 2007.

96. Asamblea General, Res. A/65/19, 6 de diciembre de 2010.

97. Asamblea General, Res. A/68/104, 16 de diciembre de 2013.

98. Asamblea General, Res. A/71/133, 13 de diciembre de 2016.

99. Asamblea General, Res. A/74/180, 18 de diciembre de 2019.

100. Uno de los argumentos a favor de la adopción de un tratado es la posibilidad de establecer un mecanismo de resolución de controversias, pero, por el otro lado, ha sido observado que, en realidad, como se trata de una regulación de normas secundarias y las disputas suelen versar sobre normas primarias, ese mecanismo no tendría demasiado sentido. *Cf.* Crawford y Olleson (2005: 968).

101. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 31.

102. *Ibidem.*

El proyecto, como es de esperar, se inicia con una regla general que dispone que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. Según los Comentarios, ese hecho puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas, y dependerá de los requisitos de la obligación violada y de las condiciones en que se verifica ese hecho.[103] La CDI agregó que las relaciones jurídicas que nacen de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito no son siempre exclusivamente bilaterales (entre el Estado responsable y el Estado lesionado), sino que en ciertos casos, "todo Estado como miembro de la comunidad internacional tiene un interés jurídico en la protección de ciertos derechos básicos y en el cumplimiento de ciertas obligaciones esenciales", como por ejemplo, en el caso de los actos de agresión, genocidio, esclavitud o discriminación racial.[104]

El artículo 2 dispone que los elementos del hecho internacionalmente ilícito son la violación de una obligación internacional atribuible al Estado según el derecho internacional, dejando afuera la culpa y el daño, salvo que la obligación primaria así lo requiera.[105] La CDI observó que la práctica y la jurisprudencia internacionales utilizan el término "imputación" en lugar de "atribución", pero privilegió este último porque no entrañaba un proceso ficticio de relacionar un comportamiento con un Estado.[106]

Asimismo, aclaró que, si bien se usa el término "elemento subjetivo" para hablar de la atribución, los Artículos no lo utilizan porque "la determinación de si ha habido incumplimiento de una norma puede depender de la intención o del conocimiento de los órganos o agentes pertinentes del Estado y, en ese sentido ser 'subjetiva'", como en el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y en otros, puede ser "objetiva" en el sentido de que el conocimiento u otra circunstancia de los órganos o agentes pertinentes del Estado pueden no hacer al caso.[107]

El Capítulo II de la Parte 1 regula específicamente los supuestos en los que se atribuye un comportamiento a un Estado, estableciendo en el artículo 4 el principio general de que las conductas de los órganos –independientemente del nivel de administración o gobierno–[108] del Estado son atribuibles a los Estados. Los actos de particulares solamente lo serán en supuestos excepcionales expresamente previstos por los Artículos porque, como señalan los Comentarios, la atribución es una operación normativa y no el reconocimiento de una relación causal natural.[109] En efecto, al tratarse de una persona jurídica, la base de la atribución

103. *Idem,* p. 33.
104. *Idem*, p. 34.
105. *Idem,* pp. 36-37.
106. *Idem,* p. 37.
107. *Idem,* p. 35.
108. *Idem*, p. 40.
109. *Ibidem.*

no pasa por la agencia de la persona que lleva adelante la conducta, sino por la relación que tiene con el Estado.[110] Los supuestos de atribución previstos en los Artículos, además del caso de los órganos del Estado, son las entidades facultades para ejercer atribuciones del poder público (artículo 5); órganos de un Estado puestos a disposición de otro Estado (artículo 6), todos ellos incluso en casos los que actuaron más allá del ámbito de su competencia (artículo 7); grupos no estatales que actúan siguiendo instrucciones de un órgano del Estado o bajo su dirección o control (artículo 8); grupos no estatales que ejercen atribuciones del poder público en ausencia de autoridades oficiales (artículo 9); los movimientos insurreccionales una vez que se convierten en el nuevo gobierno del Estado (artículo 10) y el comportamiento de grupos no estatales adoptado como propio por el Estado (artículo 11).

Resulta pertinente mencionar el Capítulo IV de la Parte II, que regula la responsabilidad de un Estado con relación al hecho de otro Estado. En los Comentarios, la Comisión afirmó que el principio general que debe aplicarse en la materia es el principio de responsabilidad independiente, que dispone que "cada Estado tiene sus propias obligaciones internacionales y las responsabilidades correspondientes",[111] pero, al mismo tiempo, señaló que un comportamiento internacionalmente ilícito resulta a menudo de la colaboración de varios Estados. Por ello, se incluyeron tres artículos que regulan diferentes situaciones de colaboración. En primer lugar, el artículo 16 se refiere a los casos en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, el artículo 17 dispone que un Estado es responsable por el hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado si ha ejercitado poderes de dirección y control sobre dicho Estado. Finalmente, el artículo 18 regula el caso en que un Estado coacciona deliberadamente a otro para que se cometa un hecho internacionalmente ilícito. La CDI observó que los tres artículos requieren que "el primer Estado tenga conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito de que se trate y que se establezca una relación causal específica entre ese hecho y el comportamiento del Estado que le presta asistencia, dirige o coacciona", ello, "sin perjuicio de la cuestión general de la 'intención dolosa' en cuestiones de responsabilidad del Estado, sobre la que los Artículos son neutrales".[112] Es de interés para este libro adelantar que esto quiere decir que dependerá de la obligación primaria que se incumpla, lo que implica que en el caso del crimen de genocidio, para determinar la responsabilidad del Estado se deberá tener en cuenta si el agente, órgano o particular cuya conducta se le pueda atribuir, la ha cometido con la intención especial que su definición requiere, dando cuenta, otra vez, de un cruce entre ambas responsabilidades.

110. Halldórsdottir Birkland (2009: 1631).
111. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 67.
112. *Idem,* pp. 68-69.

La CDI explicó que se decidió no mencionar expresamente la instigación porque, en general, no se la consideró suficiente para generar la responsabilidad del Estado instigador si ella no entrañaba, además, un apoyo concreto, como la dirección o el control. Sin embargo, no descartó que hubiera obligaciones específicas que prohibieran a nivel de la norma primaria la instigación, para lo que, nuevamente, utilizó como ejemplo, la Convención contra el Genocidio, cuyo artículo III prevé el castigo de la instigación directa y pública a cometer genocidio.[113] Cabe señalar que, como se desarrollará en profundidad más adelante, este artículo dispone una serie de formas de atribución diferentes a la comisión directa –como la asociación para cometer genocidio, la tentativa y la complicidad– que, si bien parecen reflejar los modos de imputación de responsabilidad individual, también han sido analizados a la luz de la responsabilidad estatal.

El artículo 16 regula el supuesto del Estado que presta voluntariamente ayuda o asistencia a otro para facilitar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Este Estado tendrá responsabilidad si lo hace con conocimiento de las circunstancias de tal hecho y si este también fuera internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o la asistencia. Ello quiere decir que la obligación violada debe estar en vigor respecto de los dos Estados, tanto respecto del que comete el hecho como del que le presta la ayuda o asistencia. Los Comentarios distinguen entre la responsabilidad primaria del Estado que comete el hecho y la responsabilidad de apoyo del que lo asiste para hablar del Estado autor y del Estado copartícipe,[114] terminología que, cabe observar, tomó prestada del derecho penal. Esta diferenciación implica que el Estado que asiste solo será responsable si su comportamiento causó el hecho o contribuyó en la comisión y, eventualmente tendrá obligación de indemnizar si el hecho no podría haber ocurrido sin su conducta.[115] No se requiere que la ayuda haya sido esencial, sino que basta con que haya contribuido significativamente, conceptos que no se explican en detalle en los Comentarios. Además del conocimiento que requiere expresamente el artículo 16, los Comentarios agregan que los órganos competentes del Estado que asiste deben tener la intención de facilitar la comisión del hecho internacionalmente ilícito.[116]

El artículo 17 regula el caso en que un Estado dirige o controla a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, disponiendo que el primero será responsable si lo hace conociendo las circunstancias del hecho y si este también fuera ilícito si fuese cometido por dicho Estado. Contrariamente al supuesto del artículo 16, el Estado que dirige o controla será responsable

113. *Idem,* p. 69.
114. *Ibidem.*
115. *Ibidem.*
116. *Idem,* p. 70.

por todo el hecho ilícito y no solamente en la medida de su intervención.[117] Los Comentarios señalan que este artículo se limita a los supuestos en que "un Estado dominante ejercita su dirección y control sobre un comportamiento que constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado dependiente"[118] y que la injerencia o la instigación no son suficientes para determinar la existencia de un control o dirección.[119] Con respecto a la responsabilidad del Estado dominado, la CDI sostuvo que el hecho de que hubiera sido dirigido o controlado no constituía una circunstancia excluyente de la ilicitud ya que, en realidad, estaría obligado a negarse a realizar el hecho si ello entrañara una violación de sus obligaciones internacionales. En este sentido, y haciendo una especie de parangón con la responsabilidad individual, la CDI observó que "los Estados no disponen en derecho internacional de la defensa que consiste en alegar 'órdenes superiores'".[120]

El artículo 18 regula el tercer supuesto de responsabilidad derivada estableciendo que un Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho internacionalmente ilícito será responsable por ese hecho si, de no mediar coacción, constituiría un hecho ilícito del Estado coaccionado y si el Estado coaccionante actuó conociendo las circunstancias del hecho. En este caso, la responsabilidad de dicho Estado no deriva de la coacción, sino del hecho internacionalmente ilícito que resulta de ella; aunque además por tal acción podría tener responsabilidad con relación al Estado coaccionado porque, en la práctica, la mayoría de los actos de coacción son ilícitos en sí mismos por entrañar violación a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza.[121] Los Comentarios señalan que puede ser posible equiparar la coacción a la fuerza mayor, por lo que en ese caso se podrá excluir la ilicitud del comportamiento del Estado coaccionado.[122]

Finalmente, cabe mencionar el artículo 19 que reconoce que "la atribución de responsabilidad internacional a un Estado que presta asistencia, dirige o coacciona no excluye la responsabilidad del Estado que ha recibido la asistencia, ha sido dirigido o coaccionado".[123]

El Capítulo V regula las seis circunstancias que excluyen la ilicitud, que constituyen una defensa contra un reclamo por el incumplimiento o violación de una obligación internacional. Ellas son el consentimiento (artículo 20); la legítima defensa (artículo 21); las contramedidas (artículos 22); la fuerza mayor (artículo 23); el peligro extremo (artículo 24) y el estado de necesidad (artículo 25). La invocación exitosa de estas circunstancias no tiene por efecto anular ni

117. *Idem,* p. 71.
118. *Idem,* p. 72.
119. *Idem,* p. 73.
120. *Ibidem.*
121. *Ibidem.*
122. *Idem,* p. 74.
123. *Ibidem.*

terminar la obligación primaria, sino que funcionan como una justificación o excusa mientras subsistan,[124] lo que se aclara en el artículo 27. De conformidad con el artículo 26, estas circunstancias no pueden invocarse en caso de que la norma primaria violada tenga naturaleza imperativa de derecho internacional general. En los Comentarios, la CDI señaló que los criterios para identificar una norma imperativa son exigentes, al tiempo que afirmó que existen algunas normas claramente aceptadas y reconocidas como tales, como las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación.[125]

La Parte II de los Artículos se refiere al contenido de la responsabilidad internacional del Estado, es decir, a las consecuencias jurídicas que surgen para el Estado responsable. Allí se aclara que tales consecuencias que nacen con la responsabilidad no hacen desaparecer la obligación primaria violada (*cf*. artículo 29). Las consecuencias jurídicas previstas por los Artículos son la obligación de cesar en la violación y ofrecer garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias así lo exigieran (artículo 30) y la reparación integral del perjuicio causado por el hecho ilícito, que comprende el daño material y el daño moral (artículo 31). Los Artículos se refieren expresamente a la retribución (artículo 35), la indemnización (artículo 36) y la satisfacción (artículo 37) como formas de reparación.

El Capítulo III de la Parte II regula el supuesto de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional. Si bien este tema será analizado en profundidad en la próxima sección, aquí se mencionarán brevemente sus disposiciones. Se trata de dos artículos en los que se define su ámbito de aplicación (artículo 40) y se establecen las consecuencias jurídicas de tales violaciones (artículo 41). Estas disposiciones reemplazaron el régimen dispuesto en el artículo 19 propuesto por Roberto Ago en 1976, que distinguía entre delitos internacionales (violaciones de normas dispositivas) y crímenes internacionales (violaciones de normas imperativas). Entre las razones para ello, la CDI señaló que en derecho internacional no se habían desarrollado las consecuencias penales que ello entrañaba para los Estados, como, por ejemplo, las indemnizaciones de carácter punitivo. Asimismo, agregó que ni el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ni el del Lejano Oriente trataron a Alemania y a Japón, respectivamente, como Estados criminales. En el mismo sentido, citó la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Blaskic*,[126] en el que se afirmó que los Estados no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevé en los ordenamientos penales nacionales.[127]

124. *Idem,* p. 75.

125. *Idem,* p. 91.

126. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Tihomir Blaskic*", Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber II of 18 July, 1997*, 29 de octubre de 1997, IT-95-14-ARI08bis.

127. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 119.

El artículo 40 establece el ámbito de aplicación sobre la base de dos criterios: se debe tratar de una violación grave de una obligación contraída en virtud de normas imperativas de derecho internacional, mientras que el artículo 41 establece las consecuencias jurídicas de dicha violación.[128] En primer lugar, todos los Estados deben cooperar para poner fin por medios lícitos a la violación y, en segundo lugar, ninguno deberá reconocer como lícita la situación creada por dicha violación, ni prestar asistencia o ayuda para mantenerla. Ello, sin perjuicio de otras consecuencias reguladas por los Artículos u otras que se podrían generar según el derecho internacional.[129]

La Parte III de los Artículos se refiere a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional. Aparece aquí explicada la noción de Estado lesionado, aquel "cuyo derecho individual ha sido negado o menoscabado por el hecho internacionalmente ilícito o que ha quedado particularmente afectado por ese hecho". Por otro lado, esta noción se distingue de los Estados con interés jurídico en invocar la responsabilidad,[130] que está regulado en el artículo 48. Así, el artículo 42 dispone que un Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado respecto de la violación de una obligación que existe respecto de dicho Estado de forma individual o respecto de un grupo de Estados del que forma parte, o de la comunidad internacional en su conjunto, si afecta especialmente a ese Estado o si modifica radicalmente la situación de los demás Estados con los que existe esa obligación con relación a su ulterior cumplimiento.

En los Comentarios, la CDI indicó que la invocación de la responsabilidad "significa adoptar medidas de carácter relativamente oficial como, por ejemplo, la presentación de una reclamación contra otro Estado, o el inicio de procedimientos ante una corte o tribunal internacional". En este sentido, la mera crítica de la actuación de un Estado, la protesta o los contactos diplomáticos oficiosos no son formas de invocación suficientes a los fines de los Artículos.[131]

Los Artículos también prevén los requisitos formales para la invocación, que incluyen la notificación –no necesariamente por escrito– de la reclamación por el Estado lesionado al Estado responsable, que debe incluir la mención del comportamiento que este debería observar para poner fin al hecho ilícito en caso de que continuara y la forma que debería adoptar la reparación (artículo 43). En los Comentarios se aclara que, si bien la responsabilidad nace *ipso iure* cuando se comete el hecho internacionalmente ilícito, en la práctica es necesario que el

128. Se ha observado que esas obligaciones no serían estrictamente normas secundarias ordinarias, sino consecuencias adicionales que surgen de una norma secundaria. *Cf.* Bonafé (2009:21).
129. En este sentido, resulta relevante citar los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Res. A/60/147 del 16 de diciembre de 2005.
130. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 124.
131. *Idem,* p. 125.

Estado lesionado u otros Estados interesados manifiesten su voluntad de exigir la cesación o reparación, ya que la inacción del Estado lesionado puede, eventualmente, resultar en la pérdida por renuncia o aquiescencia del derecho a invocar la responsabilidad,[132] cuestión prevista por el artículo 45. Sin embargo, la CDI aclaró que una demora no será obstáculo para una reclamación salvo que de las circunstancias se pueda inferir que el Estado lesionado ha dado su aquiescencia a la extinción de la reclamación o que el Estado demandado resulte gravemente perjudicado. Observó, además, que la jurisprudencia internacional ha sido flexible en el análisis de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta, por ejemplo, la importancia de los derechos en juego y ponderando especialmente si el Estado demandado ha sufrido algún perjuicio como resultado de la demora en el sentido de que habría podido razonablemente esperar que no se insistiera en la reclamación.[133]

El artículo 47 regula el supuesto en el que varios Estados son responsables por un mismo hecho internacionalmente ilícito. El principio general es que cada Estado es responsable separadamente del comportamiento que se le atribuya y que el hecho de que otros Estados también sean responsables no disminuye tal responsabilidad.[134] Los Comentarios plantean como posibles los supuestos en que dos o más Estados conciertan la comisión del hecho ilícito en circunstancias que dan cuenta de su actuación conjunta respecto de toda la operación, o cuando dos Estados actúan por conducto de un órgano común que lleva a cabo la conducta, o un estado que dirige y controla a otro Estado de manera que ambos son responsables del hecho.[135]

El artículo 48 prevé la posibilidad de que un Estado diferente del lesionado invoque la responsabilidad si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que forma parte el Estado invocante y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo o si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. La CDI ofreció como ejemplo de este tipo de obligaciones aquellas referidas al medio ambiente o la seguridad de una región, como sería el caso de un tratado regional sobre el establecimiento de una zona libre de armas nucleares o de un sistema regional de protección de derechos humanos.[136] En estos casos, los Estados invocantes podrán reclamar la cesación del hecho internacionalmente ilícito y garantías de no repetición, así como la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. En estos supuestos, los Estados no actúan a título individual, sino en su calidad de miembros de un grupo o de la comunidad internacional en

132. *Idem,* p. 128.
133. *Idem,* p. 131.
134. *Idem,* p. 133.
135. *Ibidem.*
136. *Idem,* p. 135.

los casos de las obligaciones *erga omnes*. Sin embargo, los Comentarios señalan que la CDI evitó usar este término por considerar que no transmite la suficiente información acerca de la obligación en cuestión, según lo desarrollado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*[137] y porque no es su función ofrecer ejemplos de tales obligaciones.[138]

El Capítulo II de la Parte III regula en detalle la imposición de contramedidas, es decir de medidas que serían contrarias a las obligaciones internacionales de un Estado lesionado respecto del Estado responsable, pero que se toman, precisamente en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido por este para obtener el cese y la reparación del hecho. El artículo 50.1.d) dispone que las contramedidas no pueden afectar obligaciones que emanen de normas imperativas del derecho internacional general. En los Comentarios, la CDI explicó que como estas normas no pueden ser derogadas por acuerdos particulares entre Estados, menos podrían aún ser derogadas por una acción unilateral, como lo es una contramedida.[139]

La Parte IV incluye disposiciones de tipo general, como el artículo 55 que recoge el principio de la *lex specialis*, prescribiendo que los Artículos no se aplicarán en caso de que las condiciones para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito se rijan por normas especiales de derecho internacional. El artículo 56 complementa esta disposición al establecer que las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional del Estado cuando no estuvieren comprendidas en los Artículos. Por su parte, el artículo 57 deja por fuera de los Artículos las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de las organizaciones internacionales o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

El artículo 58 resulta de gran relevancia para esta investigación, pues dispone que los Artículos deben entenderse "sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado". En los Comentarios, la CDI observó que el principio de que los funcionarios del Estado también pueden ser responsables con arreglo al derecho internacional "sirvió de base a la evolución del más reciente derecho penal internacional" y que hasta entonces, se había aplicado solamente en la esfera de la responsabilidad, lo que no implicaba excluir la posibilidad de que existiera una responsabilidad civil individual.[140] Esta cuestión había sido examinada en el Primer Informe del Relator Especial García Amador, quien había concluido que, de existir tal responsabilidad, debía tener

137. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (new application: 1962) (Bélgica vs. España) Second Phase, sentencia del 5 de febrero de 1970, *I.C.J. Reports 1970, p. 3,* párrs. 33-34.

138. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 136.

139. *Idem*, p. 132.

140. *Idem,* p. 152.

naturaleza subsidiaria para evitar que por la insolvencia de los individuos quedaran sin reparación los daños o que estos no fueran reparados adecuadamente.[141] Sin embargo, para la fecha en que la CDI presentó su informe final, existían en el derecho internacional ejemplos de normas que preveían la obligación de los individuos de compensar a las víctimas, como el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.[142]

La Comisión reconoció la dualidad de las responsabilidades –lo que será desarrollado en la Parte III–, al afirmar que muchas veces, cuando los crímenes son cometidos por funcionarios públicos, el propio Estado también es responsable de esos hechos o lo es por no haberlos prevenido o sancionado. En esos supuestos, "la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado".[143] En efecto, sostuvo que "el enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no eximen al Estado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacionalmente ilícito".[144] Asimismo, de forma inversa, señaló que los funcionarios tampoco pueden escudarse en el Estado para eludir su propia responsabilidad.[145] En ese sentido, la CDI recordó el artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que, desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del individuo, establece que "[n]ada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional", junto con el principio "bien establecido de que una posición oficial no excusa a una persona de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional".[146]

Finalmente, el artículo 59 cierra los Artículos disponiendo que estos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas, lo que implica que deben ser interpretados de conformidad con dicho instrumento y, en particular, con su artículo 103,[147] que otorga preminencia a las obligaciones emanadas de la Carta por sobre otras obligaciones convencionales. Sin embargo, cabe señalar que mientras los Artículos de la CDI no sean codificados en un tratado, el

141. A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II),* p. 186.

142. Este artículo prevé la posibilidad de que la Corte Penal Internacional dicte una decisión contra la persona condenada por un crimen de su competencia en la que indique la reparación adecuada que este ha de otorgar a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Véase capítulo 6, apartado 3 de este libro.

143. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 152.

144. *Ibidem.*

145. *Idem,* p. 153.

146. *Ibidem.*

147. *Ibidem.* Este artículo se distingue del artículo 55 en el sentido de que este se refiere a la relación de los Artículos de la CDI con alguna rama especializada que tenga la misma jerarquía normativa, mientras que el artículo 59 prevé la relación de los Artículos con la Carta de las Naciones que, en virtud del artículo 103, posee una jerarquía mayor. *Cf.* Gowland-Debbas (2012: 273).

artículo 59 implica que el artículo 103 podría también ser oponible a las normas consuetudinarias en tanto la responsabilidad internacional del Estado continue regulada por esta fuente.[148]

Este recorrido por el trabajo de la CDI permite advertir que el cruce de responsabilidades ha estado siempre presente en los debates y que los expertos han tenido en cuenta los vínculos que pueden surgir entre las dos, así como el hecho de que puede darse una situación en la que la violación de una norma internacional genere ambas responsabilidades. En efecto, ya el primer Relator Especial García Amador identificó un punto de contacto al considerar que la sanción penal de los individuos por crímenes internacionales podía ser pensada como una forma de responsabilidad del Estado. Por su parte, en el marco del Subcomité que funcionó en 1963 se discutió si la responsabilidad estatal podía tener naturaleza penal cuando se generaba por la comisión de tales crímenes. Por supuesto, el cruce más importante surgió con el trabajo del Relator Especial Roberto Ago, quien propuso un régimen de responsabilidad agravada en virtud, *inter alia*, del surgimiento de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de los crímenes de derecho internacional, como el crimen contra la paz, el crimen de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Cabe observar, entonces, que en los primeros trabajos de la CDI se vislumbra con más claridad la posibilidad de que ambas responsabilidades se crucen, quizás, influenciados más fuertemente por el antecedente reciente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. En este sentido, ya se planteaba la posibilidad de la coexistencia de ambas responsabilidades –la estatal y la individual–, lo que fue finalmente receptado en el artículo 58 de los Artículos, aunque sin una explicación o desarrollo claro. Si bien la propuesta de Ago de desarrollar la noción de crimen de Estado no prosperó, sí se incluyó un régimen distinto para los casos de violaciones graves de normas imperativas.

En consecuencia, a continuación, se analizará en particular el trabajo de la Comisión sobre la responsabilidad que surge de la violación de las normas imperativas, ya que resulta especialmente pertinente para este trabajo, a fin de examinar los cruces entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. Como surge del relato histórico, las propuestas que los distintos Relatores Especiales presentaron para la regulación especial de este supuesto se basaban especialmente en el desarrollo reciente de la noción de crímenes internacionales en el ámbito de la responsabilidad internacional de los individuos, que se vinculaban directamente con la noción de normas *ius cogens*.

148. Gowland-Debbas (2012: 280).

4. La discusión sobre la responsabilidad agravada del Estado

Como fuera desarrollado en la sección anterior, los Artículos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional incluyen un régimen especial para los supuestos de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional, que ha sido calificado como un régimen agravado de responsabilidad. El camino recorrido por los diferentes Relatores Especiales da cuenta de la relevancia que tiene dicha regulación para esta investigación, en virtud de que una de las razones por las cuales se planteó por primera vez la propuesta de dejar de lado el tratamiento único de responsabilidad para pensar una regulación especial se relacionó directamente con la aparición de la responsabilidad internacional del individuo.

En 1963, la Comisión había incluido en la agenda temática de la Relatoría la pregunta acerca de la pertinencia de la distinción entre distintos tipos de hechos internacionalmente ilícitos. La aplicación de las reglas clásicas en materia de responsabilidad estatal no se estimaba adecuada para lidiar con instancias de violación de ciertas normas, ya que tales conductas parecían contradecir el rol mismo del Estado en el sistema tradicional y las bases de la comunidad internacional.[149]

Sin embargo, fue recién en 1976 cuando Roberto Ago propuso por primera vez esta cuestión, vinculándola con "el surgimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano cuyo comportamiento ha violado obligaciones internacionales de contenido determinado debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado".[150] Así, sugirió incorporar una distinción que categorizaba las conductas de los Estados en delitos y crímenes,[151] según se tratara de violaciones de normas dispositivas o de normas imperativas, respectivamente.

En su Informe, Ago sostuvo que, a la luz del estado del derecho internacional, resultaba adecuado adoptar dos regímenes diferentes de responsabilidad del Estado en virtud de la naturaleza de la obligación violada. Si bien el Relator Especial admitió que la gran mayoría de la jurisprudencia internacional solamente había reconocido el derecho a invocar la responsabilidad a los Estados directamente lesionados en sus propios intereses jurídicos –dando como ejemplo la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso África Sudoccidental donde se negó a admitir la existencia de un "*actio popularis*" que reconociera el derecho de cada miembro de la comunidad internacional de ejercer la defensa de un interés

149. Nollkaemper (2010: 345).

150. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 34.

151. A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*.

público–,[152] observó que pocos años después la Corte cambió su posición.[153] En efecto, en un *obiter dictum* de la sentencia dictada en el caso conocido como *Barcelona Traction*, el tribunal sostuvo que debían distinguirse las obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto de las que surgían entre Estados, en el ámbito de la protección diplomática. Entre las primeras, que denominó obligaciones *erga omnes,* la Corte incluyó la prohibición de agresión y la prohibición de genocidio y los principios relativos a los derechos básicos de las personas, como la protección contra la esclavitud y contra la discriminación racial.[154] Ago observó que dicha resolución aceptaba la posibilidad de hacer una distinción entre los sujetos autorizados a reclamar la responsabilidad internacional en uno y otro caso.[155]

Asimismo, señaló que, si bien la visión tradicional de la responsabilidad de los Estados había sido la de un régimen único, en el período de entreguerras y, con más fuerza, luego de la Segunda Guerra Mundial, se comenzó a identificar una tendencia que buscaba distinguir el régimen sobre la base del contenido de la norma violada. En su opinión, esa distinción se basaba en la memoria de los terribles crímenes sin precedentes cometidos durante ese conflicto y en el sentimiento de horror causado por las masacres sistemáticas de millones de seres humanos y la desaparición de grandes porciones de población debido al uso de armas de destrucción masiva, que exigía el establecimiento de normas imperativas de derecho internacional que garantizaran los derechos fundamentales de todas las personas y que permitieran afirmar con más energía la prohibición de ciertos crímenes como el genocidio, el *apartheid* y otras prácticas inhumanas.[156] En esa línea agregó también como fundamento la solidaridad de gran parte de la población mundial con los movimientos anticolonialistas.[157]

152. Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo al África Sudoccidental (Segunda Fase),* (Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica), sentencia del 18 de julio de 1966, *I.C.J. Reports 1966, p. 6*, p. 45. En ambos casos, Etiopía y Liberia habían solicitado a la Corte que declarara que, en la administración del territorio de África Sudoccidental, la Unión Sudafricana había seguido la política del *apartheid* violatoria de la dignidad y los derechos humanos.

153. La Corte Internacional de Justicia recibió muchas críticas luego de su sentencia en el caso de África Sudoccidental. *Cf.* Crawford (2002: 376). Pinto, por ejemplo, observa que la Corte podría haber limitado su decisión a señalar la ausencia de legitimación de los Estados demandantes pero que, en su lugar, eligió descartar que las normas de derechos humanos, en particular el principio de no discriminación, tuvieran efectos *erga omnes*, "privando de juridicidad todo intento de universalización de tales normas". En su opinión, la reacción frente a dichas sentencias explica el cambio de rumbo en el caso *Barcelona Traction. Cf.* Pinto (2012: 15-16).

154. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, cit., párrs. 33-34.

155. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 31.

156. *Idem*, pp. 33-34.

157. *Idem*, p. 34.

En consecuencia, el Relator Especial sostuvo que la convicción respecto de la necesidad de desarrollar un régimen de responsabilidad diferente para los casos de violación de dichas obligaciones respondía básicamente a tres desarrollos recientes: a) el concepto de normas imperativas o de *ius cogens*; b) la responsabilidad de los individuos a pesar de que actuaran como órganos de los Estados cuando cometían crímenes internacionales y c) las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas referidas a las consecuencias de la violación de ciertas obligaciones internacionales, específicamente, lo dispuesto en el Capítulo VII.[158]

El segundo punto invocado por Ago resulta de particular relevancia para analizar los cruces de la responsabilidad internacional del Estado y del individuo. En efecto, en su informe, el Relator Especial indicó que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional consideraba punibles a las personas que cometan crímenes en calidad de órganos del Estado y, además, reconocía que los tribunales domésticos tienen la "facultad-deber" de someterlas a juicio y castigar esos comportamientos.[159] No obstante, aclaró que esa facultad-deber de los Estados no configuraba una forma de responsabilidad internacional penal del Estado porque este tipo de responsabilidad "podría justificarse, en última instancia, en los casos en que la forma de responsabilidad internacional aplicable al Estado mismo se tradujese en una medida de naturaleza y con finalidades netamente 'aflictivas'" y, eventualmente, en la existencia de una jurisdicción penal internacional. En todo caso, Ago concluyó que no era útil extender al derecho internacional categorías del derecho interno y que lo importante era determinar si se trataba de una responsabilidad diferente de la que emanaba de la violación de otro tipo de obligaciones internacionales.[160]

En esa línea, afirmó que dicho enjuiciamiento "no agota la responsabilidad internacional que corresponde al Estado por hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyen en tales casos", ya que la sanción de los dirigentes del aparato estatal no libera al Estado de su propia responsabilidad internacional.[161] Desde la perspectiva inversa, agregó que ello tampoco implica que, si uno de sus órganos comete un crimen de derecho internacional por el que sea considerado punible, ello deba ser automáticamente entendido como un hecho internacionalmente ilícito que entrañara una forma especial de responsabilidad.[162] Sin perjuicio de la relación entre ambas responsabilidades –la que será analizada de modo puntual en la Parte III de este libro–, Ago observó que, en todo caso, el hecho de que pudiera atribuirse responsabilidad al Estado y al individuo demostraba la importancia que la comunidad

158. *Ibidem*.
159. *Idem*, p. 35.
160. *Ibidem*, nota al pie 154.
161. *Idem*, p. 35.
162. *Ibidem*.

internacional le asignaba a tales obligaciones que correspondían, en gran medida a las impuestas por normas de *ius cogens*.[163]

El Relator Especial incorporó en su informe un recorrido histórico de la cuestión de la responsabilidad internacional que dividió en tres períodos: el período comprendido entre la mitad del siglo XIX y la Primera Guerra Mundial –en el cual observó que el interés científico por determinar las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado era limitado–,[164] el período entre 1915 y 1939 –en el cual existió un auge del estudio de la cuestión–[165] y el período posterior a la Segunda Guerra Mundial cuando, en su opinión, se consolidó la posición que rechaza la existencia de un régimen único de responsabilidad.

Con respecto al segundo período, Ago indicó que no existían trabajos que distinguieran explícitamente las consecuencias jurídicas que pudieran surgir dependiendo del contenido de la obligación internacional violada, pero que, de todos modos, comenzaba a esbozarse, aunque implícitamente, una diferencia de tratamiento en el caso de la agresión.[166] En este punto, resulta interesante señalar que Ago observó, además, que en ese período eran los autores de derecho penal quienes realizaban una diferenciación entre distintas obligaciones y hablaban de la teoría de la responsabilidad penal del Estado, mientras que la mayoría de los doctrinarios internacionalistas "no comprendían realmente la importancia de establecer una diferenciación neta entre dos categorías distintas de hechos internacionalmente ilícitos".[167] Al respecto, mencionó a autores como Saldaña, Pella y Donnedieu de Vabres, quienes proponían la adopción de un código de las violaciones más graves del derecho internacional donde se establecieran las sanciones, que iban desde una pena pecuniaria hasta la ocupación del territorio y, en última instancia, la pérdida de la independencia, todo ello sujeto a la creación de un tribunal penal internacional encargado de aplicar dichas sanciones.[168]

Ago identificó el periodo de la segunda posguerra como aquel en el que se afianzó la posición que proponía distinguir entre distintos hechos internacionalmente ilícitos, influenciada por los sucesos ocurridos durante el conflicto armado. Al respecto, citó como ejemplo a Hersh Lautperpacht, quien sostenía que la consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito ordinario consistía en la obligación de reparar el daño moral y material, mientras que las violaciones graves y brutales que despreciaban la vida humana debían ser calificadas como actos criminales y generar consecuencias diferentes. Estas no debían limitarse a la obligación de reparar, sino que podían abarcar además medidas coercitivas

163. *Idem*, p. 36.
164. *Idem*, p. 44.
165. *Idem*, p. 46.
166. *Idem*, p. 47.
167. *Idem*, p. 48.
168. *Ibidem.*

como la guerra o las represalias, o las sanciones previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.[169]

Con respecto a las propuestas que vinculaban la cuestión con el derecho penal –que resurgieron en la década del '50–, el Relator Especial consideró que confundían el derecho internacional con el derecho interno, lo que resultaba en la ausencia de un efecto práctico.[170]

Asimismo, Ago aclaró que su propuesta de incluir un régimen diferenciado no buscaba incorporar normas primarias al proyecto de artículos, sino que solo se limitaría a tomar nota de su existencia y mencionar al conjunto de obligaciones en general, sin enunciar ninguna en términos precisos, pues, además de que excedería el ámbito de la codificación, con el paso del tiempo se irían añadiendo nuevas obligaciones cuya violación requeriría consecuencias jurídicas especiales.[171] Por ello, sugirió incorporar esferas temáticas en las cuales se encontrarían obligaciones cuya violación pudiera generar consecuencias jurídicas diferenciales, mencionando el ámbito del mantenimiento de la paz, la lucha contra la dominación colonial, la prohibición del aniquilamiento organizado de determinados grupos humanos de un Estado por motivos religiosos, raciales o de otro orden y las prácticas discriminatorias aberrantes y la protección de aquellos bienes esenciales para el desarrollo y supervivencia de la comunidad de Estados.[172]

A continuación, se analizará la regulación de la responsabilidad agravada siguiendo la evolución de la discusión en el marco del trabajo de la CDI. Por ello, se comenzará por la noción de crimen internacional –sugerida por Ago–, pasando, luego, a la de violación grave de una norma imperativa, que la reemplazó y que fue incluida en los Artículos presentados a la Asamblea General. Finalmente, se examinará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de violaciones graves a los derechos humanos como un caso de aplicación de dicho régimen a los efectos de observar cuáles son sus efectos prácticos.

4.1. Los crímenes de Estado

A fin de distinguir entre los dos regímenes de responsabilidad, Ago propuso la categorización de delitos y crímenes internacionales. Como resultado de su trabajo, en 1976, dicha categorización fue adoptada en primera lectura de forma unánime por la Comisión y receptada en el artículo 19 del borrador. El texto del artículo era el siguiente:

169. *Idem*, p. 49.
170. *Idem*, p. 50.
171. *Idem,* p. 56.
172. *Idem*, p. 57.

Artículo 19. —Crímenes y delitos internacionales
1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.
3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:
a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;
d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.
4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito internacional.

En el Informe que la CDI presentó entonces a la Asamblea General incluyó una descripción del trabajo realizado en materia de responsabilidad internacional del Estado, junto con el texto de los 19 borradores de artículos provisionalmente aprobados hasta entonces y los comentarios sobre los cuatro artículos aprobados en su última sesión, entre los que se incluía el artículo 19. Allí explicó que la disposición se refería a la eventual incidencia del objeto de la obligación internacional violada en la calificación del hecho y en las consecuencias jurídicas que surgirían de esa responsabilidad,[173] apoyándose en los argumentos ofrecidos por el Relator Especial Ago.[174] Así, la CDI afirmó que las normas que habían surgido en consecuencia imponían a los Estados obligaciones cuyo respeto responde a un interés colectivo acrecentado de toda la comunidad internacional,[175] y que

173. A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*, p. 94.
174. *Idem*, pp. 99-100.
175. *Idem,* p. 100.

ello debía ser receptado en el proyecto de artículos pues la diferenciación entre distintos tipos de obligaciones tenía un valor normativo y no meramente descriptivo o didáctico.[176]

En este punto, cabe observar que, aunque la CDI trazó un paralelo entre la noción de crímenes internacionales y el concepto de normas imperativas previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, al mismo tiempo afirmó que sería incorrecto concluir que cualquier violación de una norma imperativa constituiría automáticamente un crimen internacional. Si bien aceptó que las violaciones que constituyen crímenes internacionales serían normalmente violaciones de normas de *ius cogens*, tal conclusión no podía ser absoluta, pues la categoría de normas imperativas es mucho más amplia que la categoría de obligaciones cuya violación constituye un crimen internacional. Por ello, el artículo 19 no contenía una mención expresa de las normas imperativas, sino que hace referencia a normas esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, descripción que, en realidad, se ajusta sin problemas al concepto de normas *ius cogens*.[177]

Estas distinciones han resultado, en ciertas oportunidades, un poco confusas, por lo que se ha señalado que la noción de obligaciones *erga omnes* sería más amplia que la de normas *ius cogens*, la que, a su vez, sería más extensa que la de crímenes internacionales.[178] En este sentido, ha sido observado que la diferencia entre los dos últimos conceptos surgiría del enfoque utilizado para definirlos. Mientras que en el caso de las normas *ius cogens* el foco está puesto en sus efectos (lo que se explica por haber sido adoptada en el marco del derecho de los tratados), en el caso de los crímenes internacionales se hizo hincapié en la sustancia, es decir, en su contenido.[179]

Examinando las esferas temáticas señaladas por Ago y receptadas en el párrafo 3 del artículo 19, la CDI concluyó que, a pesar de que existían aún algunas discrepancias al respecto, las manifestaciones del parecer de los Estados eran suficientes para sostener que algunos hechos internacionalmente ilícitos cometidos dentro de tales esferas constituían crímenes internacionales que debían acarrear consecuencias más severas.[180] Indicó que para ello, se había inspirado, básicamente, en la Carta de las Naciones Unidas y que estas no constituían una

176. *Idem*, p. 96.

177. *Idem*, pp. 119-120. Al respecto, se ha observado que una de las razones por las cuales la CDI evitó identificar el crimen de Estado con la violación de una norma imperativa es que, al momento de la redacción del artículo, existía aún bastante resistencia respecto de dicha noción y buscaba que ello no impidiera la aceptación del concepto de crimen internacional. *Cf.* Pellet (1999: 428).

178. Abi-Saab (1999: 348). Sin embargo, por otro lado, se ha señalado que prácticamente no existen diferencias entre ambos conceptos. *Cf.* Crawford (2002: 371).

179. Abi-Saab (1999: 348-349).

180. A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*, p. 108.

lista exhaustiva, sino que la técnica utilizada presentaba, en primer lugar, la esfera o ámbito temático y, en segundo lugar, incluía ejemplos de violaciones graves de obligaciones dentro de dicho ámbito que tuvieran una importancia esencial para el logro de la finalidad fundamental que caracterizara esa esfera.[181]

La CDI agregó, siguiendo el informe de Ago, que la elección del término "crimen internacional" respondió a la práctica de los Estados, de la Sociedad de las Naciones, de las Naciones Unidas y de la doctrina contemporánea, y a instrumentos como la Declaración relativa los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Res. AG 2625/XXV), la Definición de Agresión (Res. AG 3314/XXIX), la Convención contra el Genocidio y la Convención contra el *Apartheid*, entre otros.[182]

En este punto la Comisión reiteró que el hecho de denominar estas conductas como crímenes internacionales era algo "muy distinto de la imputación de ciertos individuos-órganos de actos relacionados con la perpetración de un 'crimen internacional' de Estado y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un 'crimen internacional' o, en todo caso, la única forma de esa responsabilidad".[183]

En su informe, la CDI aclaró que el uso del término "crimen" aplicado en el borrador, que se refería a actos atribuibles al Estado, tampoco debía confundirse con expresiones tales como "crímenes de guerra", "crímenes de lesa humanidad", "crimen contra la paz" o "crimen de derecho internacional", utilizados en varios tratados, que designan crímenes individuales atroces y que requieren que los Estados enjuicien y castiguen a las personas de conformidad con sus derechos internos.[184]

Luego de dicha presentación, la Comisión continuó con su trabajo. En 1985, Wilhelm Riphagen exploró brevemente el uso del término "crímenes internacionales" con relación a las consecuencias que surgirían de su comisión. El artículo 5 de su proyecto establecía que, en caso de comisión de un crimen internacional, todos los Estados serían considerados como Estados lesionados.[185] Asimismo, el artículo 14 establecía las obligaciones que surgían para terceros Estados como consecuencia de la comisión de un crimen internacional: no reconocer como

181. *Idem*, p. 119.

182. *Idem*, p. 117.

183. *Ibidem*.

184. *Idem*, p. 119.

185. A/CN.4/389 y Corr.1 & Corr.2 (solo en francés) Sexto informe sobre el contenido, las formas y los grados de responsabilidad internacional (parte dos del borrador de artículos) e "Implementación" ("mise en oeuvre") de la responsabilidad internacional y la resolución de controversias (parte tres del borrador de artículos), *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1])*, p. 6.

lícita la situación creada por el crimen, no asistir al Estado que lo hubiera cometido para mantener dicha situación y sumarse a los demás Estados para ofrecer asistencia mutua para cumplir tales obligaciones.[186] En su Informe de 1986, Riphagen observó que, si bien la violación de una norma imperativa no implicaba necesariamente la comisión de un crimen internacional, claramente existía una conexión entre ambas nociones.[187]

Luego de recibir los comentarios de los Estados en el marco del Sexto Comité de la Asamblea General, el borrador del artículo 19 fue revisado en 1993 por el nuevo Relator Especial, Gaetano Arangio-Ruiz.[188] Si bien Arangio-Ruiz sostuvo que no era posible arribar a una conclusión definitiva, decidió de todas maneras dejar planteados los interrogantes que surgían de dichos comentarios. El Relator Especial señaló que la propuesta del artículo 19 había sido aceptada por la mayoría de los Estados, en particular, por los entonces países socialistas y por los países en vías de desarrollo. Por otro lado, Estados como Francia, Grecia, Estados Unidos, Australia y Portugal se manifestaron decididamente en contra de la propuesta de incluir el término "crimen internacional", aunque no rechazaron la posibilidad de crear un régimen especial para la violación grave de obligaciones de importancia fundamental para la comunidad internacional. Las críticas recibidas se concentraron en el riesgo de criminalizar la conducta de los Estados y en la imposibilidad de trazar un paralelismo entre el derecho internacional y el derecho penal. Asimismo, los Estados señalaron que no existía base normativa suficiente que permitiera implementar sanciones de tipo punitivo en materia de responsabilidad estatal. De particular interés resulta el comentario respecto de que la criminalización de la conducta de los Estados podía implicar responsabilidad colectiva, lo que sería incompatible con los estándares jurídicos civilizados.[189] Otro grupo de Estados se mostró a favor de crear un régimen de responsabilidad diferenciado para los crímenes internacionales, pero en contra de la posibilidad de que este previera sanciones de tipo punitivas o penales, pues ello podía entrañar una violación del principio de igualdad jurídica soberana de los Estados, ya que favorecerían los reclamos imperialistas de algunos los Estados con la capacidad de imponer ese tipo de sanciones.[190]

186. *Idem*, p. 13. Ello surge expresamente de la Opinión Consultiva dictada por la Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970),* Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, *I.C.J. Reports (1971), p. 16*, párrs. 117-125.

187. A/CN.4/397 y Corr.1 & 2 y Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1986, Vol. II [1])*, p. 5.

188. A/CN.4/453 y Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1993).*

189. Esta observación parece referirse a la discusión acerca de la viabilidad de la responsabilidad penal colectiva, lo que será examinado en el capítulo 2, apartado 4 de este libro.

190. A/CN.4/453 y Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1993)*, p. 37.

En su Informe de 1994, Arangio-Ruiz precisó las cuestiones que debían debatirse alrededor del borrador del artículo 19. En primer lugar, incluyó la pregunta acerca de si era posible definir los crímenes internacionales, ya que consideró que la descripción de Ago era algo circular al disponer que los crímenes internacionales eran aquellos reconocidos por la comunidad internacional. En segundo lugar, se refirió a la cuestión de quién determinaría cuándo se había cometido un crimen, distinguiendo entre la agresión y otros crímenes internacionales[191] y, en tercer lugar, la discusión acerca de las consecuencias jurídicas que surgían de la comisión de un crimen.[192] Este tema fue retomado en el Informe presentado por el Relator Especial en 1995.[193]

Resulta interesante señalar que en dicho informe Arangio-Ruiz propuso que una de las diferentes consecuencias jurídicas que podrían surgir en los casos de crímenes internacionales sería la imposibilidad de alegar el límite previsto para la satisfacción como medida reparatoria relacionado con la salvaguarda de la dignidad del Estado, que se establecía en el borrador del artículo 10.b del proyecto.[194] El Relator Especial sostuvo que las únicas restricciones que se podrían imponer a las medidas reparatorias serían aquellas relacionadas con la continuidad de la existencia del Estado, su independencia y su integridad territorial o con las necesidades básicas de naturaleza física o moral de su población.[195] En esa línea, consideró adecuada la imposición de reparaciones vinculadas con, por ejemplo, la derogación de legislación que entrañase discriminación o segregación racial, la celebración de consultas populares como elecciones libres o plebiscitos, la restauración de derechos y libertades fundamentales, el desmantelamiento de plantas peligrosas para el medio ambiente y el cumplimiento del principio *aut dedere aut judicare* con relación a las personas acusadas de cometer *delicta juris gentium*.[196]

Asimismo, en su séptimo informe, Arangio-Ruiz propuso la incorporación de un mecanismo institucional basado en las Naciones Unidas para evitar que, debido a la gravedad de los crímenes y a la severidad de sus consecuencias, surgieran dificultades derivadas de la universalización del estatus de Estado lesionado.[197] El Relator Especial consideró que ello podría crear riesgos de

191. A/CN.4/461 y Add.1-3 & Add.2/Corr.1 *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [1])*, p. 19.

192. *Idem*, pp. 19-20.

193. A/CN.4/469 y Add.1-2, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]).*

194. El artículo finalmente adoptado no se incluye esta distinción, sino que dispone de forma genérica que "La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable".

195. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]),* p. 10.

196. *Idem*, p. 11.

197. En el ámbito de los crímenes internacionales, el vínculo con las Naciones Unidas surgía de forma más clara respecto del crimen de agresión y la cuestión del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

arbitrariedad e inconsistencias relativas a la determinación de la comisión de un crimen y a su atribución.[198] Su propuesta se apoyó en el trabajo de su antecesor, Riphagen, quien había observado que, debido a que la comunidad internacional se encontraba organizada en el marco de las Naciones Unidas para responder a supuestos como los que regulaba el artículo 19 y a que la práctica de sus órganos ya contaba con experiencia en la materia, resultaba lógico que se utilizara dicha estructura para determinar las consecuencias de los crímenes internacionales.[199]

Por lo tanto, una de las opciones que Arangio-Ruiz sugirió fue que la Corte Internacional de Justicia tuviera la facultad de decidir cuándo se cometía un crimen, en la medida en que el proyecto de Artículos se convirtiera en un tratado que incluyera una cláusula compromisoria de aceptación de la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, señaló que no existía una institución que pudiera cumplir el rol de fiscal para filtrar las acusaciones y que dicha facultad permitiría que cualquier Estado pudiera llevar a otro ante la Corte con la mera acusación de la comisión de un crimen, a pesar de que, en realidad, se tratara solamente de la comisión de un delito internacional.[200] En segundo lugar, evaluó que fuese la Asamblea General la encargada de realizar la determinación por ser considerada el órgano más democrático y por tener la competencia material más amplia de la Organización. Como elemento en contra, indicó que sus resoluciones no son vinculantes y que las recomendaciones no tendrían el peso necesario para realizar la determinación.[201] Finalmente, con respecto al Consejo de Seguridad, Arangio-Ruiz observó que la Carta ya le asignaba la facultad de determinar la existencia de un acto de agresión, aunque no a los fines de establecer la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, afirmó que este órgano tampoco tenía la capacidad de realizar una determinación de naturaleza jurídica.[202] En este sentido, estimó que, al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad tomaba decisiones sobre la base de consideraciones de tipo políticas o extrajurídicas, sin necesariamente adoptar criterios uniformes para todas las decisiones.[203]

En consecuencia, recomendó que se adoptase un mecanismo que combinara los factores políticos de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad con el elemento judicial de la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar se llevaría a cabo un examen político por parte de alguno de los dos primeros órganos para determinar si se trataba de una acusación lo suficientemente seria

198. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 17.

199. Klein (2002: 1246).

200. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 20.

201. *Idem,* p. 21.

202. *Idem*, pp. 21-22.

203. *Idem*, p. 22.

para la comunidad internacional, para que luego, en caso afirmativo, se abriera el procedimiento ante la Corte a través de la solicitud de una opinión consultiva o del ejercicio de su competencia contenciosa.[204] El Relator Especial se inclinaba por la segunda opción, siempre sobre la premisa de que los Artículos serían adoptados en la forma de una convención.[205] Esta propuesta, finalmente, no fue aceptada por la CDI.[206]

Tampoco fue incluida en el borrador para la segunda lectura la propuesta de Alain Pellet, miembro en ese momento de la Comisión, quien había sugerido incluir una disposición similar al artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que le otorga jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia en caso de controversias relacionadas con las normas imperativas. De la misma manera, para Pellet, dicho tribunal podría entender en casos relacionados con los crímenes internacionales.[207]

Como fuera explicado, el proyecto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y luego receptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución de 2001 fue preparado por el Relator Especial James Crawford, quien luego se desempeñó como juez de la Corte Internacional de Justicia. En su primer Informe,[208] el Relator Especial calificó la distinción entre crímenes y delitos internacionales como la cuestión más controvertida del proyecto de Artículos. Al igual que su antecesor, consideró que la definición de crimen internacional era circular.[209] Al respecto, ofreció alternativas para definir esta noción teniendo en cuenta elementos como los mecanismos institucionales existentes para su investigación y aplicación o las medidas de reparación, que podrían incluir no solamente las tradicionales medidas compensatorias o de restitución, sino también sanciones o multas.[210]

El Relator Especial contempló las nuevas observaciones presentadas por los Estados en 1996, que se focalizaron principalmente en la ausencia de una

204. *Idem*, p. 23.

205. *Idem*, p. 24.

206. Cabe agregar que doctrinariamente surgieron otras propuestas que sugerían la creación de mecanismos *ad hoc* en el marco de la ONU para cumplir con la tarea, como, por ejemplo, órganos subsidiarios de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. Todas estas propuestas fueron calificadas de poco realistas. La eliminación del término "crimen internacional" tuvo como consecuencia que la discusión acerca de un mecanismo institucional perdiera impulso. *Cf.* Klein (2002: 1250-1252).

207. Pellet (1999: 429).

208. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*).

209. Cabe recordar que lo mismo ha sido dicho respecto del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, al contrario de dicha disposición, el artículo 19 contenía ejemplos de crímenes internacionales y, por lo tanto, no podía ser considerado como una caja vacía. *Cf.* Abi-Saab (1999: 342).

210. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 10.

norma o práctica internacional que reconociera la noción de crimen de Estado, pero sin llegar a rechazar la posibilidad de un régimen especial para cierto tipo de violaciones del derecho internacional.[211] Asimismo, se refirió a los comentarios de otros Estados que consideraron positiva la distinción, aunque con una terminología diferente.[212] Otra de las razones esgrimidas era que el borrador de artículo 19 de Ago incluía referencias que, en realidad, se relacionaban con las llamadas normas primarias de derecho internacional, cuando el proyecto de la CDI se refería exclusivamente a las normas secundarias.[213]

Muchas de las observaciones se relacionaban con la percepción de que la noción de crimen de Estado se oponía a la perspectiva clásica del derecho internacional, según la cual la responsabilidad del Estado nunca es de tipo penal, ya que la categoría de "criminalidad estatal" parecía contradecir premisas básicas de este ordenamiento. En efecto, desde esta visión, la doctrina de la criminalidad estatal podría ser considerada como algo similar a una "blasfemia" contra el orden sagrado del derecho internacional, en el que los Estados son los dioses.[214]

Crawford entendió que en el contexto del derecho internacional la responsabilidad de los Estados no es de naturaleza penal ni de naturaleza civil, sino simplemente de carácter internacional, por lo que el término "crimen" podría resultar confuso.[215] El Relator Especial identificó la postura tradicional respecto de la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales en la célebre frase de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que no consideró a Alemania como un Estado criminal ni previó ninguna forma de responsabilidad criminal del Estado.[216] Asimismo, observó que, sin perjuicio de algunas pocas disposiciones, el proyecto de artículos no contenía un desarrollo

211. Mencionó expresamente los comentarios de Estados Unidos, Francia, Alemania, Reino Unido, Austria, Suiza, Irlanda, *cf. idem*, p. 12.

212. En este grupo, se incluyó a la República Checa, Mongolia, Uzbequistán, los países nórdicos, México, Argentina e Italia, *cf. idem*, p. 13.

213. Crawford y Olleson (2005: 966).

214. Luban (2011: 64). Sin perjuicio de ello, cabe señalar que hay ciertas cuestiones que han logrado inmiscuirse y atravesar el escudo de la soberanía de los Estados como, por ejemplo, la no aplicación de la inmunidad de los jefes de Estado ante tribunales penales internacionales aunque aún es considerada como una regla de derecho internacional ante los tribunales domésticos de los Estados *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (República Democrática del Congo vs. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports 2002, p. 3,* y artículo 27 del Estatuto de Roma. Sin embargo, la cuestión todavía se discute con respecto a los jefes de Estado de países que no son parte del Estatuto de Roma, como por ejemplo en el caso contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ex presidente de Sudán. Véase, *inter alia*, Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Judgement in the Jordan referral re Al Bashir Appeal,* 6 de mayo de 2019, ICC-CPI-02/05-01/09-397-Corr.

215. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 13.

216. *Idem*, p. 14.

del régimen de los crímenes internacionales más allá del borrador de artículo 19.[217] Reconoció, sin embargo, que las nociones de normas imperativas y de obligaciones *erga omnes*, que establecían una cierta jerarquía entre las diferentes normas de derecho internacional, ameritaban diferentes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad estatal.[218]

En consecuencia, propuso cuatro alternativas al modelo del borrador del artículo 19: a) utilizar el término "hecho excepcionalmente grave e ilícito" en lugar de "crimen internacional", b) desarrollar un régimen completo de responsabilidad criminal del Estado, c) rechazar el concepto de crimen de Estado y d) excluir dicha noción del proyecto de artículos.[219]

Si bien el proyecto que adoptó la CDI no utiliza la noción de "crimen de Estado", el Relator Especial Crawford reconoció que es posible que la estructura estatal esté involucrada en conductas criminales que, en ocasiones, también podrían llevar a la determinación de la responsabilidad de los individuos, sugiriendo implícitamente la posibilidad de una dualidad de responsabilidades, aunque sin desarrollar más allá el concepto. Señaló, además, que sería extraño que el sujeto paradigmático del derecho internacional tuviera inmunidad respecto de la comisión de conductas que son consideradas crímenes por dicho ordenamiento. Incluso estableciendo un parangón con los derechos internos, Crawford sostuvo que, sin perjuicio del principio *societas delinquere non potest*,[220] ciertas formas de responsabilidad corporativa se estaban desarrollando en los ordenamientos nacionales.[221] Sin embargo, concluyó que, si bien existía algo de práctica estatal relativa

217. *Idem*, p. 19.

218. *Idem*, p. 17.

219. *Idem*, pp. 18-19.

220. Cabe señalar que esta crítica había sido tratada por Arangio-Ruiz en su séptimo informe, en donde había afirmado que, en realidad, no era posible hacer un parangón entre las personas jurídicas del derecho interno y los Estados, puesto que los últimos eran entes colectivos, más que personas jurídicas (aunque no ahondó en el significado de dicha distinción). *Cf.* A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 26.

221. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 22. Excede el ámbito de esta investigación explorar la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas en las jurisdicciones estatales. Al respecto, véase, entre otros, Caron (2005). Sin embargo, resulta interesante referir que este autor señaló que una comparación entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los derechos internos y la responsabilidad internacional de los Estados por crímenes internacionales implicaría entender a los ciudadanos como accionistas. Así como los accionistas soportan la carga de las sanciones pecuniarias impuestas a una persona jurídica, los ciudadanos deberán soportar la carga de las sanciones impuestas al Estado. Sin embargo, reconoció que esta comparación no resulta del todo adecuada porque se entiende que los accionistas deben soportar dicha carga porque se beneficiaron con la conducta de la corporación, lo que no ocurre en el caso de los crímenes de Estado. Por el contrario, muchas veces son los propios ciudadanos las víctimas de los crímenes estatales. Por ello, este autor sugiere incorporar como factor de análisis el deber de debida diligencia para controlar que sus órganos no cometan crímenes internacionales, de manera que para atribuir a un Estado la comisión de un crimen

a los crímenes de Estado –en particular respecto del crimen de agresión–, esta era de carácter embrionario y colmar dicho vacío excedía el alcance del proyecto de artículos. En consecuencia, Crawford recomendó eliminar el borrador de artículo 19 del proyecto e incluir en su lugar una disposición que versara sobre la violación de obligaciones *erga omnes*, sin perjuicio de que la noción de crimen de Estado continuara desarrollándose como un concepto separado.[222]

Cabe señalar en este punto que una de las razones que mayor peso tuvo en la decisión final de rechazar la propuesta fue la inconveniencia de utilizar expresiones del derecho penal en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados.[223] En esta línea, incluso desde una perspectiva discursiva, pareciera que afirmar que un Estado cometió un crimen entraña un peso valorativo mayor al que conlleva afirmar que cometió un hecho internacionalmente ilícito grave.[224] En este sentido se manifestó Crawford, afirmando que, en caso que se estableciera un sistema de responsabilidad estatal por crímenes internacionales, se debería prever la posibilidad de que el Estado purgue su culpa para evitar que el estigma de criminalidad se mantenga en las generaciones futuras.[225]

Igualmente, desde la perspectiva del derecho penal, afirmar que un Estado ha cometido un crimen puede sonar un poco extraño, ya que se trata de una persona ideal, una ficción jurídica, que no tiene la capacidad de llevar a cabo las conductas que los códigos penales tipifican como delitos ni puede identificarse a su respecto el llamado elemento subjetivo o *mens rea*. Asimismo, tampoco sería posible aplicarle la pena tradicional prevista en el derecho penal: la privación de la libertad. Sin embargo, como se explicará en este libro, la misma Corte Internacional de Justicia aplicó nociones criminales en sus sentencias de 2007 y 2015 en los casos sobre la Convención contra el Genocidio, como por ejemplo conceptos relacionados con el dolo especial y los modos de participación, a los fines de determinar la responsabilidad de Serbia por las violaciones de sus obligaciones respecto del crimen de genocidio.

Otra de las razones que influyó en la decisión de eliminar la noción de "crimen internacional" fue la falta de un mecanismo institucional para determinar la responsabilidad de los Estados por crímenes internaciones. Para este Relator, un régimen genuino de responsabilidad por crímenes internacionales debía

---

internacional se debería probar –tal como ocurre en varios ordenamientos jurídicos nacionales– la ausencia de debida diligencia. *Cf.* Caron (2005: 29-30). En el mismo sentido, se ha observado que, contrariamente a los Estados, las corporaciones buscar maximizar sus ganancias y sus actividades están determinadas por el mercado, y que los accionistas de los Estados serían los/as votantes *Cf.* Posner y Sykes (2007: 87-88).

222. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 23.

223. Crawford (2002: 18).

224. Jørgensen (2000: 185).

225. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 22.

contener un procedimiento de investigación adecuado.[226] Esta preocupación era compartida incluso por aquellos que defendían expresamente la noción de crimen de Estado.[227]

Como será analizado en la Parte III, luego de las sentencias en los casos de la Convención contra el Genocidio resulta incierto si la Corte Internacional de Justicia podría cumplir ese rol.

4.2. Las violaciones graves de las normas imperativas de derecho internacional

Si bien el proyecto que finalmente fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y presentado a la Asamblea General eliminó el artículo 19, mantuvo la existencia de dos regulaciones diferentes en función de la naturaleza de la norma violada, pues se admitió que las nociones de normas imperativas y de obligaciones *erga omnes* vigentes en el ordenamiento internacional establecen una cierta jerarquía entre las diferentes normas internacionales que ameritaba diferentes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad estatal.[228] Se trata, de hecho, de los dos componentes de la noción de crimen internacional.[229] Algunos autores han señalado que, aunque el término "crimen" se eliminó del proyecto, la noción de un doble régimen de responsabilidad quedó intacta, puesto que existe una identidad entre el "crimen" y la violación grave de normas imperativas". En este sentido, esta última noción, al igual que en el caso del "crimen", también implica un cierto de ambigüedad y subjetividad.[230]

La noción de normas imperativas –también llamadas normas de *ius cogens*– se consolidó a mediados del siglo XX como una consecuencia de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, que puso en la agenda internacional temas como el respeto de los derechos humanos, la prohibición de la amenaza o el uso de fuerza o el principio de la libre determinación de los pueblos.[231] Se trató de un cambio cualitativo de la estructura del ordenamiento jurídico internacional, que reconoció la existencia de valores comunes de la comunidad de Estados que requería una protección mayor.[232]

226. Jørgensen (2000: xi).

227. Pellet (1999: 426).

228. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*), p. 17.

229. Crawford (2002: 37).

230. Dupuy (2002a: 1061). En un sentido similar, Wyler ha señalado que "*the murder of crime does indeed look innocent*", *cf.* (2002: 1147).

231. Pinto (2012: 6-7).

232. Abi-Saab (1999: 339-340).

Las normas imperativas obligan a todos los Estados por igual, sin perjuicio de que hayan expresado su consentimiento al respecto, es decir, contienen obligaciones de carácter *erga omnes*[233] y obligan a otros sujetos, como las organizaciones internacionales o los individuos.[234] Asimismo, se considera que representan un orden público internacional que introduce un elemento vertical en un orden jurídico horizontal,[235] lo que implica ciertas dificultades para asignarle contenido específico.[236]

Si bien no utilizó expresamente esta noción, en 1951 la Corte Internacional de Justicia pareció reconocer este tipo de normas en la Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, donde afirmó que los principios que subyacen a la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin que exista una obligación convencional.[237] Cabe señalar, no obstante, que también es posible entender esta afirmación como una confirmación del estatus de norma consuetudinaria de la prohibición de genocidio. Sin embargo, debe observarse que en 1951 la práctica en materia de derechos humanos era escasa y, por lo tanto, resultaba difícil afirmar la existencia de una prohibición consuetudinaria del crimen de genocidio.[238]

Como ya fuera mencionado, el concepto de norma imperativa fue incluido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,[239] único instrumento internacional vigente que prevé una definición.[240]

233. Gaja (1989: 158); Wyler & Castellanos Jankiewicz (2014: 13). Véase también Corte International de Justicia, *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia), Excepciones Preliminares, sentencia del 11 de julio de 1996, *I.C.J. Reports, p. 595*, párr. 31.

234. Wyler & Castellanos Jankiewicz (2014: 4).

235. Klabbers (2013: 61).

236. Pinto (2012: 10).

237. Corte International de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951, p. 15*, p. 23.

238. Pinto (2012: 13). Véase capítulo 3 de este libro.

239. Esta Convención dispone, además, que un tratado será nulo y terminará cuando sea contrario a una norma imperativa que surja luego de su entrada en vigor (*cf.* artículo 64). Asimismo, el artículo 71 dispone que en el caso del artículo 53, deben eliminarse las consecuencias del tratado y las partes deben ajustar su conducta al orden jurídico vigente, y que en el caso del artículo 64, debe dejarse sin efecto el tratado sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos antes de la aparición de la nueva norma de *ius cogens*. Finalmente, el artículo 66.a) establece que en caso de controversia relativa a la aplicación o interpretación de los artículos 53 y 64, las partes podrán someterla a la Corte Internacional de Justicia, a menos que, de común acuerdo, la sometan a arbitraje.

240. Estados como Francia expresaron su rechazo a la noción porque consideraron que amenaza "la santidad de los tratados", *cf.* Frowein (2009: 1). Para este Estado, la noción amenaza la autonomía de la voluntad y la centralidad de su consentimiento, pilares básicos de la concepción positivista del derecho internacional.

Allí se dispone la nulidad absoluta de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional. En realidad, como fuera dicho ya respecto de la definición de crimen internacional, se trata de una descripción un tanto circular ya que dispone que las normas imperativas son aquellas reconocidas como tal por la comunidad internacional en su conjunto, que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma de igual carácter. El comentario al proyecto de Convención presentado por la CDI mencionaba como ejemplos de tratados nulos a aquellos que previeran el uso de fuerza de forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas, que dispusieran la comisión de actos criminales como la esclavitud, la piratería o el genocidio, o la violación de derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de autodeterminación.[241]

La doctrina[242] y jurisprudencia han incorporado nuevos elementos a la definición, sosteniendo que se trata de aquellas normas que protegen valores universales de la comunidad internacional en su conjunto. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia –que no suele utilizar con frecuencia esta noción y tiende a optar por un lenguaje alternativo como "obligaciones *erga omnes*"[243] o "principios intransgredibles del derecho internacional"[244]– finalmente la utilizó expresamente en 2006 para referirse a la prohibición del crimen de genocidio.[245] Asimismo, en 2012, la Corte reconoció –aunque de forma un tanto elíptica– el carácter de norma imperativa de la prohibición de asesinato de civiles en territorio ocupado, así como la deportación de civiles y de prisioneros de guerra para someterlos a

241. Frowein (2009: 2).

242. González Napolitano (2015: 84); Barboza (2008² [1999]: 132); Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 13).

243. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, cit. párrs. 33-34. Con este concepto se hace referencia a obligaciones oponibles a toda la comunidad internacional. Si bien se sostiene comúnmente que todas las normas imperativas tienen carácter *erga omnes* pero que no todas las obligaciones *erga omnes* tienen naturaleza imperativa, la distinción entre ambas categorías no es tan tajante. *Cf.* Kadelbach (2006: 27). Este concepto fue utilizado también en el *Case concening East Timor* (Australia vs. Portugal), sentencia del 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1995, p. 90*, párr. 29 y en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports 2004, p. 136*, párr. 155.

244. Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996, p. 226*, párr. 79.

245. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports 2005, p. 168*, párr. 64. Ello fue repetido en el *Caso sobre la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 161.

trabajo esclavo.[246] Ese mismo año manifestó expresamente que la prohibición de la tortura configuraba una norma de carácter imperativo.[247]

En el ámbito de los derechos humanos, especialmente en el contexto del Sistema Interamericano, la noción de norma imperativa ha sido utilizada en varias oportunidades. Así, uno de los primeros ejemplos se encuentra en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que sostuvo que la prohibición de imponer pena de muerte a menores de edad tenía naturaleza imperativa.[248] La Corte Interamericana calificó como una norma de *ius cogens* el principio de igualdad y no discriminación,[249] la prohibición de la desaparición forzada[250] y el deber de investigarla, enjuiciarla y sancionarla,[251] la prohibición de esclavitud[252] y el principio de no devolución.[253] La prohibición de la tortura también fue

246. Corte Internacional de Justicia, *Jurisdictional Immunities of the State* (Alemania vs. Italia: Grecia interviniente), sentencia del 3 de febrero de 2012, *I.C.J. Reports 2012, p. 99*, párr. 93. En este párrafo, la Corte no dice de forma directa que dichas prohibiciones sean normas imperativas, sino que, en su lugar, manifiesta que, *asumiendo* para este fin que las normas del derecho de los conflictos armados que prohíben el asesinato de civiles en territorio ocupado, la deportación de civiles para trabajo esclavo y la deportación de prisioneros de guerra para trabajo esclavo sean normas de *ius cogens*, no hay un conflicto entre esas reglas y las reglas de la inmunidad de los Estados (resaltado y traducción propios). El original dice: "Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of jus cogens, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity".

247. Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica vs. Senegal), sentencia del 20 de julio de 2012*, I.C.J. Reports 2012, p. 422*, párr. 99.

248. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 3/87, Caso N.º 9647 (*Roach & Pinkerton*), Estados Unidos, párr. 56.

249. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, Serie A No. 18, párr. 101.

250. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 84; *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 91 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 59; entre otros.

251. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 137.

252. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 249.

253. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-25/2018, Serie A No. 25, párr. 181.

reconocida como una norma imperativa por la Corte Interamericana[254] y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[255]

Si bien excede el ámbito de este capítulo, a fin de completar el desarrollo, cabe mencionar que, en el ámbito de la responsabilidad individual, el Tribunal Penal International para la ex Yugoslavia también calificó dicha prohibición como norma imperativa[256] y sostuvo claramente que la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario –en particular aquellas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio– son normas *ius cogens*.[257] La Corte Penal Internacional, por su parte, ha reconocido tal carácter al principio de no devolución en materia del derecho internacional de los refugiados.[258]

Si bien existe consenso jurisprudencial respecto del carácter imperativo de algunas normas como la prohibición de comisión de genocidio y de tortura, la metodología utilizada para su identificación tiene carácter inductivo,[259] por lo que aún se trata de un concepto ambiguo y esquivo. La falta de claridad respecto del método de identificación de este tipo de normas es una característica que comparte con la noción de crímenes internacionales, pues en ambos casos la decisión es de "la comunidad internacional", que resulta un concepto bastante amorfo en sí mismo.[260] Sin embargo, como se verá, la práctica estatal ha aceptado en mayor medida la noción de normas *ius cogens*.

A pesar de la centralidad que ha adquirido la noción de normas imperativas en los últimos años y de las consecuencias que entraña en materia de tratados y de responsabilidad internacional, la CDI había evitado incluirla en su agenda. Fue recién en 2015 cuando finalmente decidió incorporarla en su programa de trabajo y nombrar un Relator Especial para que la examinase, el sudafricano Dire Tladi. El Relator presentó su primer informe en 2016 y el cuarto en 2019, año

254. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de octubre de 2004, Serie C No. 114, párr. 143 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 117.

255. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido*, (Application 35763/97), Sentencia del 21 de noviembre de 2001, párr. 61.

256. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Anto Furundzija, *Judgment*, 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T, párr. 144.

257. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zoran Kupreskic, Mirjam Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic y Vladimir Santic a/k/a Vlado", *Judgment*, 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, párr. 520.

258. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, "Fiscal vs. Germain Katanga", *Decision in the application for the interim release of detained witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 y DRC-D02-P-0350*, 1° de octubre de 2013, ICC-CPI-01/04-01/07-3405-tENG, párr. 30.

259. Kadelbach (2006: 40).

260. Gilbert (1990: 358).

en que el proyecto de conclusiones que preparó como resultado de su estudio fue adoptado por la CDI en primera lectura[261] y transmitido a los Estados para que presentaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1° de diciembre de 2020.

En su primer informe, el Relator Especial presentó un análisis histórico del desarrollo de la noción de *ius cogens*, señalando la importancia que tuvo la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[262] Asimismo, sostuvo que, desde entonces, si bien los cuestionamientos respecto de dicho concepto habían disminuido, aún resultaba necesario aclarar que el *ius cogens* se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional. Al respecto, afirmó que, a pesar de que las críticas suelen relacionarse con la ausencia de práctica y su incompatibilidad con la naturaleza y estructura del ordenamiento jurídico internacional,[263] existía un amplio universo de decisiones jurisprudenciales internacionales y nacionales y de práctica estatal que reconocía la existencia de las imperativas.[264]

Entre los elementos del *ius cogens*, sobre la base del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 el Relator Especial señaló que se trataba de una norma de derecho internacional general, que no admite acuerdo en contrario y que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como tal.[265] A ello, agregó que la práctica y la doctrina incorporaron elementos relativos al contenido de la noción, como su aplicación universal, su jerarquía superior a otras normas de derecho internacional y el hecho de que tiene como función amparar valores fundamentales de la comunidad internacional, por lo que reflejaría el orden público internacional.[266]

El trabajo del Relator estuvo atravesado por diversas discusiones relacionadas con la metodología y la viabilidad de incluir una lista de normas imperativas. Con respecto a la última, el Relator realizó un examen de aquellas normas que la CDI y la Corte Internacional de Justicia habían calificado como normas de *ius cogens* en trabajos anteriores, como por ejemplo la prohibición de la agresión, de la tortura y del crimen de genocidio, o el derecho a la libre determinación.[267] Asimismo, incluyó otras normas que no habían sido identificadas como tales,

261. A/CN.4/L.936. Se trata de un proyecto de 23 conclusiones, *cf.* A/74/10.

262. A/CN.4/693, "Primer Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2016, párr. 28.

263. *Idem*, párr. 44.

264. *Idem*, párrs. 46-49.

265. *Idem*, párr. 61.

266. *Idem*, párr. 63.

267. A/CN.4/727, "Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2019, párrs. 56-121.

como la prohibición de desaparición forzada, el principio de no devolución, la prohibición de discriminación y los derechos ambientales, entre otras.[268]

De particular interés para esta investigación resulta el análisis de la prohibición del crimen de genocidio como norma imperativa. Al respecto, el Relator Especial observó que en el año 1951 la Corte Internacional de Justicia se refirió al crimen y, si bien no utilizó la noción de norma de *ius cogens* –que, valga la aclaración, no había sido desarrollada aún como tal–, de todas maneras, la caracterización que hizo respecto de la Convención contra el Genocidio encuadra, sin dudas, en la definición actual del concepto. En efecto, la Corte afirmó que "los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional" y que la condena del genocidio tenía carácter universal.[269] Recién en 2006 la Corte calificó explícitamente la prohibición de genocidio como una norma imperativa haciendo referencia, precisamente, a la Opinión Consultiva de 1951.[270] Asimismo, Tladi recordó que Ago había incluido dicha prohibición como una de las normas cuya violación daba nacimiento a un crimen internacional.[271] Así, el Relator consideró que, además de una sólida jurisprudencia internacional y aceptación de la doctrina, existía una clara práctica de los Estados que reconocía el carácter de norma imperativa de la prohibición de genocidio, reflejada en una serie de decisiones de tribunales nacionales.[272] De hecho, en la lista no exhaustiva de normas de naturaleza imperativa contenida en su Proyecto de Conclusiones, el Relator incluyó la prohibición de genocidio.[273]

268. *Idem*, párrs. 122-136.

269. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit.

270. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo vs. Ruanda), sentencia del 3 de febrero de 2006. *I.C.J. Reports 2006*, *p. 6*, párr. 64.

271. A/CN.4/727, "Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2019, párr. 80.

272. *Idem*, párr. 81.

273. A/CN.4/747, "Quinto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*", 2022, conclusión 23. Cabe señalar que, en este informe, el Relator respondió a los comentarios presentados por los Estados. Ente ellos, Estados Unidos había propuesto que se suprimiera el proyecto de conclusión 10, que dispone que la nulidad de todo tratado que esté en oposición de una norma imperativa y su terminación si se tratara de una norma sobreviniente. El Relator utilizó el crimen de genocidio para cuestionar este comentario, preguntándose si este Estado entendía que el derecho internacional actual puede considerar un tratado celebrado por dos o más Estados para la comisión de un genocidio como válido, afirmando que "en derecho internacional hay muy pocas normas realmente trilladas, pero esta es una de ellas". *Cf.* párr. 115.

En su tercer informe, el Relator Especial observó que existía práctica escasa con relación a las consecuencias jurídicas concretas de las normas imperativas.[274] Al respecto, señaló que esa cuestión podría analizarse desde la perspectiva de las fuentes de derecho internacional, desde un enfoque funcional –tomando en cuenta, por ejemplo, la función de rendición de cuentas, de resolución de conflictos o de nulidad–, o desde el sentido de la inderogabilidad. Asimismo, las consecuencias podrían examinarse desde la perspectiva de las diferentes ramas del derecho internacional, como los derechos humanos, el medio ambiente, [275] o el derecho internacional penal,[276] entre otras. En virtud de ello, Tladi decidió enfocarse en las consecuencias que habían sido identificadas con mayor frecuencia, es decir, las consecuencias en el derecho de los tratados y con relación a la responsabilidad internacional del Estado.[277]

Así, tratándose de un concepto con mayor aceptación que el de crimen de Estado,[278] los Artículos adoptados por la CDI y elevados a la Asamblea General construyen el régimen especial sobre la base de la noción de norma imperativa, incluyendo, además, un umbral de gravedad.

En efecto, el artículo 40 de los Artículos establece el ámbito de aplicación sobre la base de dos criterios: se debe tratar de una violación grave de una obligación contraída en virtud de normas imperativas de derecho internacional. La gravedad de la violación implica un incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación. Un incumplimiento flagrante se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos, es decir, un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma, mientras que la sistematicidad entraña una manera organizada y deliberada de realización. Entre los factores a tener en cuenta para analizar la gravedad, los Comentarios mencionan la intención de violar la norma, el alcance y el número de violaciones individuales y las consecuencias para las víctimas. Cabe observar que la CDI afirmó que hay prohibiciones como la del crimen de genocidio que requieren por su propia naturaleza, además, una violación intencional a gran escala[279] o una intención sistemática.[280] La CDI decidió seguir el camino del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y no dar ejemplos de normas imperativas; sin embargo, agregó que se trata de "normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a

274. A/CN.4/714, "Tercer Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2018, párr. 21.
275. *Idem*, párr. 25.
276. *Idem*, párr. 27.
277. *Idem*, párr. 26.
278. El artículo 19 fue eliminado en la segunda lectura de 1996. *Cf.* Crawford (2002: 365).
279. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 121.
280. Crawford (2002: 381).

considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales".[281]

Por su lado, el artículo 41, sobre la base de la propuesta del Relator Especial Riphagen, dispone como consecuencias jurídicas particulares que los Estados deben cooperar para poner fin a dichas violaciones y que no deben reconocer como lícita una situación creada por tal violación grave, ni prestarán ayuda o asistencia para mantener esa situación.[282]

Surge entonces que, de acuerdo con el régimen adoptado finalmente por la Comisión de Derecho Internacional, son los terceros Estados quienes asumen nuevas obligaciones frente a una violación grave de una norma imperativa, mientras que el Estado responsable no debe afrontar una carga extra o diferente de aquella que surge de la violación de una norma dispositiva,[283] sino que le serán aplicables las consecuencias jurídicas generales previstas en los Artículos. Una de las razones de este régimen puede encontrarse en la decisión de dejar de lado el borrador del artículo 19 y la noción de crímenes internacionales. Por otro lado, también podría responder a la ausencia de consenso respecto de la posibilidad de reclamar daños punitivos o no compensatorios en estos casos.[284] Las propuestas de Arangio Ruiz señaladas en el apartado anterior que asumían una concepción penalista[285] de la responsabilidad establecían consecuencias concretas y gravosas para el Estado responsable fueron dejadas de lado.

Sin embargo, cabe observar que en el proyecto de Artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, el entonces artículo 42.1 disponía que "[u]na violación grave tal como se define en el artículo 41 podrá entrañar para el Estado responsable la obligación de pagar daños y perjuicios que *reflejen la gravedad de la violación*" (resaltado agregado).[286] Ello podría interpretarse en el sentido de que se aceptaba la posibilidad de que la indemnización fuese mayor en los casos de la responsabilidad agravada en virtud, precisamente, de la gravedad de la violación, distinguiéndola de la compensación prevista en el

281. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 120.

282. Resulta interesante señalar que la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a las obligaciones que surgen del artículo 41 en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Ocupado de Palestina, pero sin calificar la obligación violada como naturaleza imperativa, sino que se limitó a resaltar el carácter e importancia de los derechos y obligaciones involucrados que calificó como *erga omnes*. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., párrs. 154-160.

283. *Cf.* Dupuy (2002a: 1065); Costelloe (2017: 190). Dupuy ha calificado este aspecto de la codificación como un fracaso parcial, aunque relativo. *Cf.* Dupuy (2002a 1065).

284. Costelloe (2017: 191). La propia CDI señaló en sus Comentarios que la noción de daños punitivos no está reconocida en el derecho internacional. *Cf.* Tams (2002: 1167).

285. Dupuy (2002a: 1062).

286. *Cf.* Tams (2002: 1167).

régimen general. Sin embargo, esa frase no fue mantenida en la versión final, en virtud de la falta de práctica internacional jurisprudencial al respecto.[287]

No obstante, cabe notar que el párrafo 3 del actual artículo 41 deja a salvo "toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional", lo que implica que las normas primarias podrían agravar las consecuencias jurídicas de la violación de una norma imperativa, a pesar de que los Artículos sobre Responsabilidad no lo hagan.

Una de estas posibles consecuencias surge de los tratados que contienen la fórmula *aut dedere aut judicare*, o la obligación de extraditar o juzgar, respecto de las personas acusadas de cometer ciertos crímenes internacionales cuando su conducta sea atribuible al Estado. Al respecto, cabe observar que Arangio-Ruiz lo había sugerido en su séptimo informe como una obligación no solo para el Estado responsable, sino también para todos los Estados de la comunidad internacional. El borrador del artículo 18 disponía que, frente a la comisión de un crimen internacional, nacía el deber de implementar el principio *aut dedere aut judicare* respecto de los individuos acusados de cometer crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad.[288] Sin embargo, esta obligación no fue finalmente incluida en la última versión de los Artículos.

En consecuencia, un modo en que la responsabilidad del Estado por la violación grave de una norma imperativa podría generar un punto de encuentro con la responsabilidad del individuo es que exista una norma internacional que disponga la obligación de extraditar o juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes internacionales –cuya conducta pueda ser, al mismo tiempo, atribuida al Estado– y, por lo tanto, encuadre dentro del artículo 41.3 de los Artículos. Entre los tratados que contienen esta obligación pueden mencionarse, a modo de ejemplo, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada de 2006. Si bien la Convención contra el Genocidio no contiene una cláusula similar, se ha observado que la obligación de extraditar o juzgar a las personas acusadas de cometer genocidio surgiría de la fuente consuetudinaria.[289]

El principio *aut dedere aut judicare* fue incluido por la Comisión de Derecho Internacional en su programa a largo plazo en 2004 y al año siguiente, se designó

287. Tams (2002: 1167). Este autor observó, sin embargo, que existen casos en los que podría interpretarse que tribunales internacionales otorgaron daños punitivos disfrazados como daños inmateriales. *Cf.* Tams (2002: 1170). También señaló que en el marco del Sexto Comité los Estados rechazaron el contenido del borrador del artículo 42.1 por considerar inaceptable que se incluyera la noción de daños punitivos. *Cf.* (2002: 1169).

288. A/CN.4/469, Add. 1, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 30.

289. Tams (2002: 1176).

a Zdzislaw Galicki como Relator Especial, quien presentó cuatro informes. En 2008, la CDI decidió conformar un grupo de trabajo presidido por Alain Pellet, quien luego fue remplazado por Kriangsak Kittichaisaree. El grupo entregó su informe final en 2014. Allí, la CDI examinó la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las normas imperativas y, sobre la base de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar)*, señaló que la fórmula contenida en la Convención contra la Tortura podría servir como modelo para un nuevo régimen que regule las prohibiciones de naturaleza imperativa, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los graves crímenes de guerra.[290] Sin embargo, el informe no se refiere a la relación entre esta obligación y el régimen de los artículos 40 y 41 de los Artículos sobre la responsabilidad internacional de Estado. Algunos/as autores, no obstante, han indicado que existe un considerable grado de congruencia entre las obligaciones del artículo 40 y aquellas capaces de generar el deber de extraditar o juzgar, sin perjuicio de que dicho deber no se aplica exclusivamente en los supuestos del artículo 40 ya que, en general, no se requiere que la violación sea de carácter grave, sino que basta con que esté involucrada una norma de *ius cogens*.[291]

El régimen especial que los Artículos finalmente adoptados prevén para los casos de violaciones de normas imperativas incluye también el artículo 26, que dispone que los Estados no podrán alegar circunstancias que excluyan la ilicitud cuando la obligación violada emane de una norma imperativa de derecho internacional. No obstante, cabe señalar que el artículo no se refiere a violaciones "graves" de normas imperativas, como sí lo hacen los artículos 40 y 41, sino que abarca cualquier violación de una norma de *ius cogens*, extendiendo así su ámbito de aplicación.

Finalmente, cabe recordar que el artículo 48 amplía el universo de Estados con derecho a invocar la responsabilidad a Estados diferentes del Estado lesionado[292] en los casos de violación de una obligación que existe con relación a toda la comunidad internacional en su conjunto. En esos supuestos, todos los Estados pueden, por un lado, reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, y, por el otro, reclamar en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada, el cumplimiento de la obligación de reparación. Así, aparece, junto al concepto de Estado lesionado, el de Estado beneficiario que, en cierta

290. Comisión de Derecho Internacional, "La Obligación de Extraditar o Juzgar (*aut dedere aut judicare*)", *Yearbook of the International Law Commission (2014, Vol. II [2])*, pp. 7-8.

291. Tams (2002: 1177-1178).

292. Sin embargo, se ha afirmado que, en realidad, en ese supuesto, todos los Estados de la comunidad internacional deberían ser considerados como "Estados lesionados" en el sentido de haber sufrido un daño de tipo jurídico, diferente de la clásica categorización de daño material o moral. *Cf.* Stern (2005: 96 y 102).

forma, "desbilateraliza" el mecanismo de reparaciones dispuesto en los Artículos y lo aparta de la lógica westfaliana.

Si bien el artículo no menciona expresamente las normas imperativas –como sí lo hacen los artículos 40 y 41– es claro que en los supuestos previstos por dichas disposiciones es de aplicación la regla del artículo 48,[293] aunque esta parece tener un alcance más amplio. Por ejemplo, existen obligaciones asumidas respecto de toda la comunidad internacional, como algunas relacionadas con el derecho del mar, que no tienen naturaleza imperativa.[294] Así, los Artículos de la CDI relacionan la noción de norma imperativa con la sustancia y la de obligación *erga omnes* con la invocación.[295]

Cabe señalar que este artículo no equivale a otorgarle jurisdicción a un tribunal internacional para que resuelva una controversia que involucre una obligación *erga omnes* o una norma imperativa sin que medie en el caso el consentimiento de los Estados parte.[296] En efecto, en el caso sobre *Timor Oriental* la Corte Internacional de Justicia afirmó que el carácter *erga omnes* de una obligación y las normas para expresar el consentimiento respecto de una jurisdicción internacional son dos cuestiones diferentes, por lo que el hecho de que las obligaciones en disputa tengan dicha naturaleza no implica que la Corte pueda automáticamente ejercer jurisdicción respecto de la controversia.[297] La misma línea siguió en un caso posterior respecto de las normas imperativas. En el *Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, sostuvo que el hecho de que una controversia se relacionara con una norma de *ius cogens* (en el caso, vale señalar, la prohibición de genocidio) no podía, por sí misma, ofrecer una base para la jurisdicción de la Corte, que siempre debe asentarse en el consentimiento estatal.[298]

293. *Cf.* Rosene (2005: 304). Cabe señalar que Estados como Francia –quien había rechazado la noción de norma imperativa prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969– rechazaron también esta extensión de la legitimación por considerar que la responsabilidad internacional no es un medio de asegurar el respeto por el derecho internacional a través de la introducción del concepto de crimen o de una especie de *actio popularis. Cf.* Stern (2005:100).

294. Crawford (2006: párr. 34). En el mismo sentido, Pellet (1999: 429).

295. Crawford (2006: párr. 34).

296. Vale recordar que, como fuera señalado, incluso entendiendo que el artículo 48 reconoce un supuesto de *actio popularis,* ello no equivale a otorgar jurisdicción a un tribunal internacional, pues dicha posibilidad ya ha sido rechazada por la Corte Internacional de Justicia en *South West Africa Cases (second phase),* (Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica), cit., p. 45.

297. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning East Timor* (Australia vs. Portugal), cit., párr. 29.

298. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo vs. Ruanda), cit. párr. 65. De todas maneras, si bien no puede ser invocado para establecer la jurisdicción de la Corte, el artículo 48 podría servir de base para justificar la legitimación de un Estado para llevar un caso ante el tribunal, tal como se discute en el caso presentado por Gambia contra Myanmar

La falta de disponibilidad permanente de un modo jurisdiccional para resolver controversias relativas a la responsabilidad internacional por la violación grave de normas imperativas puede resultar problemática. Como fuera desarrollado, esta posibilidad fue discutida en el seno de la CDI alrededor de la propuesta de Arangio-Ruiz para determinar la existencia de un crimen internacional, pero, finalmente no fue aceptada. En este punto, el régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados parece más completo, en cuanto el artículo 66 otorga jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia respecto de controversias relativas a los artículos 53 o 64,[299] posibilidad que está ausente en materia de responsabilidad internacional quizás, como fuera mencionado, en razón de que esta cuestión no fue codificada en un tratado internacional. Así, si bien los Artículos amplían el universo de Estados que pueden invocar la responsabilidad internacional cuando se comete una violación grave de una norma imperativa, esa ampliación no ha sido acompañada de un mecanismo jurisdiccional que facilite la determinación de dicha responsabilidad.

Este régimen fue examinado en el Tercer Informe del Relator Especial de la CDI sobre normas imperativas de derecho internacional presentado en 2018. Resulta interesante analizar la forma en que la propia CDI consideró el régimen adoptado en 2001 acerca de la responsabilidad internacional del Estado por la violación grave de normas de *ius cogens*. Al respecto, se observa que el Relator se refirió mayormente a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y a los comentarios que la CDI acompañó en ese momento, sin agregar cuestiones sustantivas. De hecho, en el proyecto de conclusiones aprobado en segunda lectura por el Comité de Redacción de la CDI en 2022, las conclusiones 18 y 19 repiten los términos de los artículos 26 y 41, respectivamente.[300] No obstante, cabe señalar que en sus informes el Relator Especial mencionó como ejemplos de la aplicación de dichos artículos algunas

---

en 2019 sobre la aplicación de la Convención contra el Genocidio. Al respecto, véase capítulo 3 de este libro.

299. Sin perjuicio de ello, resulta interesante señalar que, en el caso de las *Actividades Armadas en el territorio del Congo*, la Corte Internacional de Justicia acotó el ámbito de aplicación del artículo 66 al sostener que, como este no es declaratorio de una norma consuetudinaria, se le aplica el artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece la irretroactividad de sus disposiciones. Por lo tanto, en dicho caso, como la Convención contra el Genocidio había entrado en vigor entre las partes antes de la Convención de Viena de 1969, entonces el artículo 66 no podía ser aplicado para afirmar la jurisdicción de la Corte en el asunto. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo vs. Ruanda), cit., párr. 125.

300. A/CN.4/L.967, "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura", 2022.

referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que será analizada en el próximo apartado.[301]

4.3. Las violaciones graves a los derechos humanos

Los sistemas de protección de derechos humanos contienen obligaciones internacionales que los Estados en principio asumen no respecto de otros Estados, sino respecto de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus comienzos, "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes".[302] No obstante ello, las violaciones a las disposiciones de tales tratados configuran, sin dudas, un supuesto de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

En su primera sentencia contenciosa, la Corte Interamericana afirmó que "todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención".[303] Sin embargo, cabe señalar que en casos subsiguientes calificó las obligaciones violadas como obligaciones de "carácter *erga omnes* de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona".[304] Se ha observado, en ese sentido, que los sistemas de protección de derechos humanos han generado una nueva conceptualización de muchos aspectos de la responsabilidad internacional.[305]

Las situaciones fácticas que constituyen la base de muchos de los casos contenciosos que se presentan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrían ser calificadas como crímenes internacionales, ya sea crímenes de lesa

301. A/CN.4/714, "Tercer Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2018, párrs. 86-102.

302. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, Serie A No. 2, párr. 29.

303. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 04, párr. 164.

304. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 67.

305. Gross Espiell (2005: 152).

humanidad, crímenes de guerra, genocidio, desapariciones forzadas (que ha sido calificada como un crimen contra la humanidad)[306] o torturas.[307] En esos casos, aunque la Corte ha citado numerosos documentos relacionados con la responsabilidad internacional del individuo a los fines de definir las conductas consideradas como crímenes internacionales, que consideró violatorias de normas imperativas, ha sido muy cuidadosa en distinguir su competencia de la de un tribunal penal.[308] Si bien manifestó que supuestos de graves violaciones a los derechos humanos pueden ser calificados como crímenes internacionales, señaló, a su vez, que la Corte no podría realizar, de ningún modo, una imputación a persona humana alguna, sino que lo único que podría hacer es "utilizar la terminología que emplean otras ramas del derecho internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas *vis-à -vis* las obligaciones estatales".[309] Entre esas obligaciones que buscan poner en marcha el poder punitivo del Estado, la Corte Interamericana ha incluido las de prevenir, investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar tales violaciones graves de derechos

306. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, cit. párr. 153.

307. Véase, entre muchos otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrs. 93-104; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* cit., párrs. 82 y 128; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Peru.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párrs. 225; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 99; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párr. 286; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (Diario Militar)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2012, Serie C, No. 253, párrs. 190-196; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herztog y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de marzo de 2018, Serie C No. 353, párrs. 213-232.

308. Así lo ha establecido desde su primera sentencia. *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodriguez vs. Honduras*, cit. párr. 134 y luego fue retomado en diversos casos. Véase, entre muchos otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 122; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 68; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, párr. 104; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 79.

309. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 42, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herztog y otros vs. Brasil*, cit. párr. 213.

humanos,[310] agregando que su particular y determinante intensidad e importancia significa que los Estados no pueden invocar: i) prescripción; ii) el principio *ne bis in idem*; iii) leyes de amnistía; así como iv) ninguna disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Asimismo, señaló que, en esos casos, los Estados tienen la obligación de cooperar y pueden aplicar el principio de jurisdicción universal respecto a esas conductas.[311]

En este contexto, en algunos casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado en su jurisprudencia la noción de responsabilidad agravada. Este concepto fue introducido y desarrollado por primera vez por el juez Cançado Trindade en su Voto Razonado en el caso *Myrna Mack Chang*.[312] Allí la vinculó con la noción de crimen de Estado, que definió como una "violación particularmente grave del derecho internacional acarreando una responsabilidad agravada (en medio a circunstancias agravantes, evocando así una categoría del derecho penal); la gravedad de la violación afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo".[313] En ese voto, describió el crimen de Estado como "una violación grave del derecho internacional perentorio", que podía cometerse a través de la intención o tolerancia, aquiescencia, negligencia u omisión del Estado en relación con las violaciones graves de derechos humanos o de derecho internacional humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado.[314] Se trataba así de un proceso de criminalización de las graves violaciones de derechos humanos.[315]

310. Si bien no utiliza el lenguaje de la responsabilidad agravada, en el caso *Campo Algodonero*, en una situación en la que el Estado tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato de violencia sexual y asesinatos, la Corte adopta un deber reforzado de debida diligencia estricta de búsqueda frente a denuncias de desaparición de mujeres, es decir, agrava las obligaciones del Estado ante violaciones graves de derechos humanos. *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 283.

311. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hertzog y otros vs. Brasil*, cit. párr. 232.

312. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101. Esta tesis la sostuvo nuevamente en sus Votos Razonados en los casos de la *Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C No. 105, párr. 24; *Masacre de Mapiripan vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrs. 30-40; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit. párrs. 6; *Penal Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrs. 40-57 (donde realizó un relato histórico del concepto de crimen de Estado) y *La Cantuta vs. Perú*, cit. párrs. 14-22.

313. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 28.

314. *Idem*, párr. 35.

315. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 6-7.

No obstante, el juez Cançado Trindade admitió que la noción había generado críticas, a las que respondió señalando que los "detractores del concepto de crimen de Estado, en vez de tener presentes dichos valores, se pusieron a relacionar aquel concepto con una equivocada analogía con el derecho penal en el sentido de que este se reviste en el derecho interno".[316] En un caso posterior, el juez cuestionó la doctrina iusinternacionalista contemporánea que:

> sigue insistiendo en hacer creer que el crimen de Estado no existe. Cierra los ojos a los hechos de crueldad probados ante un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sigue intentando persuadir a los incautos de la pretendida imposibilidad del crimen de Estado. En su apego a un dogma (*societas delinquere non potest*), da muestras de su sumisión al poder Estado, de su servilismo intelectual que sólo puede generar la repulsa de la conciencia humana, y desvenda la más completa insensibilidad e indiferencia ante el sufrimiento humano.[317]

Así, sostuvo también que:

> los responsables por la exclusión en 2000 de la concepción de 'crimen de Estado' de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (adoptados en 2001) prestaron un deservicio al Derecho Internacional. No se dieron cuenta –o no se importaron con el hecho– de que dicha noción conlleva al propio 'desarrollo progresivo' del Derecho Internacional. Presupone la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya violación, en perjuicio de seres humanos, es particularmente grave y dañosa al propio sistema jurídico internacional. Dota este último de valores universales, al cohibir dichas violaciones graves y dañosas, y buscar asegurar el *ordre juridique internacional*.[318]

En esa línea, afirmó, además, que en estos casos podía identificarse el elemento mental del dolo –propio del derecho penal– en la conducta del Estado, pues el crimen de Estado entrañaba una "intención dolosa" por haber ordenado las graves violaciones de derechos humanos, sancionado leyes para que tales conductas no fueran ilegales al momento de su comisión e, incluso, por haber

316. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 28.

317. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1° de julio de 2006, Serie C No. 148. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 13.

318. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 52.

puesto obstáculos en el enjuiciamiento de los perpetradores.[319] En ese sentido, sostuvo que "en los crímenes de Estado hay no solo aquiescencia, sino también planificación por parte de las autoridades estatales, y acción ilícita por parte de múltiplos perpetradores de violaciones graves de derechos humanos y de sus colaboradores".[320] Resulta interesante señalar que el juez rechazó la célebre frase del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg respecto de la naturaleza abstracta del ente estatal, afirmando por el contrario que el Estado monta "[t]oda una estructura de represión y violencia (…) en el marco de la cual ilícitos internacionales son efectivamente cometidos", que luego resulta muy difícil de desmontar.[321] Finalmente, cabe referir que no dejó dudas acerca de la relación entre la responsabilidad agravada del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, al decir que la doctrina iusinternacionalista que rechazaba el concepto del crimen de Estado que vinculaba directamente ambas responsabilidades corría "el riesgo de tornarse muy pronto aun más anacrónica, además de ineluctablemente irrelevante", pues "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional no pueden dejar de tomarse uno al otro en cuenta, recíproca y conjuntamente" ya que "las atrocidades no se reducen a actos (u omisiones) perpetrados por individuos aisladamente y por su propia cuenta (…)".[322]

En el mismo sentido, en su Voto Razonado del caso *Masacre el Plan de Sánchez*, Cançado Trindade afirmó que el hecho de que la Corte Interamericana careciera de jurisdicción para determinar violaciones de la Convención contra el Genocidio –concepto que había sido empleado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por los representantes de las víctimas– no significaba que la Corte no pudiera tomar en cuenta actos que aquella Convención tipifica como de genocidio, como circunstancias agravantes de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.[323] En su Voto reiteró que la responsabilidad agravada correspondía al crimen de Estado, sin que ello implicara "sugerir una analogía inadecuada con categorías del derecho penal interno", sino que se trataba de una conducta que "afecta directamente valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo".[324] En ese punto, Cançado

319. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre de Ituango vs. Colombia*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 20.

320. *Idem*, párr. 22.

321. *Idem*, párr. 43.

322. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Mapiripan vs. Colombia*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 31-32.

323. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala,* cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 24.

324. *Idem*, párr. 34.

Trindade señaló que el crimen de Estado constituye una violación grave de normas imperativas,[325] unificando así las dos nociones con las que trabajó la CDI.

Si bien se desarrollará en la Parte III de este libro, el juez Cançado Trindade se refirió a la coexistencia entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, afirmando que no veía impedimento jurídico para la determinación concomitante de ambas responsabilidades, lo que revelaba una interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos en materia de derechos humanos. Sin embargo, observó que en el plano internacional subsistía la actitud de tratar la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal de los individuos de forma separada y compartimentada,[326] aunque fueran complementarias.[327]

Esta postura que el juez Cançado Trindade adoptó en sus Votos Razonados no ha sido seguida por la mayoría de la Corte Interamericana, aunque en algunos casos pareció no obstante aceptarla, quizás tímidamente. Por ejemplo, en el caso *Myrna Mack Chang* se afirmó que "[d]el examen del conjunto de esos elementos, la Corte concluye que está establecida la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de la Convención Americana en el presente caso, *responsabilidad está agravada* por las circunstancias en que se produjeron los hechos del *cas d'espèce*" (resaltado agregado).[328]

En su sentencia del asunto *Masacre del Plan de Sánchez*, la mayoría de la Corte –si bien tampoco utilizó de forma expresa el concepto– reconoció que el crimen de genocidio podía generar un impacto agravado. En efecto, frente a las referencias que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de las víctimas habían hecho respecto de la comisión de dicho crimen, manifestó que, aunque su competencia contenciosa se limitaba a declarar la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del Sistema Interamericano, "los hechos del caso habían afectado gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y se habían desarrollado dentro de un patrón de masacres, causando un impacto agravado que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, lo que sería tomado en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones".[329]

La sentencia del caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* representa la aplicación más clara del concepto de responsabilidad agravada por parte de la Corte Interamericana, aunque no se refirió al de crimen de Estado. Allí manifestó que los hechos

325. Cançado Trindade (2005: 262).

326. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala,* cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 37.

327. *Idem,* párr. 38.

328. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. párr. 114.

329. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala*, cit. 105, párr. 51.

ocurridos en el marco de la Operación Cóndor y la falta de investigación efectiva agravaban la responsabilidad internacional del Estado,[330] así como también el hecho de que la desaparición forzada hubiera ocurrido como parte de un patrón sistemático y práctica aplicada o tolerada por el Estado.[331]

Cabe observar que, conforme surge de la jurisprudencia reseñada, el corolario de la aplicación de la noción de la responsabilidad agravada se vislumbra en la orden de reparaciones que la Corte Interamericana dicta en virtud del artículo 63 de la Convención Americana. Se trata, en general, de incorporar medidas especiales a las que normalmente dicta en otros casos. En su Voto Razonado del caso *Gómez Palomino vs. Perú*, Cançado Trindade sostuvo que las reparaciones debían tener "propósitos ejemplarizantes o disuasivos" que "pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos".[332] En este sentido, incluyó entre las consecuencias jurídicas de la responsabilidad agravada el deber del Estado de determinar la responsabilidad individual de los perpetradores y la correspondiente sanción,[333] configurándose una relación con la responsabilidad penal de los individuos. En efecto, si bien la Corte Interamericana ha señalado en varias oportunidades que no es un tribunal penal, ha reconocido que la calificación de las graves violaciones de derechos humanos como crímenes internacionales, sobre la base de instrumentos relacionados con la responsabilidad del individuo, es una herramienta para poder determinar cabalmente el alcance de la responsabilidad internacional del Estado en dichos casos.

Así, surge claramente que la doctrina de la responsabilidad agravada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la noción de crimen de Estado, sostenida en particular por el juez Cançado Trindade, son aplicables, sin lugar a dudas, a casos que encuadran en el artículo 40 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y en casos en los que se han cometido crímenes internacionales, identificando consecuencias jurídicas concretas para el Estado responsable. Sin embargo, cabe señalar que, como ha sido observado, a diferencia de la Corte Interamericana, en el régimen desarrollado por la CDI el agravamiento de las consecuencias jurídicas recae en cabeza de los demás Estados y no establece ninguna obligación adicional para el Estado responsable. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana

330. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit. párr. 79.

331. *Idem*, párr. 82. En el mismo sentido se expresó en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, cit. párrs. 115-116.

332. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gómez Palomino vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136, Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 2.

333. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala,* cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 25.

podría incluirse dentro del tercer párrafo del artículo 41 de los Artículos, en la medida en que establece consecuencias jurídicas adicionales por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional.

La doctrina desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha tenido eco en otros sistemas de protección de derechos humanos. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una postura considerablemente distinta, al ser renuente a clasificar las violaciones de derechos humanos como crímenes internacionales.[334] Si bien en su jurisprudencia se ha referido a los crímenes internacionales y al derecho internacional penal, no lo ha hecho con el fin de establecer la responsabilidad del Estado o de calificarla, sino para examinar las garantías del debido proceso en los casos en los que se busca determinar la responsabilidad de los individuos ante los tribunales nacionales por la comisión de dichos crímenes, sin arribar a ninguna conclusión o consecuencia especial en materia de responsabilidad internacional estatal.[335]

Así, por ejemplo, en los casos *Kononov vs. Letonia*[336] o *Korbely vs. Hungría*[337] se discutió el alcance del principio de legalidad relacionado con un proceso penal por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y en el caso *Drélingas vs. Lituania*,[338] por el crimen de genocidio, en el caso *Jorgic vs. Alemania*, la interpretación restrictiva de los tipos penales,[339] y en el caso *Vasiliauskas vs. Lituania*, la aplicación retroactiva del crimen de genocidio,[340] limitándose, no obstante, la discusión a la responsabilidad penal en el ámbito doméstico. En el caso *Margus vs. Croacia*, el Tribunal Europeo examinó la compatibilidad de las amnistías por crímenes internacionales con la Convención Europea, tomando en cuenta, *inter alia*, normas de derecho internacional penal y jurisprudencia de tribunales penales internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte

334. Grover (2010: 92).

335. Cabe señalar, no obstante, que, en un caso referido al derecho de propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró como factor agravante de la responsabilidad del Estado el hecho de que el hecho hubiera afectado a aproximadamente 80.000 personas y de que existieran denuncias aún pendientes de resolución ante este y el hecho de que ello representaba una amenaza a la efectividad futura del sistema de la Convención. *Cf.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Broniowski vs. Polonia,* (Application 31443/96), sentencia del 22 de junio de 2004, párr. 193.

336. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Kononov vs. Letonia* (Application 36376/04), sentencia del 17 de mayo de 2010.

337. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Korbely vs. Hungría* (Application 9174/02), sentencia del 19 de septiembre de 2008.

338. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Drélingas vs. Lituania* (Application 28859/16), sentencia del 12 de marzo de 2019.

339. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jorgic vs. Alemania,* (Application 74613/01), sentencia del 12 de julio de 2007.

340. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vasiliauskas vs. Lituania,* (Application 35342/05), sentencia del 20 de octubre de 2015.

Interamericana de Derechos Humanos.[341] Si bien llegó a la conclusión de que existía una tendencia creciente de considerar inaceptables las amnistías para los crímenes internacionales,[342] no adoptó ninguna conclusión respecto de una responsabilidad agravada del Estado. Asimismo, el Tribunal Europeo también ha analizado la obligación de los Estados de investigar la comisión de crímenes internacionales, considerando que los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra negaban las bases mismas de la Convención Europea,[343] pero, nuevamente, sin que ello entrañase ninguna consecuencia particular para el Estado responsable.

En consecuencia, a pesar de que las graves violaciones a los derechos humanos configuran una de los supuestos más claros de aplicación del artículo 40 de los Artículos de la CDI, es en el Sistema Interamericano donde encontramos una práctica más evidente, en particular cuando se trata de casos que pueden entrañar, además, la responsabilidad internacional del individuo, debido a que las obligaciones violadas por el Estado configuran, a su vez, crímenes internacionales desde la perspectiva del derecho internacional penal.

5. Recapitulación

En este capítulo se examinó el proceso por el cual la CDI codificó la regulación de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y se estableció un régimen diferenciado para los supuestos de violación grave de normas imperativas. Surge claramente que entre las razones que impactaron en la decisión de dejar de lado el régimen único, se encontraban cuestiones vinculadas con la responsabilidad internacional del individuo. Si bien en la versión final se dejó de lado la noción de "crimen internacional", que era quizás el concepto que vinculaba más manifiestamente a los dos regímenes de responsabilidad, resulta evidente que para el derecho internacional el Estado es pasible de incurrir en responsabilidad respecto de comportamientos que se enmarcan en una situación de tipo colectiva que incluye conductas individuales susceptibles de ser calificadas como criminales, y que dichos comportamientos pueden, a su vez, encuadrar dentro de los artículos 40 y 41 de los Artículos de la CDI.

341. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Margus vs. Croacia,* (Application 4455/10), sentencia del 27 de mayo de 2014, párrs. 36-68 y párrs. 129-138.

342. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Margus vs. Croacia,* (Application 4455/10), sentencia del 27 de mayo de 2014, párr. 139.

343. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Janowiec y otros vs. Rusia,* (Applications 55508/07 y 290520/09), sentencia del 21 de octubre de 2013, párr. 150.

Sin perjuicio de la terminología utilizada por la CDI, hablar de un Estado criminal –y no de un líder criminal– entraña el reconocimiento de que un jefe de Estado o líder político no podría cometer crímenes internacionales, que implican una violencia en gran escala o sistemática, sin el apoyo de un partido o del aparato estatal. Así, contar la historia de un crimen cometido por un individuo sin ponerlo en contexto implica contar una falsa historia.[344]

Estos supuestos son, precisamente, los que constituyen la base fáctica de esta investigación, y que, como fuera mencionado en la Introducción, han sido calificados como criminalidad sistémica[345] para hacer referencia a las situaciones en las que la comisión de crímenes es ordenada, alentada, favorecida, permitida o tolerada por los gobiernos. La comisión de este tipo de crímenes sirve al sistema y es, a su vez, causada por el propio sistema.[346] En este contexto, el Estado es la forma más importante de entidad colectiva que puede estar involucrada en una criminalidad sistémica.[347] En estos casos, la determinación de la responsabilidad internacional de un individuo no sería suficiente ya que el Estado, como persona jurídica, ha contribuido a la comisión del crimen.[348] Por ello, la existencia y fortalecimiento de un régimen diferenciado de responsabilidad internacional del Estado en estos casos contribuye a visibilizar los cruces entre ambas responsabilidades. Parece, entonces, que, en materia de crímenes internacionales el ordenamiento internacional debe transitar un camino inverso al recorrido hasta mediados del siglo XX: debe pasar de la búsqueda de la visibilización del individuo a intentar traer al Estado nuevamente a escena.

Sin embargo, el discurso de la justicia internacional por crímenes internacionales parece haber invisibilizado el rol del Estado y el régimen de su responsabilidad internacional, enfocándose, como se desarrollará en el próximo capítulo, mayormente en la responsabilidad internacional del individuo.

344. Luban (2011: 77).

345. En estos casos, también se ha sugerido utilizar el término "crímenes permitidos o habilitados por el Estado" ("*State-enabled crimes*") para hacer referencia a los supuestos en que las políticas o prácticas estatales son parte integral –y no solamente incidental– de la naturaleza y escala del crimen. Sin embargo, cabe mencionar que la propia autora ha distinguido este concepto del de criminalidad sistemática señalando que el último es más amplio e incluye el rol de otras entidades, como los partidos políticos, las corporaciones y las ONG. *Cf.* Hamilton (2016: 308 y 310).

346. Definición propuesta por B.V.A. Röling, citada en Nollkaemper (2010: 316).

347. Nollkaemper (2010: 318).

348. Cançado Trindade (2005: 259).

Capítulo 2
La responsabilidad internacional del individuo

En este capítulo se analizará la evolución y estado actual de la responsabilidad internacional del individuo. Al igual que en el capítulo anterior, se comenzará por describir el alcance de su personalidad jurídica internacional y luego, se examinarán los antecedentes y la regulación de su responsabilidad. Sin embargo, si bien estas reglas comenzaron a surgir de forma paralela en términos cronológicos con las de la responsabilidad del Estado, su progreso adoptó un camino diferente. En efecto, las reglas de la responsabilidad internacional del individuo, es decir, las normas secundarias, se desarrollaron de forma conjunta con las normas primarias que describen las conductas consideradas crímenes internacionales y con las normas que crearon los tribunales penales internacionales, ya que, a diferencia de la responsabilidad internacional del Estado, debido a la naturaleza penal de la responsabilidad del individuo, es necesario que esta sea determinada por un tribunal con las garantías del debido proceso.[1]

1. El individuo como sujeto de derecho internacional

Como fuera explicado en el capítulo 1, de conformidad con la doctrina tradicional del derecho internacional público, nacida de la llamada Paz de Westfalia, los Estados son los sujetos originarios y necesarios de este ordenamiento jurídico y gozan de capacidad plena. En este contexto, las primeras posiciones doctrinarias

1. Pellet (2010: 8).

acerca de la subjetividad internacional sostenían que los únicos sujetos del ordenamiento eran los Estados.[2]

Desde comienzos del siglo XX, los Estados comenzaron a reconocer la personalidad jurídica de otras entidades, como la Soberana Orden de Malta, la Santa Sede o el Comité Internacional de la Cruz Roja, aunque eran consideradas anomalías de un ordenamiento estadocéntrico.[3] Luego de la Primera Guerra Mundial los Estados reconocieron la subjetividad de las organizaciones internacionales, lo que generó la necesidad de desarrollar nuevas posiciones teóricas como la teoría del reconocimiento, que implica la aceptación de sujetos diferentes a los Estados, pero que existen solamente si son reconocidos –expresa o tácitamente– por estos como tales.[4] En ese sentido, la doctrina mayoritaria de corte westfaliano afirma que de la voluntad de los Estados se deriva la existencia de otros sujetos, como por ejemplo, las organizaciones internacionales, que poseen personalidad y capacidad con el alcance establecido en sus instrumentos constitutivos, adoptados por los propios Estados.[5]

Ello responde a la definición clásica de la Corte Internacional de Justicia que dispone que sujeto es aquel titular de derechos y obligaciones y con capacidad para actuar en el plano internacional,[6] al tiempo que reconoce que no todos los sujetos de un sistema jurídico son iguales en su naturaleza y alcance de sus derechos, sino que ello depende de las necesidades de la comunidad.[7]

La aparición del individuo como sujeto del ordenamiento internacional, al igual que el desarrollo de su responsabilidad, entrañó un cambio radical en el derecho internacional westfaliano. El rol que juega en este ordenamiento y el consecuente alcance de la subjetividad del individuo han sido objeto de discusión en la doctrina, que ha sostenido posiciones disímiles que van desde la negación absoluta de personalidad internacional[8] hasta considerarlo el eje y fundamento de

2. Triepel (1920), Oppenheim (1905) y Anzilotti (1929) citados en Portmann (2010: 42-79).

3. Kotlik y Ryb (2018: 10).

4. Portmann (2010: 81-82).

5. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1949 reconoció de forma clara que la Organización poseía personalidad jurídica internacional con órganos, una misión propia, capacidad jurídica, que incluye la facultad de celebrar tratados, y privilegios e inmunidades en el territorio de los Estados miembros. Corte Internacional de Justicia *Reparation for Injuries suffered at the Service of the United Nations*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949, p. 174*.

6. *Idem,* p. 179.

7. *Idem,* p. 178.

8. Estas posturas solo reconocen a los Estados como sujetos del derecho internacional público, fueron sostenidas por autores como Oppenheim (1905), Triepel (1920) y Anzilotti (1929). Al respecto, véase Portmann (2010: 42-79).

este ordenamiento.[9] Para ilustrarlo, pueden mencionarse dos teorías que justifican la personalidad jurídica internacional de las personas físicas.

Por un lado, una posición individualista que fundamenta su personalidad jurídica sobre la base de premisas que no parten del Estado como el sujeto originario, sino que, por el contrario, considera que el estatus del individuo existe *a priori* de un reconocimiento estatal.[10] Esta postura se basa, a su vez, en dos proposiciones. La primera sostiene que el Estado es una entidad funcional gobernada por individuos sujetos al estado de derecho en beneficio de aquellos que gobiernan, y la segunda, que la noción de derecho internacional contiene principios fundamentales que son superiores a las expresiones de voluntad de los Estados (las normas imperativas).[11]

Otra doctrina que sostiene la subjetividad internacional de los individuos es la llamada teoría formalista, que afirma que el derecho internacional no contiene *a priori* ninguna característica intrínseca que impida que actores no estatales puedan ser considerados sujetos de este ordenamiento.[12] Por lo tanto, lo que interesa es identificar la existencia de normas internacionales que regulen directamente su conducta, otorgándoles derechos e imponiéndoles obligaciones.[13] Ello fue recogido por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en su sentencia, donde afirmó que se encontraba reconocido que el hecho de que el derecho internacional imponía deberes y responsabilidades tanto a los individuos como a los Estados.[14]

De esta manera, puede afirmarse que la subjetividad internacional del individuo se consolidó a partir de 1945, reconocida[15] sobre la base del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos,[16] junto con la creación de

9. Scelle (1932), por ejemplo, consideraba que el sujeto primario del derecho internacional es el individuo. Por su parte, Lauterpacht (1947) afirmaba que los derechos humanos fundamentales son superiores al derecho de los Estados soberanos, ambos citados en McCorquodale (2006: 124). Véase también Portmann (2010: 126-172).

10. Portmann (2010: 126). Entre los promotores de esta teoría, puede mencionarse a Hersh Lauterpacht, Georges Scelle, Hugo Krabbe, James Leslie Brierly, Nicolas Politis, Maurice Bourquin y Alejandro Alvarez. *Cf.* Portmann (2010: 126).

11. Portmann (2010: 127).

12. Cançado Trindade (2013: 4).

13. Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 15).

14. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), sentencia del 1° de octubre de 1946, párr. 245.

15. Autores como Portmann han denominado esta postura como la "concepción del reconocimiento", señalando que esta sostiene que los Estados son los sujetos originarios o primarios del derecho internacional, pero que otras entidades también pueden adquirir esa naturaleza, llamándolos sujetos derivados o secundarios. El mecanismo para ello es el reconocimiento expreso o implícito de los Estados, *cf.* (2010: 80-125).

16. En este punto, cabe destacar que ya en su Opinión Consultiva sobre la competencia de los Tribunales de Danzig, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció que un tratado –cuya materia no fueran los derechos humanos– podía otorgar derechos a los

mecanismos de control de la aplicación de dichos instrumentos,[17] la existencia de obligaciones internacionales dirigidas a los individuos y la consecuente posibilidad de imputarle responsabilidad internacional por su violación sobre la base del desarrollo de otra rama: el derecho internacional penal.

Así, las normas del derecho internacional penal definen las conductas que los individuos deben abstenerse de cometer, y cuyo incumplimiento les genera responsabilidad internacional en materia penal en la forma de crímenes.

Al respecto, se ha planteado la discusión relacionada con el origen de dichas obligaciones y la posibilidad de aceptar que pueden emanar tanto de fuentes consuetudinarias como convencionales. Una de las reglas básicas del derecho internacional dispone que los tratados no pueden imponer obligaciones a terceros, es decir, a aquellos que no han expresado su consentimiento en obligarse por estos. Los individuos, aun cuando se les reconozca personalidad jurídica internacional, no poseen la capacidad de ser parte de tratados, por lo que se ha dicho que sus obligaciones en tanto sujetos del derecho internacional penal no podrían emanar de esta fuente por tratarse de un ordenamiento cimentado en el consentimiento. No obstante, se ha observado que la regla del *pacta tertiis* se basa en la consideración de los Estados como entes soberanos e independientes, noción que no se puede aplicar sin más a los individuos.[18] Asimismo, existen ejemplos de cláusulas convencionales que imponen obligaciones a actores no estatales que no son parte de los tratados. Por ejemplo, y si bien se trata de una rama distinta del derecho internacional penal, el derecho de la integración está compuesto por tratados que vinculan a los individuos, como los tratados de la Comunidad Económica Europa y de la Unión Europea.[19] En el ámbito del

individuos. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railways officials who have passed into the Polish Service against the Polish Railways Administration),* Opinión Consultiva del 3 de marzo de 1928, Serie B, N.º 15, pp. 17-18. Esto fue reafirmado luego en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*, en la que reconoció que la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares de 1963, en su art. 36(1)(b) referido al derecho a la información sobre la protección consultar de las personas extranjeras detenidas en el Estado receptor, creaba derechos individuales. Corte Internacional de Justicia, *LaGrand Case* (Alemania vs. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 2001, *I.C.J. Reports 2001,* p. 466, párr. 77. Si bien la Convención de Relaciones Consulares tampoco es un instrumento de derechos humanos, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el artículo concierne a la protección de los derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva del 1° de octubre de 1999. OC-16/99, Serie A No. 16, párr. 87.

17. Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 16); Barboza (1999:588-589); entre otros.

18. Milanovic (2011: 39).

19. El Tribunal de Justicia Europeo reconoció que el derecho europeo reconocía derechos e imponía obligaciones a los individuos en el caso *Van Geen en Loos* de 1963. *Cf.* Milanovic (2011, nota al pie 90).

derecho internacional humanitario, puede mencionarse el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que habla de "las Partes en conflicto" en lugar de utilizar el término "Altas Partes Contratantes", usado en el resto de las disposiciones para referirse a los Estados.[20]

Sin embargo, la mayoría de los tratados se enmarcan en la lógica tradicional del derecho internacional, conteniendo así obligaciones dirigidas exclusivamente a los Estados. En el ámbito del derecho internacional penal, los tratados, en todo caso, prevén la obligación estatal de criminalizar las conductas en sus derechos internos. Como se explicará en el próximo apartado, los primeros tribunales penales internacionales echaron mano de este tipo de tratados, transformando hechos internacionalmente ilícitos –es decir, violaciones a obligaciones dirigidas a los Estados– en crímenes internacionales que podían generar responsabilidad individual. En todo caso, se ha señalado que, si los Estados pueden obligar a los individuos en el ámbito doméstico, también podrían hacerlo en el ámbito internacional, pues lo que los Estados pueden hacer a nivel individual en el derecho interno, también lo pueden hace colectivamente en el ordenamiento internacional.[21] De hecho, se ha dicho que el Estatuto de Roma –que creó la Corte Penal Internacional–, un tratado en el sentido clásico del término impone obligaciones a los individuos.[22]

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales se ha referido a esta cuestión. Por ejemplo, en el caso *Tadic*, la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó que, para que un crimen encuadre dentro de su competencia material, debía tratarse de una violación de una regla de derecho internacional consuetudinario o, si fuese de fuente convencional, debía ser vinculante para las partes al momento su comisión y no contradecir normas de naturaleza imperativa, considerando que, a su vez, son en su mayoría de carácter consuetudinario.[23] En este sentido, la

20. Milanovic (2011: 40). Este artículo se aplica a los conflictos armados de carácter no internacional.

21. Milanovic (2011: 47).

22. Al respecto, véase Milanovic (2011) quien sostiene que ello es así en las situaciones en las que se apliquen los criterios de jurisdicción del territorio y la nacionalidad activa, receptados en el artículo 12 del Estatuto de Roma. *Cf.* Milanovic (2011: 51)

23. TPIY, "Fiscal vs. Tadic", Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1, párrs. 94 y 143. Esta afirmación de la Sala de Apelaciones debe ser relacionada con el informe que el Secretario General le presentó al Consejo de Seguridad al momento de crear el Tribunal. Allí se señaló que la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requería que el Tribunal aplicara derecho internacional humanitario que constituyera, sin lugar a dudas, una norma consuetudinaria internacional para evitar el problema de que no todos los Estados eran parte de todos los tratados concernidos. Entre dichas normas incluyó el Convenio de La Haya de 1907, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949 y la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945. *Cf.* Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/25704 (3 de mayo 1993), párr. 34.

jurisprudencia del TPIY no es clara al respecto y pueden encontrarse ejemplos en los cuales las Salas aceptaron que las obligaciones internacionales de los individuos podían emanar del derecho convencional, mientras que en otras consideraron que debía tratarse de obligaciones de carácter consuetudinario.[24] Como ejemplo de esta falta de claridad, cabe citar la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Galic*, en la que afirmó que los crímenes de competencia del Tribunal no están basados exclusivamente en el derecho internacional consuetudinario, al tiempo que sostuvo que, en la práctica, los tratados que prohíben conductas que pueden generar responsabilidad individual son declaratorios de la costumbre internacional.[25]

Los últimos desarrollos del derecho internacional penal han ampliado el alcance de la subjetividad del individuo al otorgarle capacidad para participar en procesos penales internacionales, no ya como sujetos pasibles de ser declarados responsables, sino como víctimas con derecho a la participación ante las distintas jurisdicciones y a solicitar reparaciones.[26]

Se ha afirmado que, como resultado de estos desarrollos, el derecho internacional penal ha puesto al individuo en el centro del ordenamiento internacional y ha contribuido al retroceso de la noción de soberanía estatal.[27] Sin embargo, al mismo tiempo se ha señalado que las normas internacionales que otorgan derechos y obligaciones a los individuos emanan de la voluntad concordante de los Estados, por lo que, en última instancia, la subjetividad de los individuos dependería de los primeros.[28]

Sin perjuicio de esta discusión, lo cierto es que actualmente el derecho internacional prevé la posibilidad de determinar la responsabilidad de los individuos por la violación de sus normas, sean de fuente convencional o consuetudinaria. Esta responsabilidad constituye uno de los desarrollos más novedosos de dicho ordenamiento, afirmándose recién a mediados del siglo XX. Sin embargo, como se verá a continuación, es posible identificar instancias previas a dicho momento histórico.

24. Milanovic (2011: 43-44).

25. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Stanislav Galic", *Judgment*, 30 de noviembre de 2006, IT-98-29-A, párr. 85.

26. El derecho internacional penal actual prevé dos roles diferentes para los individuos que participan del proceso penal internacional: los individuos en tanto autores de crímenes internacionales y los individuos en tanto víctimas de esos crímenes. Estos roles diferentes implican, a su vez, capacidades distintas. Excede el ámbito de esta investigación el análisis de la participación de las víctimas en los procedimientos penales internacionales. Al respecto, véase Fischer (2003); Bassiouni (2006); Baumgartner (2008); Ferstman, (2011); Perrin (2015); Sperfelt (2016); Walleyn (2016); entre muchos otros.

27. Simpson (2007: 55).

28. Parlett (2011: 360).

2. Los antecedentes de la responsabilidad del individuo

A diferencia del caso del Estado como sujeto de derecho internacional, en el relato sobre el surgimiento de la responsabilidad internacional de los individuos es necesario examinar de manera conjunta la evolución de las normas sustantivas –es decir, aquellas que definen las conductas consideradas criminales, sean convencionales o consuetudinarias–, la creación de jurisdicciones internacionales con competencia para juzgarlos y las normas secundarias, pues, como fuera mencionado, un estudio del desarrollo de esta responsabilidad no puede entender estas tres esferas de manera compartimentada.

Asimismo, este relato incluirá instancias de juzgamientos que pueden ser consideradas "internacionales", pues involucran jurisdicciones creadas a través de un acto internacional, sea un tratado entre Estados o un tratado entre un Estado y una organización internacional, como las Naciones Unidas, y aplican normas de derecho internacional. En consecuencia, no nos ocuparemos en este capítulo de aquellas instancias, estudiadas ya en la doctrina, en las que tribunales domésticos aplicaron derecho internacional penal con relación a la calificación de las conductas como crímenes internacionales, tales como el caso de los juicios llevados adelante por tribunales argentinos con relación a la dictadura militar de 1976-1983.[29]

2.1. La prehistoria de las instancias de juzgamiento internacional del individuo

Aunque el desarrollo de la noción de la responsabilidad del individuo en el derecho internacional tuvo lugar durante el siglo XX, particularmente durante la última mitad, es posible identificar algunos hitos históricos que pueden servir como antecedentes durante el período que llamaremos "prehistoria". Nos referimos a las instancias de juzgamiento internacional de los individuos que tuvieron lugar antes del establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, considerado como el momento en que el derecho internacional penal –y, por

29. Para un análisis sobre estas instancias, véase, entre muchos otros, Malarino (2003); Andreozzi (2011); Ferreira (2013); Anitua *et al.* (2014) Luterstein (2015). Sobre otras instancias de juzgamientos nacionales, véase Iversons (2015). Acerca de los juicios llevados adelante en los países asiáticos luego de la Segunda Guerra Mundial, véase, por ejemplo, Ling (2014); Zahng (2014); Cheah (2014); Jørgensen y Friedmann (2014). Sobre enjuiciamientos locales realizados en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, véase, entre otros, Vorbaum (2014); Pöpken (2014); Ditlev (2014); Tallgren, (2014); Drumbl (2014); Bílková (2014) y Hoffmann (2014).

lo tanto, la responsabilidad internacional del individuo– alcanzaron la mayoría de edad.[30]

Algunos autores[31] mencionan un antiguo precedente del siglo XV que ha sido considerado como un proceso penal internacional por la violación de las normas de las leyes de la guerra. En 1474 se juzgó a Peter von Hagenbach, quien había sido colocado por Carlos el Temerario, Duque de Borgoña (1433-1477), al mando del gobierno de la ciudad fortificada de Breisach, en el Alto Rin. Como gobernador estableció un régimen que buscaba reducir la población de la ciudad al sometimiento total y que entrañaba una práctica generalizada de homicidios, violaciones y confiscación arbitraria de la propiedad. Todos estos actos violentos se cometían también contra los habitantes de los territorios vecinos. Una coalición formada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin puso fin al sitio de Breisach. Una de las acciones que tomaron fue la instauración de una corte *ad hoc*, conformada por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. El juez que la presidió fue designado por el Archiduque de Austria en su calidad de soberano de la ciudad de Breisach.

En contra de considerar el juicio de von Hagenbach como un antecedente válido del derecho internacional penal se ha señalado que, en realidad, no tuvo carácter internacional porque todos los miembros del tribunal pertenecían al Sacro Imperio Romano y porque no se habían cometido crímenes de guerra, pues el conflicto armado entre Burgundy y la Liga de Constanza no había comenzado.[32] Como respuesta, se ha observado, en primer lugar, que el Sacro Imperio Romano se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus diferentes entes habían adquirido un carácter propiamente internacional.[33] En segundo lugar, se ha sostenido que en los hechos existía una situación de conflicto armado y de ocupación beligerante[34] y que, desde la perspectiva de las leyes de la guerra modernas, las conductas cometidas podían ser consideradas como crímenes de guerra.[35] En efecto, al acusado se le formularon cargos por homicidio, violación, perjurio, y otros delitos, entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios no germanos de matar a los hombres en las casas donde se alojaran para

30. Sellars (2014b: 195).

31. Greppi (1999) y Gordon (2013). Gordon observa que el primer jurista en referirse a este juicio como un antecedente de un tribunal penal internacional fue Georg Schwarzenberger, quien en 1946 sostuvo que ese juicio justificaba la posición de la Fiscalía ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *cf.* (2013: 16). Algunos autores incluso identifican instancias de procesos de justicia transicional en la Grecia antigua, como el juicio a los Generales atenienses por parte de Esparta y sus aliados después de la batalla de Egospótamos, *cf.* Buis (2018: 219-222).

32. Gordon (2013: 41).

33. Gordon lo compara con una organización intergubernamental conformada por Estados independientes entre sí, *cf.* (2013: 42).

34. Greppi (1999).

35. Gordon (2013: 43).

que las mujeres y los niños quedaran a su merced. Asimismo, incluso si no fuera posible clasificar estos actos como crímenes de guerra, podrían, no obstante, considerarse como "manifestaciones tempranas de lo que hoy se conoce como crímenes de lesa humanidad".[36] En consecuencia, puede concluirse que el tribunal era una verdadera corte internacional.[37]

Si bien luego de este juicio no existieron otras instancias de procesos penales internacionales por varios siglos, cabe señalar que se ha observado que las llamadas "cortes de almirantazgo" con jurisdicción de tribunales de presas de los siglos XVII a XIX podrían ser consideradas como un antecedente de tribunales de crímenes de guerra.[38] Estas cortes aplicaban derecho internacional con relación a crímenes cometidos en tiempos de conflicto armado y entendían en casos de apoderamiento de buques en alta mar en la guerra, así como con otras cuestiones relacionadas con el conflicto armado como violaciones generales de las leyes de la guerra y las leyes de la neutralidad. Aunque no contaban con competencia penal, sí tenían la facultad de juzgar a personas por violaciones a las leyes de la guerra, como el ataque de mercantes y el saqueo de no combatientes, o casos de piratería, y de imponer penas privativas de la propiedad y, a veces, penas de muerte.[39]

Fuera de esos ejemplos, el relato histórico tradicional menciona, como siguientes hitos previos a la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la redacción del Código Lieber, los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 y el Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, considerados como instrumentos que contenían definiciones de crímenes de guerra –aunque no contenían disposiciones sobre el castigo de individuos que violaran sus normas, sino que estaban pensados más bien como tratados tradicionales que imponían obligaciones a los Estados–, y el Tratado de Versalles de 1919.

El Código Lieber ("Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno", Órdenes Generales No 100, del 24 de abril de 1863) que lleva el nombre de su redactor, el jurista Francis Lieber, y que fue revisado por un consejo de oficiales, incluía algunas disposiciones que penalizaban conductas que podrían ser consideradas como crímenes de guerra –aunque esta norma solamente fue aplicada en el contexto de la guerra civil de los Estados Unidos (1861-1865). Se trata de un instrumento no sistematizado que regula cuestiones que hoy conforman el derecho internacional humanitario, como el trato a los prisioneros de guerra y los métodos de combate.[40] Fue redactado sobre la base

36. Greppi (1999).

37. Greppi (1999) y Gordon (2013: 48-49).

38. Musa (2015). Sin embargo, Musa aclara que como todavía no había tenido lugar la codificación de los crímenes de guerra, utiliza ese término con cautela a lo largo de su trabajo.

39. Musa (2015: 64).

40. Labuda (2015: 303).

de normas internacionales existentes en esa época.[41] Así, por ejemplo, en su artículo 44 se disponía que sería punible todo acto de violencia excesiva cometido contra personas en un país invadido, toda destrucción de propiedad no ordenada por oficial autorizado, robo, pillaje, saqueo, aun luego de tomar un lugar por la fuerza, violación sexual, lesión, mutilación o el asesinato de sus habitantes.[42]

Si bien fue elaborado para un conflicto armado interno, ha tenido influencia en reglamentos militares de otros Estados.[43] De hecho, se ha sostenido que el Código estableció el principio de responsabilidad penal individual en derecho internacional.[44] Esto, sin embargo, fue rechazado por algunos autores señalando que el ejercicio de las comisiones militares durante la Guerra Civil demuestra el acotado rol que tenían los tribunales penales en el siglo XIX,[45] lo que, por supuesto, no implica soslayar su importancia para los desarrollos posteriores. En efecto, se ha señalado que fue una de las fuentes de inspiración para la posterior codificación de las leyes de la guerra y para la adopción de códigos nacionales similares.[46]

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se adoptaron una serie de normas internacionales que imponían obligaciones a los Estados, pero que serían luego utilizadas como base para definir los crímenes de guerra a través de ciertos dispositivos de transformación de hechos internacionalmente ilícitos en normas cuya violación produjera la responsabilidad internacional de los individuos. En este sentido, se llevó adelante una criminalización de obligaciones estatales para transformarlas en crímenes internacionales.[47] En el caso de los crímenes de guerra, ese proceso de criminalización involucró también normas de derecho interno, como por ejemplo los manuales o códigos militares, mientras que, en el caso de los crímenes de lesa humanidad o el genocidio, el punto de partida fue el propio derecho internacional.[48]

En 1864 se adoptó el Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de las Condiciones de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña como primera gran iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja creado en el año anterior. En 1868 se aprobó la Declaración de San Petersburgo –considerada

41. Labuda (2015: 305).

42. Orden General N.° 100 (Código Lieber). Disponible en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp (último acceso: 20/02/2024). Traducción propia.

43. Greppi (1999).

44. El Comité Internacional de la Cruz Roja lo menciona como ejemplo de práctica estatal con relación al estatus consuetudinario de la responsabilidad penal individual, *cf.* Henckaerts y Doswald-Beck (2007), Regla 151. Disponible además en https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule151 (último acceso: 20/02/2024).

45. Labuda (2015: 318).

46. Ambach (2015: 393).

47. Cassese y Gaeta (2013³: 4).

48. Gaeta (2009a: 66).

hoy parte del derecho internacional consuetudinario– sobre la prohibición de determinados proyectiles en tiempos de guerra, en la que dispuso que el único objetivo legítimo es el debilitamiento de las fuerzas armadas contrarias, y en 1874 se firmó la Declaración de Bruselas sobre las Leyes y Usos de la Guerra, que buscaba establecer reglas exhaustivas de los conflictos armados siguiendo el modelo del Código de Lieber. Sin embargo, esta última declaración nunca fue aceptada por los Estados como un instrumento vinculante.[49] En 1880, el *Institut de Droit International* adoptó las Leyes de la Guerra en Tierra, también conocidas como el Manual de Oxford, que proponía la criminalización de las violaciones en las leyes internas de los Estados, pero que tampoco tuvo demasiada aceptación.[50]

Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 fueron el resultado de dos conferencias convocadas por el zar ruso Alejandro II con el objetivo de identificar las formas más eficientes de asegurar a todos los pueblos los beneficios de una paz real y duradera y limitar el desarrollo progresivo del armamento existente.[51] En la Conferencia de 1899 participaron representantes de 26 Estados. Allí se adoptaron tres convenciones y tres declaraciones que contienen disposiciones respecto de la conducta que deben llevar a cabo los Estados en caso de conflicto armado de carácter internacional y de ocupación beligerante. Se trata de los primeros instrumentos internacionales multilaterales que regularon la conducción de hostilidades.[52] Las disposiciones se relacionan básicamente con cuatro cuestiones 1) prohibiciones de ciertas armas; 2) protección de los Estados neutrales; 3) la definición de diferentes modos de combatientes y la distinción con la población civil; 4) derechos de las personas que dejaron de combatir: los prisioneros de guerra y los heridos. Una de las disposiciones que más influencia tendría en los futuros desarrollos es la llamada cláusula Martens, incluida en los Preámbulos del II Convenio de La Haya de 1899 y del IV Convenio de La Haya de 1907 relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La cláusula establece:

> Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Como fuera mencionado, el contenido de estos convenios, como cualquier tratado clásico, se refería mayormente a los derechos y obligaciones de los

49. Ambach (2015: 394).
50. Guo (2015: 346-347).
51. Gordon (2015: 168).
52. Schwartz (2014).

Estados[53] y, por lo tanto, a los fines de determinar la responsabilidad individual por su comisión, requirió un proceso de criminalización de dichas normas.[54] Sin perjuicio de ello, ha sido observado que algunos de los artículos de la Convención de 1907 podrían interpretarse en el sentido de que sea posible concluir que pueda determinarse la responsabilidad penal individual. Así, por ejemplo, el artículo 56 dispone:

> Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas.[55]

La frase "prohíbe y debe perseguirse" (en inglés "made subject of legal proceedings") podría entenderse como que prevé el enjuiciamiento de aquellos individuos que ocupen, destruyan y deterioren intencionalmente los edificios consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias y los monumentos históricos y obras artísticas y científicas.[56]

Por fuera del relato tradicional, resulta interesante mencionar que investigaciones recientes han identificado instancias de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX que no suelen ser incluidas en el desarrollo histórico clásico de la responsabilidad internacional del individuo. Así, por ejemplo, se puede hacer referencia a los trabajos de Brockman-Hawe y de Gordon sobre las cortes mixtas franco-siamesas[57] en las que los autores analizan el establecimiento de una corte para juzgar el asesinato del Inspector de la Guardia Civil Grosgurin, cometido por las tropas siamesas. La Corte había sido establecida por el

53. De hecho, autores contemporáneos, como Donnedieu de Vabres, sostuvieron que en ninguna parte de la Convención de La Haya surgía la criminalización de las conductas consideradas como violatorias, ya que no se preveía ninguna pena ni ninguna jurisdicción para juzgarlas. *Cf.* Donnedieu de Vabres (1947: 511).

54. Esta es, precisamente, la tarea que realizó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. En su sentencia hizo mención de los artículos 46, 49, 50, y 56 del Convenio de La Haya de 1907 (y de los artículos 2, 3, 4, 46 y 51 del Convenio de Ginebra de 1929), sosteniendo que las violaciones a dichas disposiciones constituían crímenes de guerra por los cuales se podía castigar a los individuos encontrados culpables de su comisión, lo que constituía una afirmación bien establecida que impedía admitir argumento en contrario. *Cf.* Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), sentencia del 1° de octubre de 1946, párr. 352.

55. En inglés, el texto dispone: "*The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, even when State property, shall be treated as private property. All seizure of, destruction or willful damage done to institutions of this character, historic monuments, works of art and science, is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings*".

56. Neuner (2014: 357).

57. Brockman-Hawe (2013); Gordon (2015).

Tratado Franco-Siamés[58] que establecía que el acusado, Phra Yot, primero sería juzgado por una corte especial doméstica de Siam, pero que si Francia no quedaba satisfecha con la forma o el resultado, entonces se convocaría a una corte mixta conformada por dos jueces franceses, dos jueces de Siam y presidida por un juez francés.[59] Posteriormente, Siam consideró que tales disposiciones eran injustas e intentó que los franceses aceptaran en su lugar un tribunal internacional mixto, presidido por jueces neutrales holandeses, norteamericanos y británicos, pero no tuvo éxito.[60] La corte especial doméstica absolvió a Phra Yot de todos los cargos y, como era de esperar, Francia invocó el tratado para convocar al tribunal mixto,[61] que condenó por mayoría de los tres jueces franceses –los dos jueces siameses votaron en disidencia– al acusado como cómplice del asesinato de Grosgurin, pero lo absolvió de los cargos de robo y de incendio provocado.[62] En virtud de su composición, esta jurisdicción tenía características similares a los tribunales penales mixtos o híbridos que se han creado desde comienzos del siglo XXI, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya o el Tribunal Especial para El Líbano.[63] Sin embargo, ha sido calificada como un tribunal de vencedores vinculada a la explotación colonial.[64]

Gordon se ocupó de otras dos instancias de juzgamiento dentro de lo que denominó como el prenacimiento oriental del derecho internacional penal: 1) las comisiones militares internacionales de 1898 formadas por cuatro poderes europeos para juzgar conductas que este autor califica como especies de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad cometidas en el marco de una violencia intercomunitaria entre musulmanes y cristianos en la Isla de Creta, controlada entonces por el Imperio Otomano, y 2) una comisión militar internacional de 1900, también conformada por cuatro poderes europeos con el fin de juzgar a ciertos participantes de la llamada Rebelión de los Bóxer[65] por la comisión de "proto-crímenes de lesa humanidad".[66] En ambos casos, Gordon relaciona estas iniciativas con, *inter alia*, el trabajo del recientemente creado Comité Internacional de la Cruz Roja y la adopción del Convenio de Ginebra de 1864 para el Mejoramiento de las Condiciones de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas

58. Tratado entre el Gobierno de Francia y el Gobierno de Su Majestad el Rey de Siam del 3 de octubre de 1893.

59. *Cf.* Artículo III de la Convención Franco-Siamesa de 1863, citado en Brockman-Hawe (2013: 65).

60. Gordon (2015: 135).

61. Gordon (2015: 138).

62. Gordon (2015: 142).

63. Gordon (2015: 178).

64. Brockman-Hawe (2013: 69). Este evento histórico también ha sido examinado por Gregory Gordon, quien la ha calificado como un tribunal internacional. *Cf.* Gordon (2015).

65. Se trató de un movimiento violento, xenófobo y anticristiano que buscaba erradicar las influencias japonesas y europeas de la sociedad china entre 1898 y 1900. *Cf.* Gordon (2015:131).

66. Gordon (2015: 120).

Armadas en Campaña, y la firma de la Declaración de San Petersburgo, que conformaron algunos de los elementos base para la Conferencia de Paz de La Haya de 1899.[67] En el caso de las comisiones militares internacionales de Creta, Gordon traza un paralelismo con los Paneles para Crímenes Graves de Timor Oriental, pues fueron creadas para lidiar con la violencia generada por la separación de la isla de una potencia ocupante (el Imperio Otomano) –en el caso de Timor Oriental, Indonesia– por una administración transitoria –en el caso de Timor Oriental, las Naciones Unidas–, conformadas por jueces internacionales. Por su parte, con respecto a la comisión militar internacional que juzgó las masacres de la Rebelión de los Bóxer, Gordon señala que existe un parecido con el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, debido a que fue creada por las potencias vencedoras luego de una guerra.[68]

Otra investigación de particular interés para este trabajo es la de Jennifer Balint sobre las tentativas de juzgamiento de las masacres contra los armenios, también denominadas como el genocidio armenio,[69] después del final de la Primera Guerra Mundial, que luego fueron abandonadas debido al ascenso de Kemal Atatürk.[70] Por un lado, existió un intento de juzgamiento a nivel internacional sobre la base de la declaración de los Aliados, Gran Bretaña, Francia y Rusia del 24 de mayo de 1915 y de un número de disposiciones incluidas en el Tratado de Sèvres, firmado el 10 de agosto de 1920. En particular, el artículo 230 estipulaba que el gobierno turco se comprometía a entregar a las Potencias Aliadas a las personas sindicadas como responsables de las masacres cometidas durante el estado de guerra en el territorio que formaba parte del imperio turco en agosto de 1914, y que las Potencias Aliadas se reservaban el derecho de designar un tribunal o de entregarlas a un tribunal conformado por la Sociedad de las Naciones, en el supuesto en que este fuere creado.[71] Sin embargo, esa disposición no llegó a implementarse[72] y el Tratado de Lausanne, que reemplazó al de Sèvres, no contenía ninguna mención relativa a los crímenes de guerra, sino que, por el

67. Gordon (2015: 167-168).

68. Gordon (2015: 179).

69. Se observa que, si bien el término es ampliamente utilizado en la doctrina, en el momento de los hechos, aún no se había acuñado el concepto de genocidio. En 1915, en una declaración conjunta, Francia, Gran Bretaña y Rusia se refirieron a las masacres como "crímenes contra la humanidad y la civilización. *Cf.* Schabas (2009^2: 19-20).

70. Balint (2013). Sobre la cuestión, véase también Paylan y Klonowiecka-Milart (2015: 559-566) y Laurinaviciute, Paulose y Rogo (2014), entre otros.

71. El cargo original era el de crímenes de lesa humanidad, en lugar de masacres, *cf.* Balint (2013: 83). También cabe resaltar que el representante de Gran Bretaña sostuvo que, además de determinar la responsabilidad individual de los líderes, también debía castigarse al Estado, imponiendo el desmembramiento del Estado turco. *Cf.* Balint (2013: 84).

72. Al respecto, se ha señalado que consideraciones de naturaleza política y práctica (como la dificultad para recolectar prueba) influyeron en la decisión de los británicos de cesar en su presión por el juzgamiento. *Cf.* Schabas (2009^2: 25).

contrario, incluía una "Declaración de Amnistía" que abarcaba todos los delitos cometidos entre el 1° de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922,[73] por lo que, finalmente, no se llevó a cabo ningún juicio.[74] Como será mencionado *infra*, en las negociaciones del Tratado de Versalles surgieron propuestas para el juzgamiento de estos crímenes contra las leyes de la humanidad que finalmente no fueron incluidas.[75]

Por otro lado, dentro del propio Parlamento otomano se presentó una propuesta de juzgamiento en noviembre de 1918, que invocaba como fundamento las reglas de derecho y de la humanidad.[76] Si bien los cargos incluían conductas que hoy podrían ser calificadas como crímenes de lesa humanidad o genocidio, surge claramente que las Cortes Marciales Extraordinarias o Especiales, que fueron establecidas por autorización imperial en noviembre de ese año de acuerdo con las Reglas de la Ley Marcial de 1877 para juzgar a los acusados, fueron tribunales militares que aplicaron el derecho nacional.[77] De hecho, se ha afirmado que estos juicios constituyen la primera vez en la historia en que consideró al asesinato masivo como un crimen internacional, enjuiciado de conformidad con el derecho nacional.[78] Precisamente por ello, por no tratarse de instancias jurisdiccionales internacionales, no serán estudiadas en este libro.[79]

El relato tradicional del desarrollo de la responsabilidad internacional del individuo retoma con la adopción del Tratado de Versalles de 1919, en particular, el capítulo dedicado a las sanciones.

En el marco de la Conferencia de Paz de París, el 25 de enero de 1919 los Estados decidieron establecer una Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones compuesta por 15 miembros, 2 por cada Potencia vencedora (Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Italia y Japón) y 5 por las Potencias con intereses especiales.[80] La Comisión debía examinar la cuestión de la responsabilidad penal y determinar las violaciones a las leyes y usos de la guerra cometidas por las fuerzas del Imperio alemán y sus aliados. Este cuerpo se reunió durante dos meses y llevó a cabo diversas investigaciones. Además de la responsabilidad de Alemania por la violación de las leyes y usos

73. Schabas (2009²: 26).

74. Los oficiales otomanos que habían sido detenidos por los británicos fueron entregados a Turquía, *cf.* Balint (2013: 84).

75. Laurinaviciute, Paulose y Rogo (2014: 385).

76. Balint (2013: 85).

77. Balint (2013: 87).

78. Laurinaviciute, Paulose y Rogo (2014: 388).

79. La sentencia más importante se dictó el 5 de julio de 1919, en la que se declaró culpables a los ministros del gabinete de haber orquestado la entrada de Turquía en la Primera Guerra Mundial y de haber cometido las masacres de los armenios. *Cf.* Balint (2013: 89). Para más información sobre estos juicios, véase Balint (2013) y Laurinaviciute, Paulose y Rogo (2014).

80. Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Serbia, *cf.* Nyamuya Maogoto (2014: 176).

de la guerra, la Comisión también buscó presentar cargos contra las autoridades turcas por crímenes contra las leyes de la humanidad, basados en la cláusula Martens.[81] En particular, el representante griego propuso la inclusión de una categoría de crímenes para abarcar las masacres de los armenios.[82]

El informe final de la Comisión fue publicado el 29 de marzo de 1919 y contenía cuatro categorías de actos: 1) delitos cometidos en campos de prisioneros contra civiles y combatientes de los Aliados; 2) delitos cometidos por oficiales que emitieron órdenes en la campaña alemana contra los ejércitos Aliados; 3) delitos cometidos por todas las personas con autoridad, incluyendo al Kaiser alemán, quien no detuvo las violaciones de las leyes y usos de la guerra a pesar de haber tenido conocimiento de ellos y 4) cualquier otro delito cometido por los Poderes Centrales sobre los cuales los tribunales nacionales no tuvieran jurisdicción.[83] Como resultado de su tarea, identificó 32 crímenes individuales que constituían violaciones de las reglas que protegían a las víctimas de los conflictos armados y de las reglas relativas a los métodos y medios de combate, como por ejemplo, el asesinato, el terror, el tratamiento cruel de la población civil (incluyendo su uso como escudos humanos), la deportación de civiles, la ejecución de rehenes y prisioneros de guerra, el bombardeo de ciudades y buques-hospitales, la destrucción arbitraria de propiedad y el saqueo.[84] Para su juzgamiento, la Comisión propuso la utilización de tribunales nacionales, con la excepción de 4 categorías de crímenes que serían juzgados por un tribunal *ad hoc*.[85] Sin embargo, rechazó la posibilidad de enjuiciamiento por el inicio de una guerra de agresión por no considerarla como un acto directamente contrario al derecho positivo que pudiera ser llevado con éxito ante un tribunal,[86] aunque, al mismo tiempo, sostuvo que sería deseable que lo fuera.[87]

Los representantes de Estados Unidos y de Japón presentaron objeciones al informe, en particular respecto de la inclusión de violaciones contra las leyes de la humanidad.[88] Asimismo, los delegados norteamericanos cuestionaron la posibilidad de que un tribunal internacional juzgara a individuos por la comisión de crímenes internacionales, por lo que proponían la unión de diferentes tribunales o comisiones militares ya existentes.[89] Sin embargo, el resto de los representantes

81. Nyamuya Maogoto (2014: 177).
82. Schabas (2009^2: 23).
83. Nyamuya Maogoto (2014: 179).
84. Ambach (2015: 397).
85. Guo (2015: 347-348).
86. Mevis y Reijntjes (2014: 223).
87. Mevis y Reijntjes (2014: 224).
88. Nyamuya Maogoto (2014: 181). El presidente norteamericano, Woodrow Wilson, rechazó la inclusión de dicho término por considerar que se trataba de una ley *ex post facto*, *cf.* Schabas (2009^2: 23).
89. Nyamuya Maogoto (2014: 182).

rechazó estas objeciones. En consecuencia, el presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, terminó por aceptar las cláusulas relacionadas con los crímenes de guerra,[90] y así fueron incluidos los artículos 227, 228 y 229 al Tratado de Paz –adoptado el 28 de junio de 1919–, aunque los enjuiciamientos previstos en estas disposiciones no hacen referencia al informe de la Comisión.[91] El Tratado de Versalles preveía entonces dos tipos de juicios, uno relacionado con las violaciones a las leyes y usos de la guerra, y otro, contra el Kaiser de Alemania, por el inicio del conflicto armado, a pesar de las conclusiones de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones.[92]

Así, por un lado, los artículos 228 y 229 establecían el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra. En caso de que las violaciones hubieren sido cometidas contra súbditos de varias potencias, el gobierno alemán tenía la obligación de entregar a las personas acusadas, a fin de que un tribunal compuesto por miembros de las potencias interesadas las juzgara. Los Aliados habían compilado una lista de casi 20.000 ciudadanos alemanes pasibles de investigación por crímenes de guerra, incluyendo tortura, el uso de escudos humanos, violaciones y ataques a barcos hospitales llevados a cabo por submarinos. No obstante, como estos temían que el enjuiciamiento de tantas personas se convirtiese en un factor que debilitara a la República de Weimar y la expusiera a la influencia bolchevique,[93] llegaron a un acuerdo con el gobierno alemán para juzgar un número limitado de individuos ante la Corte Suprema de Alemania en la ciudad de Leipzig, que se reglamentó a través de una ley de la Asamblea Nacional del 18 de diciembre de 1919, llamada la Ley sobre el Enjuiciamiento de los Crímenes y Delitos de Guerra.[94] Esta norma regulaba la investigación y enjuiciamiento de crímenes y delitos cometidos por alemanes, tanto en su territorio como en el extranjero, contra ciudadanos de países enemigos o su propiedad durante la Primera Guerra Mundial.[95] La lista fue luego reducida a 1590 personas y, nuevamente, a 896 sospechosos –aunque había algunas personas mencionadas más de una vez–, de los cuales 334 estaban incluidos en la lista de Francia, otros 334 en la lista de Bélgica, 97 personas de la lista confeccionada por el Reino Unido (que incluía a 9 nacionales turcos involucrados en el genocidio armenio), 57 de la lista presentada por los polacos, 41 incluidos por Rumania, 29 por Italia y 4 por Croacia, Serbia y Eslovenia.[96] En febrero de 1920, la lista se redujo a 853 nombres y fue

90. Nyamuya Maogoto (2014: 187).
91. Nyamuya Maogoto (2014: 189).
92. Sobre el tema, véase Schabas (2018).
93. Nyamuya Maogoto (2014: 190).
94. La ley fue implementada antes de que el Tratado de Versalles entrara en vigor, *cf.* Form (2014: 331).
95. Form (2014: 311).
96. Rikhof (2014: 264).

entregada al embajador alemán en París. Sin embargo, debido a la fuerte oposición en Alemania a extraditar sus nacionales, los Aliados, en particular, los británicos, decidieron cambiar el enfoque.[97] La Ley fue enmendada el 24 de marzo de 1920 para incluir modificaciones que terminaron por beneficiar a los acusados.[98] En mayo de ese año, la lista de acusados preparada por los Aliados se redujo a 45 personas. De esos 45 casos, 11 se habían originado en Francia, 15 en Bélgica, 7 en Gran Bretaña y 12 en Italia, Polonia, Rumania y Yugoslavia.[99] Finalmente, entre el 10 de enero de 1921 y el 3 de julio de 1922[100] se llevaron a cabo 12 juicios con un total de 17 acusados –entre los que no se incluía a ningún civil de cargo jerárquico ni miembro de Control Supremo alemán del Ejército o la Marina–[101] y muchos casos fueron decididos a puertas cerradas o terminados por orden de la Corte o del Procurador General.[102] El número de casos resultó, finalmente, más bajo porque varias personas habían desaparecido.[103] De los 17 acusados, 7 resultaron absueltos[104] y las penas más altas aplicadas fueron de 4 a 5 años de prisión;[105] incluso en un caso como el denominado *Llandovery Castle*, en el que se juzgaba el ataque a un barco hospital en enero de 1918, del que sobrevivieron solo 24 tripulantes de los 258 que iban a bordo.[106] Allí, la Corte afirmó que el ataque a un barco indefenso era contrario a principios éticos, a la ley alemana y al derecho internacional, razón por la que rechazó la defensa del cumplimiento de órdenes. Los dos acusados fueron sentenciados a 4 años de prisión el 16 de julio el 1921. Sin embargo, uno de ellos escapó el 18 de noviembre de ese año y el otro fue liberado el 31 de enero de 1922.[107] Un caso similar fue el llamado *Dover Castle*, en el que fue acusado el Capitán Karl Neumann, comandante de un submarino alemán que atacó sin aviso y hundió un barco hospital en mayo de 1917. Había 842 personas a bordo, incluyendo 632 pacientes, que fueron rescatados, a excepción de 6 miembros de la tripulación, que fallecieron como

97. Rikhof (2014: 264).
98. Form (2014: 316-317).
99. Rikhof (2014: 264).
100. Neuner (2014: 333).
101. Neuner (2014: 349).
102. Form (2014: 317).
103. Rikhof (2014: 264).
104. Form (2014: 319). Ello se debió, en parte, a una práctica de suspensión del gobierno alemán ("*nolle prosequi*") durante la etapa de investigación y antes de que el caso llegara a juicio, *cf.* Neuner (2014: 340-341).
105. Form (2014: 318).
106. Form (2014: 323 y 326). El caso, sin embargo, determinó reglas que impactarían en el desarrollo futuro del derecho internacional: los homicidios fueron categorizados como crímenes de guerra; se estableció que actuar en cumplimiento de órdenes no excluye automáticamente la responsabilidad individual, pero convierte a la persona que las cumplió en un cómplice y no en un autor principal. *Cf.* Form (2014: 327).
107. Rikhof (2014: 270-271).

consecuencia del hundimiento. La Corte concluyó que Neumann había actuado en cumplimiento de las órdenes recibidas, por lo que fue absuelto el 4 de junio de 1921.[108] Otro caso fue el juicio contra Karl Heynen, un sargento a cargo de prisioneros de guerra británicos y rusos que fueron detenidos en un campo de trabajo en una mina en Alemania. Fue acusado de maltrato de prisioneros que se habían negado a trabajar. La Corte resolvió que el uso de fuerza fue excesivo solo en 15 casos individuales, por lo que fue condenado a 10 meses de prisión, de los cuales solamente cumplió la mitad.[109]

Los Aliados enviaron delegados a presenciar los juicios de Leipzig y casi todos quedaron decepcionados con los resultados. El 15 de enero de 1922, la Comisión de Juristas Aliados, que había sido designada por el Consejo Supremo para examinar los juicios, sostuvo que no tenía sentido continuar con los procesos.[110] En junio de ese año la Corte en Leipzig decidió seguir con los procedimientos, aun en ausencia de los Aliados, lo que duró 3 años más. Sin embargo, de las 94 personas juzgadas, solo 6 fueron condenadas.[111] En consecuencia, los llamados Juicios de Leipzig recibieron un gran número de críticas, tanto en los Estados Aliados como dentro de la República de Weimar.[112]

Por otra parte, el artículo 227 disponía que el Kaiser Wilhelm II de Hohenzollern era responsable de una ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados. Se trataba de una propuesta anglo-francesa que buscaba castigar al Kaiser por ser penalmente responsable de haber iniciado la guerra y de haber sido el superior de las tropas alemanas que habían violado el derecho internacional. El departamento de Relaciones Exteriores del Reino Unido sostuvo que el juzgamiento era necesario para prevenir nuevos intentos de iniciar ilegalmente una guerra y de violar el derecho internacional. Asimismo, alegó que si se iba a juzgar a aquellos criminales menores, debía enjuiciarse entonces al

108. Rikhof (2014: 268).

109. Rikhof (2014: 266).

110. Rikhof (2014: 282).

111. Cabe señalar, por otro lado, que Francia y Bélgica llevaron adelante aproximadamente 2000 juicios *in absentia* ante cortes marciales contra soldados alemanes que se encontraban en la lista original de acusados. Estos procesos resultaron en 1200 sentencias de condena para diciembre de 1924 en Francia y 80 condenas en Bélgica a mayo de 1925. *Cf.* Rikhof (2014: 283).

112. Neuner (2014: 333). De hecho, algunos autores se han referido a estos como una farsa, *cf.* Form (2014) y Greppi (1999). Por otro lado, ha sido observado que los británicos estaban un poco más conformes que los belgas y los franceses con el resultado de los juicios, en particular porque sostenían que la prueba era más fuerte y porque los testigos británicos estaban mejor preparados, eran más creíbles y objetivos. *Cf.* Rikhof (2014: 283-285). Sin embargo, con el paso del tiempo, se fue solidificando la opinión de que los juicios de Leipzig habían sido efectivamente una farsa. La Comisión de Crímenes de Guerra conformada luego de la Segunda Guerra Mundial consideró que habían sido un fracaso, que muchas de sus conclusiones eran contrarias a los principios de las naciones civilizadas y que lo peor no habían sido los horrores relatados en los juicios, sino el hecho de que los responsables hubieran escapado el castigo. *Cf.* Rikhof (2014: 286).

"archicriminal".[113] El memorándum preparado por los juristas franceses señalaba que, si bien podría argumentarse que Wilhem II gozaba de ciertos privilegios por haber sido el jefe de Estado (el Kaiser había abdicado el 9 de noviembre de 1918 y al día siguiente había huido hacia los Países Bajos donde solicitó asilo),[114] como por ejemplo la inmunidad, también tenía ciertas responsabilidades que no había cumplido, por lo que podría sostenerse que había perdido dichos privilegios.[115]

Durante la negociación del Tratado de Versalles, Estados Unidos y Japón se habían opuesto a la inclusión de esta cláusula.[116] Los primeros sostenían que el juzgamiento de un jefe de Estado podría establecer un precedente inoportuno de violación de la soberanía[117] y que solo podía ser responsable respecto de las leyes de su Estado. Sin embargo, la delegación norteamericana aceptó finalmente que si este había abdicado o había sido repudiado por su pueblo (lo que había ocurrido en el caso de Wilhelm II) entonces podría ser juzgado.[118] Así, el reclamo público prevaleció[119] y, finalmente, se aprobó el artículo 227. La norma disponía expresamente que el tribunal especial aseguraría las garantías esenciales del derecho a la defensa. El tribunal se compondría de 5 jueces designados por las Potencias del Entente: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. La decisión del tribunal debía estar guiada por los motivos más altos de política internacional con el fin de vindicar las obligaciones solemnes de la moralidad internacional.

Las Potencias sometieron al gobierno de los Países Bajos una solicitud de entrega del Emperador, que fue denegada, por lo que esta iniciativa no tuvo éxito.[120] En efecto, el Rey de los Países Bajos, primo del Kaiser, sostuvo que debía respetarse la institución del asilo, sosteniendo que los cargos presentados eran de carácter político y, por lo tanto, quedaban fuera del alcance del instituto de la extradición.[121]

En este punto, es interesante mencionar que el artículo 231 del Tratado de Versalles establecía que los Aliados y los Gobiernos Asociados afirmaban, y Alemania aceptaba, la responsabilidad de Alemania y sus aliados por las pérdidas y daños sufrieron como consecuencia de la guerra impuesta y por la agresión de Alemania y sus aliados. Así, en el mismo tratado encontramos menciones sobre la incipiente y novedosa responsabilidad internacional del individuo junto con la más tradicional responsabilidad internacional del Estado. Algunos políticos de la época quisieron utilizar dicha norma para argumentar que se trataba de una

113. Sellars (2014b: 197).
114. Mevis y Reijntjes (2014: 216).
115. Sellars (2014b: 199).
116. Neuner (2014: 349).
117. Sellars (2014b: 203).
118. Mevis y Reijntjes (2014: 225).
119. Mevis y Reijntjes (2014: 214).
120. Greppi (1999).
121. Nyamuya Maogoto (2014: 188).

confesión de los alemanes y que, por lo tanto, no hacía falta llevar adelante los juicios previstos en los artículos 227 a 229.[122] Sin embargo, cabe observar que se trata de una disposición ubicada en el capítulo siguiente al de las sanciones, en la Parte VIII referida como "Reparaciones", por lo que, claramente, irían por caminos separados, adelantándose de esta manera a la metodología que utilizaría la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

Aunque ninguno de los artículos logró cumplir acabadamente con su objetivo, representan, sin lugar a duda, un avance extraordinario hacia lo que luego sería confirmado por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente. En efecto, si bien recién después de la Segunda Guerra Mundial se inició con claridad un movimiento al interior de la comunidad internacional que comenzó a crear una conciencia más definida de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra en los que se considerara la responsabilidad penal de los individuos, luego de la Primera Guerra Mundial y, a pesar del fracaso del establecimiento del tribunal previsto por el artículo 227 del Tratado de Versalles y de las dificultades y limitaciones de los denominados Juicios de Leipzig, es posible identificar algunos desarrollos importantes en la materia. Por ejemplo, la Asociación de Derecho Internacional y la Asociación Internacional de Derecho Penal examinaron la cuestión de la jurisdicción penal internacional, culminando en la adopción de un tratado sobre el tema, la Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional, en el marco de la Sociedad de las Naciones, en 1937. Sin embargo, el tratado nunca entró en vigor por no haber podido alcanzar el número mínimo de ratificaciones requeridas.[123]

2.2. La historia de las instancias de juzgamiento internacional del individuo: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y los juicios de la segunda posguerra

Durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados Aliados comenzaron a discutir cómo implementar el proyecto de la justicia internacional penal. En octubre de 1943, representantes de los 17 gobiernos Aliados se reunieron en la Cancillería británica en lo que se denominó la Conferencia Internacional de Londres con el fin de crear una entidad que pusiera en acción procesos judiciales a escala internacional.[124] El resultado fue la creación de la Comisión de Naciones

122. Mevis y Reijntjes (2014: 230).

123. Schabas (2009²: 27).

124. Plesch y Sattler (2014: 438). Cabe señalar como antecedente la llamada Declaración de St. James, de enero de 1942, en la cual representantes de los gobiernos en el exilio de

Unidas sobre Crímenes de Guerra, que llevó a cabo investigaciones preliminares sobre crímenes cometidos por individuos de jerarquía media, que funcionó hasta 1948 y que resultó en una serie de juicios a nivel nacional. Una de las primeras cuestiones que se discutió en la Comisión fue cuáles eran los elementos que constituían un crimen internacional.[125] Para ello, se tomaron en cuenta instrumentos como los Convenios de La Haya de 1899 y 1907[126] y la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones, conformada luego del fin de la Primera Guerra Mundial. Al respecto, se observó que la lista de 32 delitos confeccionada en 1919 había sido aceptada por Italia y Japón y que Alemania no se había opuesto a ella. Sin embargo, la Comisión conformada en 1943 no ofreció ninguna definición específica del crimen de guerra porque no quería generar exclusiones o limitaciones.[127] De todos modos, cabe señalar que a finales de octubre de 1943, los cancilleres del Reino Unido, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de los Estados Unidos emitieron la Declaración de Moscú, en la cual anunciaron su política de investigación y enjuiciamiento de los crímenes en los países en donde habían sido cometidos, salvo cuando no resultara claro el lugar geográfico, en cuyo caso se haría por una decisión conjunta de los Aliados ("Statement of atrocities").[128] Si bien la Unión Soviética firmó la Declaración, no participó luego del trabajo de la Comisión porque consideraba que no debió haberse limitado a los crímenes de guerra, sino que se debió haber incluido una discusión sobre el crimen de agresión y los crímenes de lesa humanidad[129] (los que fueron finalmente incorporados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg).

La Comisión estaba conformada originalmente por representantes de Australia, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, China, Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Grecia, Países Bajos, India, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia y Yugoslavia. Dinamarca se unió en 1945 y Sudáfrica asistió, pero no llevó a cabo sus propias investigaciones. En 1944 se sugirió invitar a Brasil y a México, pero ninguno de estos dos Estados solicitó formalmente admisión.[130] La Comisión trabajó organizada en Comités. El llamado Comité I recolectó pruebas e información de los Estados miembros y evaluó cargos contra

---

Bélgica, Checoslovaquia, Francia libre, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia y Yugoslavia, afirmaron su intención de enjuiciar a los perpetradores nazis por los actos atroces contra las poblaciones civiles. En dicha Declaración se hizo referencia a la responsabilidad individual –incluyendo la responsabilidad del superior– y a la responsabilidad colectiva. *Cf.* Plesch y Sattler (2014: 445-446).

125. Plesch y Sattler (2014: 441).

126. Plesch y Sattler (2014: 442).

127. Plesch y Sattler (2014: 443).

128. Plesch y Sattler (2014: 447).

129. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas finalmente llevó a cabo juicios a nivel nacional de forma independiente. *Cf.* Plesch y Sattler (2014: 448).

130. Plesch y Sattler (2014: 448).

aproximadamente 37.000 individuos sospechados de haber cometido crímenes de guerra.[131] El Comité II se ocupó de la puesta en funcionamiento ("enforcement") y de las medidas necesarias para asegurar la detección, detención, juicio y castigo de los responsables, como, por ejemplo, la creación de tribunales militares.[132] El Comité III se encargó de las cuestiones jurídicas, como por ejemplo, la competencia personal, la responsabilidad colectiva, la extradición, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra la paz, la protección de ciertos derechos humanos y los crímenes cometidos por los países del Eje contra su propia población. Sin embargo, no tenía facultad de adoptar resoluciones vinculantes para los miembros de la Comisión.[133]

Los debates que se dieron en el seno de la Comisión sirvieron de material para el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, parte del Acuerdo de Londres, adoptado el 8 de agosto de 1945,[134] incluidas, por ejemplo, aquellas en materia de responsabilidad colectiva por la membresía de una organización, que luego fueron receptadas en los artículos 9 y 10 del Tribunal Internacional.[135] Asimismo, se discutió sobre el concepto de crimen de lesa humanidad, aunque, sin embargo, cabe señalar que en el desarrollo de ese concepto también influyó el trabajo del jurista polaco que había emigrado al Reino Unido durante la guerra, Hersch Lauterpacht, quien se reunió antes de la conferencia de 1945 con quien sería el Fiscal del Tribunal, el norteamericano Robert Jackson.[136]

Luego de la rendición de Alemania el 8 de mayo de 1945, los Aliados asumieron la autoridad suprema sobre esta, lo que incluía los poderes del gobierno nacional y los gobiernos locales y municipales.[137] Unas semanas más tarde, en la Conferencia de Postdam, los Aliados acordaron que tal autoridad sería asignada al Consejo de Control Aliado y dividieron el territorio en cuatro zonas de ocupación, sobre las cuales cada uno de los países aliados (Estados Unidos de América, el Reino Unido, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y

131. Plesch y Sattler (2014: 449).

132. Plesch y Sattler (2014: 453).

133. Plesch y Sattler (2014: 455).

134. Sin embargo, cabe señalar que el Preámbulo del Acuerdo solamente menciona la Declaración de Moscú de 1943, sin referencia alguna al trabajo de la Comisión, *cf.* Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, UNTS Vol. 82, p. 279. Traducción en español disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66 (último acceso: 20/02/2024). Véase también Plesch y Sattler (2014: 439).

135. Hale y Cline (2014: 274). Véase apartado 4.3 de este capítulo.

136. von Lingen (2014: 476-477).

137. Declaración sobre la Derrota de Alemania y la Asunción de la Autoridad Suprema con respecto a Alemania por los gobiernos de Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido y el Gobierno Provisional de la República Francesa, 5 de junio de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/wwii/ger01.asp (último acceso: 20/02/2024).

Francia) asumiría la autoridad. Sin embargo, las decisiones serían adoptadas de manera unánime.[138] En las conclusiones de la Conferencia se estableció que los criminales de guerra y aquellos que hubieran participado en la planificación o realización de las actividades nazis que entrañaron o resultaron en atrocidades o crímenes de guerra, serían arrestados y llevados a juicio y que los líderes nazis, los partidarios influyentes del régimen nazi y los altos funcionarios de las organizaciones e instituciones nazis y toda otra persona considerada peligrosa para la ocupación o sus objetivos serían arrestados e internados.[139] Este instrumento sirvió de base para el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, adoptado solo unos días después.

Como fuera indicado en la Introducción, la creación de un tribunal internacional con competencia sobre individuos fue uno de los momentos "grocianos" del derecho internacional penal, pues luego del dictado de su sentencia se afianzó la posibilidad de atribuir responsabilidad por la violación de normas internacionales directamente a los individuos, sin la necesidad de la mediación de la responsabilidad estatal, concepto que, como fuera observado, modificó radicalmente el panorama del ordenamiento jurídico internacional.

Sin embargo, al comienzo de las negociaciones no existía aún una definición tan clara de la noción de la responsabilidad internacional del individuo. En la Conferencia de Londres, que tuvo lugar entre el 26 de junio y el 2 de agosto de 1945, la delegación norteamericana reconoció que el derecho internacional no apoyaba claramente la existencia de dicho concepto y que, por lo tanto, era necesario un acuerdo entre las cuatro Potencias Aliadas al respecto.[140] En este sentido, Robert Jackson, miembro de dicha delegación y luego fiscal jefe ante el Tribunal, reconoció la naturaleza radical del proyecto, afirmando que el principio de la responsabilidad individual constituía la negación de la vieja y tenaz doctrina de una soberanía estatal absoluta e incontrolable y que sus consecuencias sacudirían tales antiguos conceptos.[141]

El acuerdo de los cuatro Estados negociadores se vio, finalmente, reflejado en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal en donde se tipifican los crímenes de su competencia. El segundo párrafo de dicha norma dispone que "[c]ualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal".[142] Por su parte, el artículo 7 rechaza la doctrina de la soberanía mencionada por

138. Este órgano se disolvió *de facto* el 20 de marzo de 1948. Los soviéticos se marcharon en protesta por la Conferencia de las Seis Potencias en Londres. *Cf.* Vorbaum (2014: 398).

139. Conclusiones de la Conferencia de Postdam (Berlín), 17 de julio al 2 de agosto de 1945, punto II.A.5, disponible en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp (último acceso 20/02/2024).

140. Citado en Sellars (2014a: 543-544).

141. Citado en Sellars (2014a: 542).

142. UNTS Vol. 82, p. 279.

Jackson, estableciendo que "el cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos de Gobierno no los exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena".[143]

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fue creado a través del mencionado Acuerdo de Londres, que tenía adjunto su estatuto.[144] Allí se establecía la estructura y las bases del enjuiciamiento, incluidas las definiciones de los crímenes de su competencia. De conformidad con el artículo 2, el Tribunal estaría compuesto por cuatro miembros nombrados por cada uno de los Estados signatarios del Acuerdo, quienes, según los artículos 14 y 15, también nombrarían cada uno un fiscal jefe, que actuarían como en un comité, colaborando mutuamente.

Según el Acuerdo de Londres, el Tribunal estaba encargado del juicio y castigo de los crímenes carentes de una ubicación geográfica particular,[145] independientemente de que los individuos acusados lo fueran de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades.[146] El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg tenía competencia para juzgar delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (en los que se requería una conexión con un conflicto armado internacional). Respecto de la competencia *ratione personae*, esta cubría a los "dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices"[147] que hubieran participado en la preparación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de esos delitos; todos ellos quedaban incluidos en la frase: "serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan". Asimismo, el artículo 9 del Estatuto preveía la facultad del Tribunal de declarar criminal una organización a la que perteneciera alguno de los acusados, mientras que el artículo 10 disponía que, en esos casos, las autoridades judiciales competentes de los Estados signatarios podrían enjuiciar a individuos por su membresía a dichas organizaciones. El alcance de estas dos disposiciones será analizado en el apartado 4 de este capítulo.

El 18 de octubre de 1945, el Comité de Fiscales Jefes presentó la acusación contra 24 personas por crímenes contra la paz a través de la planificación, preparación, inicio y llevar a cabo la guerra de agresión en violación de tratados y acuerdos internacionales, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Durante las audiencias, las defensas de los acusados presentaron diversas objeciones a la jurisdicción y competencia del Tribunal.[148] De particular interés resulta

143. *Idem.*

144. Al Acuerdo se adhirieron luego 19 Estados: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia. *Cf.* Lauterpacht (1952[7]: 581).

145. Acuerdo de Londres, 3er párrafo del Preámbulo y artículo 1.

146. *Cf.* Acuerdo de Londres, artículo 6.

147. Acuerdo de Londres, artículo 6 *in fine*.

148. Zuppi (2002: 51).

aquella que sostuvo que el derecho internacional se ocupaba exclusivamente de los Estados soberanos y que, por lo tanto, no preveía la posibilidad de castigar individuos, pues sus actos estaban protegidos por la doctrina de la soberanía estatal. A este argumento, el Tribunal, admitiendo tácitamente el carácter novedoso de la responsabilidad internacional del individuo, respondió con la mentada frase: "[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional".[149]

De los veintidós acusados que finalmente fueron juzgados,[150] el Tribunal declaró culpable a siete de ellos por todos los cargos, doce fueron condenados por uno o más cargos y tres de ellos fueron absueltos. El Tribunal dictó pena de muerte para doce de los condenados, prisión perpetua para tres y cuatro de ellos recibieron condenas de privación de libertad de entre diez y veinte años.

Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (también llamado Tribunal de Tokio) fue creado por 11 Estados Aliados para enjuiciar a los responsables de los crímenes cometidos en el teatro oriental de operaciones de la Segunda Guerra Mundial, como una jurisdicción paralela al Tribunal de Nuremberg. Sin embargo, a diferencia de este, el Tribunal de Tokio no fue creado por un tratado, sino que su base normativa está constituida por la Declaración que define los términos de la rendición de Japón, conocida como la Declaración de Postdam,[151] del 26 de julio de 1945, por el Instrumento de Rendición,[152] del 2 de septiembre de ese año y por el Estatuto del Tribunal[153] que fue proclamado por el General MacArthur, comandante supremo de las Potencias Aliadas el 19 de enero de 1946. Todo ello indicaba una gran influencia de los Estados Unidos en el funcionamiento del Tribunal, incluso mayor que la que pudo tener respecto del Tribunal de Nuremberg.[154]

149. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), (traducción propia), párr. 246.

150. Uno de ellos, Martin Bormann, fue juzgado en ausencia, conforme el artículo 12 del Estatuto del Tribunal.

151. Firmada por el Reino Unido, los Estados Unidos de América y China. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas adhirió a la Declaración con posterioridad. Véase, en particular el punto 10 que afirmaba que los crímenes de guerra serían llevados ante la justicia. Disponible en https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp (último acceso: 20/02/2024).

152. En dicho instrumento Japón aceptó los términos de rendición dispuestos en la Declaración de Postdam. Disponible en https://avalon.law.yale.edu/wwii/j3.asp (último acceso: 20/02/2024).

153. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Disponible en https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf (último acceso: 20/02/2024).

154. Boister (2014: 12-13).

El artículo 2 del Estatuto disponía que el Tribunal estaría compuesto de, por lo menos, cinco y no más de nueve jueces[155] designados por el comandante supremo de entre los candidatos presentados por los Estados signatarios del Instrumento de Rendición. La investigación y acusación quedaban a cargo de lo que el artículo 8 llamó abogado principal ("*chief of counsel*" en la versión en inglés) que también sería designado por el comandante supremo, quien sería asistido por abogados asociados nombrados por cada uno de los Estados que habían estado en guerra con Japón.

El artículo 5 del Estatuto reafirmó la noción de la responsabilidad internacional del individuo, disponiendo que las personas serían acusadas de forma individual o como miembros de una organización. La competencia material, establecida en dicho artículo, era idéntica a la del Tribunal de Nuremberg, es decir, incluía a los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Con relación a la cuestión de la posición oficial, en ambos estatutos se establecía que esta no sería suficiente para eximir a la persona acusada de su responsabilidad; sin embargo, en el caso del Tribunal de Tokio se preveía que dichas circunstancias podrían ser tomadas en cuenta para atenuar la sanción si así lo determinaban los jueces tomando en consideración motivos de justicia. Cabe señalar, finalmente, que el Estatuto del Tribunal de Tokio no preveía las disposiciones relativas a la determinación judicial de la naturaleza criminal de una organización y a la posibilidad de juzgar a una persona por su pertenencia a ella, dispuesta en los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

El Tribunal juzgó a 25 personas (al comienzo eran 28) entre el 29 de abril de 1946 y el 12 de noviembre de 1948. Si bien se discutieron crímenes de guerra, en particular, el crimen de maltrato a los prisioneros de guerra y a la población civil, el cargo principal fue la planificación y ejecución de una guerra de agresión en la región de Asia-Pacífico. Todos los acusados menos uno fueron declarados culpables del cargo de crimen contra la paz y diez de ellos, de crímenes de guerra. Siete fueron condenados a muerte por horca, mientras que el resto recibió una condena perpetua, salvo por dos de ellos, que fueron condenados a siete y veinte años de prisión.[156]

Sin embargo, a pesar de los ricos debates jurídicos que tuvieron lugar ante el Tribunal, que se vieron reflejados en el voto mayoritario de los jueces y en los votos disidentes, como se observará a continuación, los desarrollos posteriores, en particular en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, tendieron, prácticamente, a ignorarlos. Se ha sugerido que una de las razones es que los protagonistas de tales desarrollos, como el presidente de los Estados Unidos Harry S. Truman y los jueces del Tribunal de Nuremberg, el norteamericano Francis Biddle y el francés Donnedieu de Vabres, estaban, precisamente,

155. Finalmente se designaron 11 jueces. *Cf.* Cassese y Gaeta (2013³: 257).
156. Totani (2014: 31).

más familiarizados y consustanciados con el trabajo de dicho Tribunal, incluso a pesar de la presencia de China en los debates y del importante rol de un ex juez del Tribunal de Tokio, el holandés Röling. También es posible identificar como otra de las razones el hecho de que, contrariamente al caso del Tribunal de Nuremberg, en Tokio no se enjuició a todos los líderes de Japón; en particular, el Emperador quedó fuera del banquillo de los acusados. Así, podría afirmarse que las Naciones Unidas adoptaron un enfoque eurocentrista en su trabajo al privilegiar el precedente del Tribunal de Nuremberg.[157]

Como fuera mencionado, unas semanas más tarde de la rendición de Alemania, en la Conferencia de Postdam, los Aliados acordaron la división del territorio de Alemania sobre el cual cada uno ejercería la autoridad de ocupación beligerante, bajo un Consejo de Control Aliado. En ese marco, se adoptó la Ley No. 10, aprobada el 20 de diciembre de 1945. Esta ley permitió el juzgamiento de aquellas personas que no habían quedado bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional y que, por lo tanto, serían juzgadas por los tribunales de ocupación con un mismo marco jurídico.[158] Al respecto, se ha observado que estos juicios reflejaron el comienzo de la Guerra Fría, que impactó en muchas de las decisiones que se tomaron, como por ejemplo, el hecho de llevar a cabo juicios zonales en lugar de un segundo juicio del Tribunal Militar debido, entre otras cosas, a desacuerdos con relación a su sede y a la nacionalidad del juez presidente.[159] Si bien dichos tribunales zonales se consideraron a sí mismos como internacionales, su naturaleza era más compleja pues, a diferencia del Tribunal Militar Internacional, no habían sido establecidos por un tratado, cuyos principios fueron confirmados por la comunidad internacional (*cf.* Resolución AG 95(I)), sino que fueron creados por un órgano que ejercía *de facto* la autoridad sobre Alemania.[160] No obstante, el derecho aplicable era de naturaleza internacional. En efecto, su competencia material, definida en el artículo II de la Ley No. 10, era prácticamente idéntica a la del Tribunal Internacional, salvo por algunas diferencias. A modo de ejemplo, puede mencionarse que, al igual que su par internacional, incluía el crimen contra la paz, el crimen de guerra y el crimen de lesa humanidad, pero, agregaba como un crimen en sí mismo, la pertenencia a alguno de los grupos u organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Internacional, de conformidad con el artículo 10 de su Estatuto. Asimismo, el crimen de lesa humanidad no requería un nexo con los otros dos crímenes, como ocurría en el Estatuto del Tribunal

157. Koller (2014: 580).

158. Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado para el Enjuiciamiento de las Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, disponible en https://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp (último acceso: 20/02/2024).

159. Heller (2011: 5 y 19).

160. Heller (2011: 137).

Internacional. En tercer lugar, el crimen contra la paz incluía a la invasión entre las conductas criminalizadas.

El artículo III de dicha norma autorizaba a las autoridades de cada zona a arrestar y juzgar a las personas acusadas de haber cometido un crimen ante un tribunal apropiado, si bien no explicaba el significado de dicho término. Ello quedó sujeto a la interpretación de cada potencia ocupante. El ejército de Estados Unidos, por ejemplo, emitió la Ordenanza No. 7 del 16 de octubre de 1946, en la que se dispuso que se establecerían tribunales militares con el poder de juzgar y sancionar a las personas acusadas de los delitos reconocidos en el artículo II de la Ley del Consejo de Control Aliado No. 10.[161]

Esta Ley tenía entonces el objetivo de suministrar una base jurídica común para llevar a cabo los juicios en las zonas ocupadas por las Potencias Aliadas. Sin embargo, ese objetivo no fue alcanzado de forma completa[162] porque, a diferencia de los norteamericanos –que aplicaron la norma de forma sistemática–, los británicos, soviéticos y franceses hicieron uso de la opción que ofrecía el artículo III.1.d) de la Ley No. 10 para los casos en los que los acusados fueran nacionales y las víctimas, nacionales o apátridas, de transferir los juicios a un tribunal alemán. En consecuencia, en las zonas ocupadas por dichos Estados, los casos bajo la Ley No. 10 fueron juzgados por tribunales alemanes.[163]

En la zona británica, los juicios fueron llevados a cabo ante las cortes militares de acuerdo con la Orden Real 81/45 del 18 de junio de 1945, que se refería solamente a los crímenes de guerra, en referencia a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.[164] Entre esos 250 juicios[165] pueden mencionarse el llamado Caso *Belsen* (Josef Kramer y otros), que se realizó entre el 17 de septiembre y el 17 de noviembre de 1945, es decir, antes de que se aprobara la Ley del Consejo de Control Aliado No. 10, por crímenes de asesinato y maltrato de personal militar aliado y de civiles en los campos de concentración de Belsen y Auschwitz como crimen de guerra.[166] Asimismo, un tribunal militar británico en Hamburgo enjuició a Bruno Tesch, el dueño de la empresa que fabricaba el gas Zyklon B –utilizado en los campos de exterminio para asesinar a los prisioneros–, entre

161. Heller (2011: 25).

162. *Cf.* Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crime Trials under Control Council Law No. 10, por Telford Taylor, 15 de agosto de 1949, pp. 7-8, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525365/ (último acceso: 20/02/2024).

163. Pöpken (2014: 436).

164. Royal Warrant 81/45, Regulations for the Trial of War Criminals, del 18 de junio de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/imt/imtroyal.asp (último acceso: 20/02/2024).

165. Pöpken (2014: 436).

166. Caso No. 10 Juicio de Belsen contra Josef Kramer y otras 44 personas, Corte Militar Británica, Luneburg, 17 de septiembre – 17 de octubre de 1945. Disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/ (último acceso: 20/02/2024).

el 1° y el 8 de marzo de 1946 por la violación de las leyes y usos de la guerra y condenado a muerte.[167]

Los juicios más conocidos realizados de conformidad con la Ley No. 10 son, quizás, los 12 procesos llevados a cabo por los tribunales militares de los Estados Unidos contra casi 200 personas en la ciudad de Nuremberg entre octubre de 1946 y abril de 1949.[168] Entre los acusados se incluyeron diplomáticos, políticos, ministros, empresarios industriales,[169] médicos y abogados, quienes, a los fines de su enjuiciamiento, fueron agrupados por sus actividades. La lista original de potenciales imputados ascendía a 2500 y, para reducirla, se establecieron criterios relacionados con la existencia de prueba sustancial y confiable de una conducta criminal, de acuerdo con los principios aceptados del derecho internacional penal y con la naturaleza de la contribución. Por ejemplo, en el caso de los empresarios industriales se buscaba que se hubiera tratado de una contribución financiera sustancial y que se hubiera obtenido beneficios del saqueo o del trabajo esclavo.[170]

Existe un caso en el que un tribunal militar de ocupación francés llevó adelante un proceso penal bajo la Ley del Consejo de Control Aliado No. 10. Se trata del juicio contra Albert Wagner, cuya sentencia fue dictada el 29 de noviembre de 1946, en la que se lo condenó por la muerte de civiles, maltrato de prisioneros de guerra y uso de trabajo esclavo.[171]

En la zona oriental, los juicios se llevaron a cabo ante los tribunales militares del Ejército Rojo y aplicaron tanto las leyes soviéticas como las leyes aliadas. Los

167. Caso No. 9 Juicio de Zyklon B contra Bruno Tesch y otras dos personas, Corte Militar Británica, Hamburg, 1 – 8 de marzo de 1946. Disponible en https://www.legal-tools.org/doc/10c581/pdf/ (último acceso: 20/02/2024).

168. Los juicios fueron difundidos en una colección de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/ (último acceso: 20/02/2024). También se puede acceder en: http://nuremberg.law.harvard.edu/trials (último acceso: 20/02/2024). Los juicios son Karl Brandt *et al.* (caso de los médicos); Erhard Milch; Josef Altstoetter *et al.* (el caso de la justicia o de los abogados), Oswald Pohl *et al.*; Friedrich Flick *et al.* (caso Flick); Carl Krauch *et al.* (caso I.G. Farben); Wilhelm List *et al.* (caso de los rehenes); Ulrich Greifelt *et al.* (caso de RuSAH); Otto Ohlendorf *et al.* (caso de los Einsatzgruppen); Alfred Krupp *et al.*; Ernst von Weizsaecker *et al.* (caso de los Ministerios) y Wilhelm von Leeb *et al.* (caso del Alto Comando). Al respecto, véase Zuppi (2019).

169. Una de las mayores discusiones previas a los juicios zonales fue la conveniencia de juzgar a los empresarios ya que, más allá de las cuestiones jurídicas complejas que ello pudiera entrañar, Estados Unidos consideraba que ello podría generar una reacción adversa a su política de reconstrucción de Alemania frente al avance del comunismo, *cf.* Heller (2011: 21).

170. Heller (2011: 44-45).

171. Caso No. 75 Juicio de Albert Wagner, Tribunal General Militar Gubernamental de la zona ocupada por Francia en Alemania, sentencia del 29 de noviembre de 1946. Resumen en inglés en *Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Vol. XIII, 1949, pp. 118-121, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/ (último acceso: 20/02/2024).

cargos incluían en muchas oportunidades crímenes contra la revolución sobre la base del artículo 58 del Código Penal de la Unión Soviética.[172]

En Asia, luego de que el Tribunal Internacional para el Lejano Oriente dictara sentencia, también se llevaron a cabo juicios en diferentes países de la región que habían estado en guerra con Japón, como China, Corea o Filipinas. Se buscaba que los juicios en la región funcionaran como un espejo de los que se llevaban adelante en Europa. Se denominaron juicios Clase B –por crímenes de guerra– y Clase C –por crímenes de lesa humanidad– (los criminales Clase A, juzgados por el Tribunal Internacional eran aquellos acusados de haber llevado adelante una guerra de agresión). Pero, a diferencia del caso de Alemania, no existió una norma común que regulara los procesos. Los tribunales aplicaron derecho local, en reconocimiento de su soberanía, junto con el derecho internacional. El Comando Aliado en el Sudeste Asiático recibió la tarea de coordinar las actividades de investigación preliminar y de la Fiscalía.[173] Así, por ejemplo, los franceses establecieron el Tribunal Militar Permanente Francés en Saigón, que juzgó aproximadamente a 230 japoneses por crímenes de guerra.[174] China, por su parte, para 1949 había enjuiciado y sentenciado a muerte a 145 personas y a 300, a penas de prisión.[175] Por su lado, el Reino Unido llevó adelante juicios contra criminales de guerra japoneses en Singapur, en aplicación de sus propias leyes militares.[176] La base jurídica de dichos juicios, al igual que en el caso del Tribunal de Tokio, era la Declaración de Postdam y el artículo 3 de la Proclamación del General MacArthur que creó el Tribunal Internacional, que establecía que nada

172. Vormbaum (2014: 401).

173. Jørgensen y Friedmann (2014: 335). Entre los crímenes de guerra cometidos por Japón contra la población civil en los países ocupados se puede mencionar el crimen de guerra conocido con el eufemismo "mujeres de confort" ("*confort women*"). A pesar de su extensión, estos crímenes estuvieron prácticamente ausentes en los procesos penales llevados a cabo luego de terminada la Segunda Guerra Mundial. Recién a fines del siglo XX, en virtud de iniciativas de la sociedad civil, se creó en el año 2000 el Tribunal de Mujeres sobre Crímenes de Guerra para el Enjuiciamiento de la Esclavitud Sexual de los Militares de Japón (*Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery*). En su sentencia, se describió el sistema de prostitución forzada implementado por Japón. Disponible en https://www.legal-tools.org/doc/8ae55c/ (último acceso: 20/02/2024). Una de las pocas excepciones a la falta de juzgamiento de este tipo de crímenes luego de la Segunda Guerra Mundial la constituyen las sentencias dictadas por las Cortes Marciales Temporales ubicadas en Batavia, en las Indias Orientales Holandesas (hoy Yakarta, Indonesia) sobre crímenes de violencia sexual en tiempos de guerra. Representan la primera vez en que miembros de una fuerza armada (junto con los civiles dueños de un burdel) fueron condenados por el crimen de prostitución forzada y por violaciones de las leyes y usos de la guerra. Las copias de los expedientes fueron halladas en 2006 en la Biblioteca Real de La Haya y actualmente son objeto de una investigación coordinada por el Centro por los Derechos y la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad China de Hong Kong. *Cf.* Jørgensen y Friedmann (2014: 331 y 333).

174. Schoepfel-Aboukrat (2014: 120).

175. Zhang (2014: 267).

176. Chea (2014: 305).

en dicha orden invalidaba la jurisdicción de otro tribunal, fuera internacional, nacional o de ocupación, sobre personas acusadas de cometer crímenes de guerra.

El proceso de Nuremberg –y, en menor medida, el de Tokio– tuvo gran influencia en el desarrollo posterior de la responsabilidad penal individual internacional. Sus protagonistas eran conscientes de ello, tal como lo demuestra un informe que el juez norteamericano del Tribunal de Nuremberg, Francis Biddle, envió al entonces presidente de los Estados Unidos, Harry Truman. Allí, señaló que las conclusiones del Tribunal podrían tener un efecto efímero o significativo dependiendo de los pasos que se tomaran, y, consecuentemente, sugirió la redacción de un código de derecho internacional penal.[177] El presidente Truman respondió que acordaba con dicha evaluación, en particular con lo referido a la prohibición de la guerra de agresión.[178] Por ello, la delegación norteamericana propuso en el seno del Sexto Comité de la Asamblea General de la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas el borrador de una resolución,[179] que finalmente se convirtió en la Resolución AG 95(I), titulada "Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg", aprobada por unanimidad el 11 de diciembre de 1946.[180] Después de haber "tomado nota" del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y del Estatuto anexo (y de los documentos paralelos relativos al Tribunal de Tokio),[181] la Asamblea General adoptó dos medidas. La primera "confirmaba" los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por las sentencias de dicho Tribunal. Esto significaba que, de acuerdo con la Asamblea General, el Tribunal había tenido en cuenta los principios vigentes de derecho internacional que dicho tribunal simplemente debía "reconocer". Mediante esta resolución, las Naciones Unidas confirmaban que había una serie de principios generales pertenecientes al derecho consuetudinario que habían "reconocido" el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y su sentencia, que parecía ser importante incorporarlos a un instrumento de codificación más amplio. La resolución reconocía asimismo el carácter consuetudinario de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Londres.

177. Citado en Koller (2014: 568).

178. Se ha señalado que, incluso durante la Conferencia de Londres, el interés central de los Estados Unidos era la prohibición de la guerra de agresión. *Cf.* Sellars (2014a: 554).

179. Koller (2014: 569).

180. La resolución había sido propuesta por Estados Unidos, aparentemente por iniciativa de Francis Biddle. El Sexto Comité modificó el término "codificación" por el de "afirmación", que implica, no solo la identificación de los Principios, sino también su apoyo. *Cf.* Schabas (2022: 77).

181. Referencia incluida a propuesta de China. Cabe señalar que fue incluida en el Preámbulo y no en los párrafos operativos de la Resolución. *Cf.* Koller (2014: 569). Luego, durante la discusión sobre los llamados Principios de Nuremberg en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial rechazó realizar una referencia expresa al Tribunal de Tokio. *Cf.* Koller (2014: 573).

La segunda medida fue instruir al Comité de Codificación de Derecho Internacional, conocido como el Comité de los Diecisiete,[182] para que tratara "como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, que contenga los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal". Luego de la creación de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General adoptó la Resolución AG 177 (II) por la cual le encargó a su órgano subsidiario la formulación de "los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias de los Tribunales de Nuremberg" y la preparación de "un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad".[183]

La Comisión de Derecho Internacional finalmente aprobó un informe sobre los "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg" en 1950. Durante los años de debate, los miembros discutieron acerca del alcance que debían tener. Concluyeron que no debían evaluar su compatibilidad con el derecho internacional o determinar cómo debían ser aplicados en el futuro, y se limitaron a las cuestiones relativas a la competencia del Tribunal y sus principios generales, reguladas en los artículos 6 a 8 del Estatuto.[184] Los seis Principios adoptados por la Comisión se refieren a 1) la existencia de la responsabilidad internacional del individuo; 2) la irrelevancia de que el derecho interno no considere que la conducta en cuestión constituya un delito; 3) la irrelevancia de la posición oficial en que haya actuado la persona; 4) la irrelevancia de haber actuado en cumplimiento de órdenes si existía una opción moral; 5) la aplicación de las garantías de un juicio justo y 6) la codificación de las tres categorías de crímenes establecidas en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal. La Asamblea General invitó a los Estados a formular observaciones, que deberían luego ser tomadas en cuenta por la CDI en su trabajo sobre un Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.[185]

Así, luego de la finalización de los trabajos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, la comunidad internacional, organizada en las Naciones Unidas, continuó trabajando sobre el desarrollo del derecho internacional penal, la rama recientemente creada

182. Establecido por la Resolución de la Asamblea General, Res AG 94 (I), 11 de diciembre de 1946.

183. Asamblea General, Res. AG 177 (II), 21 de noviembre de 1947.

184. Koller (2014: 572-573). Véase A/CN.4/13 and Corr. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1949, Vol. I),* p. 282.

185. Asamblea General, Res. AG 488 (V), del 12 de diciembre de 1950. Se recibieron comentarios de Dinamarca, Estados Unidos de América, El Líbano, Francia, Israel, Noruega y Uruguay, que fueron compilados por la CDI en A/CN.4/45 & Corr.1, Add.1 & Corr.1 & Add.2. Los Principios no fueron bien recibidos en el Sexto Comité y nunca fueron definitivamente adoptados por la Asamblea General. *Cf.* Schabas (2022: 77).

con el fin de regular el establecimiento de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes internacionales. Ello incluía dos cuestiones: una de carácter sustantivo referida a la identificación de las conductas que serían consideradas crímenes internacionales y a su definición, y la otra, referida a la cuestión de la jurisdicción para determinar esa responsabilidad. Si bien puede parecer evidente que ambas estaban intrínsecamente vinculadas entre sí, la Comisión de Derecho Internacional trabajó sobre ellas como si se tratase de dos temas diferentes, avanzando en carriles separados, pero paralelos. Los desarrollos de la década de 1990 tuvieron como resultado que ambos carriles se encontraran, pues los estatutos de los tribunales penales internacionales creados desde entonces contienen la lista de los crímenes de su competencia y su tipificación. Sin embargo, como veremos en el apartado 2.4, es posible encontrar el origen de dicha tipificación en el trabajo que la CDI llevó adelante respecto del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y en otros tratados adoptados luego de la segunda posguerra que también incluyen definiciones de conductas cuya comisión genera la responsabilidad internacional del individuo.

2.3 La historia de los crímenes internacionales y de la jurisdicción internacional penal a partir del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y el rol de la Organización de las Naciones Unidas

En este apartado, se estudiará el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad del individuo. Como fuera señalado, esta cuestión, a diferencia de la responsabilidad internacional del Estado, entraña varios aspectos relacionados con las normas primarias del derecho internacional que no pueden ser separados de las normas secundarias. En consecuencia, se desarrollará aquí la evolución de las normas internacionales sustantivas, es decir, aquellas que definen los crímenes, y de las jurisdicciones con competencia para determinar la responsabilidad internacional de los individuos por la comisión de tales conductas.

Como comentario preliminar, cabe señalar que, por fuera del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, luego de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los Estados negociaron y adoptaron una serie de tratados que tendrían gran impacto en las discusiones de la CDI. Por un lado, en 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que será desarrollada en detalle en el capítulo 3. Por el otro, el 12 de agosto de 1949, se adoptaron los cuatro Convenios de Ginebra redactados por iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja que reformaron el sistema de protección de las víctimas de los conflictos armados. Un capítulo completo de cada uno de los Convenios versa sobre los actos cometidos contra personas

protegidas. Estos actos se denominan "infracciones graves" y son, sin duda alguna, crímenes internacionales. Dichos actos se definen de manera detallada en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente, e incluyen, por ejemplo, ofensas como el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos (incluidos los experimentos biológicos), la destrucción a gran escala o la apropiación de bienes, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, la deportación ilegal, la transferencia o confinamiento de una persona protegida y la toma de rehenes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, adoptado en 1977 completa la lista de infracciones graves en sus artículos 44, 45, 73 y 85 denominadas por el inciso 5 del artículo 85 como crímenes de guerra. Sin embargo, estos tratados no establecen penas específicas ni un tribunal para juzgar a los infractores; en cambio, exigen que los Estados tomen medidas legislativas penales para castigar a los responsables de infracciones graves. Así, los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I establecen un sistema según el cual todos los Estados se obligan a juzgar o extraditar a las personas acusadas de cometer infracciones graves, aun cuando no haya un vínculo territorial o de nacionalidad entre la persona y ese Estado.

2.3.a. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de 1948 a 1954

En la primera etapa de su trabajo, que va desde 1948 a 1954, la CDI estudió la cuestión sustantiva y la cuestión jurisdiccional de manera paralela, pero separada, a través de distintos Relatores Especiales.

Por un lado, en virtud de que en la Resolución por la cual la Asamblea General aprobó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1948 se había invitado a la CDI a "examinar si era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales",[186] la Comisión nombró dos Relatores Especiales, el jurista panameño Ricardo J. Alfaro y el jurista sueco A.E.F. Sandström. Mientras que el primero apoyaba el establecimiento de una corte penal internacional y la redacción de un código de crímenes internacionales, el segundo sostenía que aún no estaban dadas las condiciones para ello. Luego de examinar los informes presentados, que contenían la alternativa de crear una Sala Penal en la Corte Internacional de Justicia, la Comisión concluyó que dicha

186. Asamblea General, Res. AG 260 B (III), 9 de diciembre de 1948. Ello en virtud de lo dispuesto por el artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

posibilidad implicaba una enmienda del Estatuto de esa jurisdicción, lo que no era recomendable.[187] Sin embargo, siguiendo la recomendación de Alfaro, la Asamblea General tomó un camino diferente y decidió crear un comité de representantes de 17 Estados Miembros con el fin de que preparase propuestas concretas relacionadas con el establecimiento de un tribunal penal internacional.[188] El llamado Comité sobre Jurisdicción Penal Internacional o Comité de Ginebra presentó un proyecto de estatuto que establecería el tribunal a través de un tratado.[189] Como solo unos pocos Estados realizaron comentarios al proyecto, la Asamblea General decidió crear un nuevo Comité,[190] llamado Comité de Nueva York. Este órgano se reunió en 1953 e introdujo reformas al borrador original, previendo dos posibilidades: que el tribunal se creara dentro de la Organización de las Naciones Unidas o que se tratara de una jurisdicción independiente. Sin embargo, finalmente, sus miembros no lograron consenso respecto de la posibilidad, viabilidad y deseabilidad de crear una jurisdicción penal internacional.[191]

Por otro lado, en 1949, la CDI comenzó a trabajar en la segunda tarea que le había encargado la Asamblea General e inició las discusiones sobre un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (en adelante, "Código"),[192] lo que entrañaba ir un paso más adelante de la redacción de

187. A/136, *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II)*, p. 379. Cabe señalar que, en su primer informe, el Relator Especial para un código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad también se refirió al tema de la jurisdicción en relación con su implementación. Al respecto observó que había tres formas posibles: a través de un tribunal internacional *ad hoc*, de una jurisdicción penal internacional permanente o de los tribunales internos de los Estados parte del código. Si bien el Relator Especial consideró que la segunda opción excedía su mandato, de todas maneras, examinó brevemente la cuestión. En primer lugar, sostuvo que sería difícil arrestar y entregar a un tribunal penal internacional a un funcionario de un Estado acusado de cometer una guerra de agresión o cualquier otro crimen del código. Un problema similar se daría si se tratara de personas que actuaron instigadas o toleradas por un gobierno. No obstante, consideró que en el caso de que alguno de esos crímenes fuera cometido por personas privadas, en contra de la voluntad de un gobierno, al menos en teoría, sería posible que fueran juzgados por un tribunal penal internacional. Asimismo, ofreció dos argumentos a favor de la creación de un tribunal internacional. Por un lado, sostuvo que los juicios en ausencia no carecían de valor práctico y, por el otro, que este tipo de jurisdicciones podrían tener efectos preventivos sobre los gobiernos. *Cf.* A/CN.4/25, *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II*), pp. 275-276. Sin embargo, cuando en 1951 la CDI presentó el proyecto de código a la Asamblea General para su consideración, no incluyó ninguna provisión sobre una jurisdicción penal internacional. *Cf.* A/CN.4/48 and Corr.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission (1951, Vol. II)*.

188. Asamblea General, Res. AG 489 (V), 12 de diciembre de 1950.

189. *Cf. Yearbook of the International Law Commission (1990. Vol. II [2])*, p. 20.

190. Asamblea General, Res. AG 687 (VII), 5 de diciembre de 1952.

191. Schouten (2014: 208).

192. Se ha observado que el origen de ese término se encuentra en un informe del 9 de noviembre de 1946 del Francis Biddle, quien había sido uno de los jueces del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, al presidente de los EE. UU., Harry Truman, en el que indicaba que había llegado el momento de reafirmar "los principios del Estatuto de Nuremberg en

los Principios de Nuremberg. Para llevar a cabo los trabajos sobre la materia, la Comisión designó como Relator Especial a Jean Spiropoulos, quien presentó su primer informe en 1950.[193]

El primer borrador del Código fue presentado a la Asamblea General en 1951, haciendo hincapié en que se ocuparía exclusivamente de la responsabilidad internacional del individuo.[194] Contenía cinco artículos que se referían a la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales, enumeraban y definían los crímenes de agresión –que se encontraba subdividida en los diferentes actos que podían constituir dicha ofensa–, el genocidio (aunque sin llamarlo así, pero incluyendo *verbatim* la definición de la Convención de 1948), actos inhumanos contra la población civil, actos en violación de las leyes y usos de la guerra, e incluían a la conspiración y la incitación para cometer esas ofensas, a la tentativa y a la complicidad, y disponían la ausencia de inmunidad para los jefes de Estado, la imposibilidad de alegar el cumplimiento de órdenes como defensa y el castigo por la comisión de los crímenes.[195]

La Asamblea General decidió no tratar el borrador ese año para que los gobiernos tuviesen más tiempo de realizar comentarios y, en 1952, la cuestión no fue incluida en la agenda final por considerar que el asunto aún seguía siendo examinado por la Comisión. Se recibieron comentarios de 14 Estados.[196] La Comisión continuó debatiendo el código hasta 1954, cuando le presentó a la Asamblea General la última versión, en la que, si bien se habían incorporado algunas modificaciones, se seguía, en su mayor parte, el borrador de 1951.[197]

Sin embargo, y a pesar del impulso que había tomado el tema, el trabajo fue suspendido por la falta de acuerdo sobre la definición del crimen de agresión.[198] A través de dos resoluciones, la Asamblea General decidió posponer el proyecto

una codificación general de los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad". *Cf.* Tercer Informe del Relator Especial, Doudoud Thiam, A/CN.4/387, *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1])*, pp. 68-69.

193. A/CN.4/25, *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II*).

194. A/CN.4/48 and Corr.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission (1951, Vol. II),* p. 133.

195. *Idem,* pp. 134-137.

196. A/CN.4/76, *Yearbook of the International Law Commission (1951, Vol. II),* p. 231.

197. A/CN.4/88, *Yearbook of the International Law Commission (1954, Vol. II),* pp. 149-152.

198. Los estatutos de los tribunales creados luego de la Segunda Guerra Mundial –tanto el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente– calificaron a las violaciones al *ius ad bellum* –es decir, las normas internacionales que regulan el uso de la fuerza– con el nombre de "crimen contra la paz", que en desarrollos posteriores fue reemplazado por el término "crimen de agresión". Sin embargo, a pesar del consenso alcanzado luego de la Segunda Guerra Mundial, la realidad de la Guerra Fría y las nuevas relaciones geopolíticas hicieron que fuese imposible alcanzar dicho consenso en la década del 50.

de Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad hasta que se adoptara una definición de dicho concepto.[199]

Ello llegó recién en 1974, cuando se logró un consenso sobre la definición de la agresión en 1974, con la adopción de la Resolución 3314 (XXIX),[200] por lo que en 1978 la Asamblea General invitó a los Estados a presentar comentarios y observaciones al proyecto de código de 1954,[201] invitación que fue reiterada en 1980.[202] Al año siguiente, invitó a la Comisión a reanudar su trabajo sobre el proyecto.[203] A tal efecto, la Comisión designó como Relator Especial al senegalés Doudou Thiam, quien presentó su primer informe en 1983 y su último y decimotercer informe, en 1995.

2.3.b. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de 1983 a 1996

Como se verá, en esta segunda etapa, que va desde 1983 hasta 1996, la CDI trabajó la cuestión jurisdiccional y la cuestión sustantiva de forma conjunta, incluyéndolas dentro del mandato del Relator Especial. En efecto, en sus informes, además de incluir un repaso histórico de la cuestión –que comenzó en 1919–, el Relator examinó el ámbito de aplicación del proyecto de codificación, la metodología y la preparación del código, así como, con posterioridad y el establecimiento de una jurisdicción internacional.

Varios son los aspectos o cuestiones relevantes del trabajo de Relator Especial Thiam que merecen ser tratados para ilustrar la evolución de la responsabilidad del individuo en el derecho internacional.

En primer lugar, cabe señalar que uno de los aspectos que se discutió durante los primeros años de trabajo del Relator Especial fue el ámbito de aplicación personal del código, es decir, quiénes eran los sujetos pasibles de ser responsables por la comisión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Thiam observó que, a pesar de la doctrina sentada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se registraba una tendencia que impedía seguir desestimando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los grupos, asociaciones o, inclusive, los Estados, que hacía necesario revisar la decisión de la CDI en 1954 de limitar el alcance del código a los individuos. En apoyo, se refirió al borrador

199. Asamblea General, Res. AG 897 (IX), 4 de diciembre de 1954 y Res. AG 1185 (XII), 11 de diciembre de 1957.

200. Asamblea General, Res. AG 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974. Cabe aclarar que, si bien la Resolución hace referencia a los "actos de agresión", que se relacionan con la responsabilidad internacional del Estado, el artículo 5 dispone que "la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional" y "origina responsabilidad internacional".

201. Asamblea General, Res. A/33/97, 16 de diciembre de 1978.

202. Asamblea General, Res. A/35/48, 4 de diciembre de 1980.

203. Asamblea General, Res. A/36/106, 10 de diciembre de 1981.

del artículo 19 sobre crímenes internacionales de los Estados desarrollado por Roberto Ago. Al mismo tiempo, reconoció como una dificultad el hecho de que el Estado acusado de cometer un crimen internacional aceptara comparecer ante una jurisdicción internacional.[204] Ello así en virtud de que

> [c]onseguir que el Estado baje del elevado pedestal en que se encuentra, como las divinidades de antaño, para convertirlo en una criatura susceptible de cometer faltas y errores, y asignarle un derrotero y una ética para que se atenga a ellos so pena de sufrir sanciones aflictivas, supone, sin lugar a dudas, una total subversión de las ideas y conceptos que han imperado hasta el presente.[205]

Sobre esta cuestión, en su informe a la Asamblea General de 1983, la CDI manifestó que, si bien no hubo consenso total, finalmente predominó la opinión de que en el proyecto "se debía reconocer y dejar sentada la responsabilidad criminal del Estado", en particular, en virtud de entender que los crímenes contra la paz y seguridad contra la humanidad solían ser obra de estos sujetos o que solamente estos podían cometerlos. Se dejó constancia de que los miembros de la CDI que se expresaron en contra lo hicieron sobre la base de destacar la imposibilidad práctica de promover un procedimiento criminal contra un Estado, debido a la inmunidad que les reconoce el derecho internacional o la improbabilidad de que estos acepten una jurisdicción internacional y, en virtud de que, en realidad, esta cuestión debía ser regulada exclusivamente en el proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado.[206]

La CDI consideró que esta discusión planteaba el problema de la delimitación de los ámbitos de cada proyecto. Entendió que era una cuestión sencilla de resolver debido a que el artículo 19 tenía un ámbito más amplio, por lo que, más allá de la discusión respecto de la aplicación del proyecto de código a los Estados, este no debía ser confundido ni unificado con el régimen de responsabilidad internacional del Estado, pues de las resoluciones de la Asamblea General surgía claramente la intención de desarrollar dos regímenes separados.[207]

Vinculado con ello, otra de las dificultades que identificó Thiam se relacionaba con la consecuencia de declarar que un Estado resultaba culpable penalmente de cometer algún crimen internacional. En este sentido, distinguió entre las penas, que son el corolario de una decisión jurisdiccional, de las sanciones, que podían emanar de un acto no jurisdiccional y ser aplicadas *a priori*.[208] En consecuencia, el Relator Especial concluyó que, a los fines de dirimir esta cuestión, la CDI debía armonizar sus trabajos en materia del código de crímenes contra la paz y

204. A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 155.
205. *Idem,* p. 156.
206. A/38/10, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 15.
207. *Idem,* p. 16.
208. A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 156.

seguridad de la humanidad y en materia de responsabilidad internacional de los Estados, en particular, del artículo 19.[209] Esta discusión fue saldada finalmente en 1985, cuando el Sexto Comité de la Asamblea General determinó que el código se ocuparía exclusivamente de la responsabilidad de los individuos.[210]

En este contexto, una de las cuestiones que entonces surgían como pendientes de resolución era si esos individuos debían ser autoridades estatales (llamadas por el Relator Especial como "individuos-órgano") o también podían ser individuos particulares. Una primera opción era que los últimos solo podían ser considerados cómplices de los primeros.[211] Otra opción era proponer una regulación amplia, que dispusiera, de manera general, que "los individuos que cometan un delito contra la paz y seguridad de la humanidad incurrirán en una pena", en lugar de la versión más restrictiva que lo acotaría a las autoridades de un Estado.[212] En 1987, el proyecto de Artículos disponía en el artículo 3 que "Todo individuo que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable "e incurrirá en una pena", optando así por la versión más amplia.[213]

Resulta relevante observar, además, que el proyecto aprobado en primera lectura por la CDI en 1991 disponía en su artículo 5 que "El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible".[214] Al respecto, en sus Comentarios, el Relator Especial hizo referencia a la dualidad de responsabilidades, aunque distinguiendo entre una de naturaleza penal (el individuo) y otra de naturaleza civil (el Estado). Así, señaló que

> [c]on mucha frecuencia, en los crímenes que se examinan, los autores son agentes del Estado que actúan en el ejercicio de sus funciones. En ese caso, la

209. *Idem,* p. 157.

210. A/CN.4/387, *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1]),* p. 66.

211. *Idem,* p. 68.

212. *Idem,* versiones del borrador del artículo 2 del proyecto de Artículos, p. 84.

213. A/CN.4/404, *Yearbook of the International Law Commission (1987, Vol. II [1]).*

214. Cabe agregar que, a pesar de que había quedado zanjada la cuestión del ámbito de aplicación personal del código, en sus comentarios, Bélgica manifestó que habría sido "pertinente que un artículo del código regulara la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado (…), pues "en el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Estado como tal está necesariamente implicado, ya sea directamente como agente activo y a veces exclusivo, ya sea indirectamente, por su pasividad o su imprevisión". En este sentido, consideró que "la mención de la responsabilidad del Estado en el código permitiría dar un fundamento jurídico sólido a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a las víctimas de los actos criminales y a sus causahabientes" y que ello "tendría como consecuencia que la colectividad nacional se sintiera ella misma afectada por los actos imputados, lo que haría difícil que esa colectividad descargara toda la responsabilidad sobre los gobernantes a los que la nación ha confiado el poder político". *Cf.* A/CN.4/460, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2]),* p. 112.

> responsabilidad incumbe al Estado, tanto más cuanto que los daños causados, en razón de su importancia y extensión, rebasan grandemente los medios de que pueden disponer los agentes del Estado, autores de esos crímenes, para atender a su reparación.[215]

En el texto definitivo aprobado en 1996 el artículo 2 receptaba el principio de responsabilidad internacional del individuo –que la CDI consideró el legado del Estatuto y la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y la piedra angular del derecho internacional penal. Este artículo también incluía como modos de atribución (cuestión que será analizada en el próximo apartado), la comisión intencionada de un crimen, el haber ordenado su comisión o no haberlo impedido o reprimido en el caso del superior jerárquico, el haber proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, el haber participado directamente en el plan o confabulación para cometer el crimen y que este se haya llegado a cometer, el haber incitado directa y públicamente a otro para cometer el crimen y que este se haya llegado a cometer y su tentativa.[216]

En sus Comentarios, la CDI observó que, si bien el ámbito personal del código había quedado limitado a las personas naturales, el artículo 4 confirmaba que dicha responsabilidad no prejuzgaba sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud de derecho internacional,[217] lo que implicaba que el Estado podía seguir siendo responsable sin que pudiera eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen.[218]

En segundo lugar, otra de las cuestiones discutidas en el marco del trabajo de la CDI que resulta relevante fue el ámbito de aplicación material del Código, es decir cuáles serían las conductas consideradas crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad cuya comisión podía generar la responsabilidad internacional del individuo. En su primer informe, el Relator Especial distinguió los crímenes de derecho internacional, cuya definición compete a este ordenamiento, sin referencia alguna al derecho interno, de otra categoría de crímenes que, si bien acarrean consecuencias y efectos que pueden rebasar las fronteras, no son, en principio, crímenes de derecho internacional. Dentro de la primera categoría incluyó aquellos "que atentan contra valores sagrados, contra principios de civilización, que deben ser protegidos como tales: los derechos humanos, la coexistencia pacífica de las naciones", ofreciendo, como ejemplo, la esclavitud, la agresión, la colonización, el apartheid y los crímenes que atentan contra un patrimonio común de la humanidad como el medio ambiente.[219] Asimismo,

215. *Ibidem.*
216. A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]),* p. 21.
217. *Idem,* p. 22.
218. *Idem,* p. 26.
219. A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 152.

el Relator Especial rechazó el criterio distintivo adoptado en 1954 relativo al elemento político por considerar que no todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tienen necesariamente un contenido político, observando que en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg el criterio distintivo fue el de la gravedad de las conductas, "su carácter aborrecible, su alcance y sus consecuencias para la comunidad internacional".[220]

Puede verse aquí un paralelismo con la propuesta de Roberto Ago en materia de crímenes internacionales de los Estados que unos años antes había sido adoptada por la CDI, en particular, una coincidencia respecto de las esferas identificadas en dicho proyecto. De hecho, Thiam incluyó referencias explícitas a dicho trabajo a los fines de identificar qué criterios se usarían para distinguir aquellas conductas que debían ser consideradas crímenes internacionales. En este sentido, afirmó que la CDI podía establecer el criterio distintivo sobre la base del artículo 19 del proyecto Ago, que disponía que los crímenes internacionales resultaban de una violación de una obligación esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.[221] Sin embargo, en su informe de 1983 a la Asamblea General, la CDI concluyó que el proyecto no abarcaría el conjunto de crímenes internacionales contenido en el artículo 19, sino solamente aquellos que se situaban en la cúspide de la pirámide en razón de su especial gravedad, que surgía de la amplitud de los desastres o del carácter de horror.[222]

En esa línea, en su siguiente informe, el Relator Especial consideró que el crimen internacional debía comprender todos los delitos que perturbaran gravemente el orden público internacional, excediendo los límites que surgían del Estatuto del Tribunal de Nuremberg[223] e incluyendo el crimen de genocidio, el colonialismo, el apartheid, la toma de rehenes, el mercenarismo, la amenaza o el empleo de la violencia contra personas protegidas internacionalmente, los atentados graves contra el orden público del país receptor por un diplomático o por una persona protegida internacionalmente y los atentados graves contra el medio ambiente.[224] En 1985, el Relator Especial incluyó el terrorismo y presentó un proyecto de artículos.[225]

En 1986 examinó la inclusión de una parte general[226] que contuviera principios como el *nullum crimen sine lege*, la imprescriptibilidad o la irretroactividad,

220. *Idem,* p. 154.
221. *Ibidem.*
222. A/38/10, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 14.
223. A/CN.4/377, *Yearbook of the International Law Commission (1984, Vol. II [1]),* p. 94.
224. *Idem,* p. 104.
225. A/CN.4/387, *Yearbook of the International Law Commission (1984, Vol. II [1]).*
226. En su primer informe, el Relator Especial había observado que el proyecto de 1954 no contenía una parte general. *Cf.* A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 157.

defensas como la coacción, el estado de necesidad, el cumplimiento de órdenes, la legítima defensa y el error de hecho o de derecho, circunstancias agravantes y atenuantes y otras infracciones –que también denominó infracciones conexas–, como la complicidad, la conspiración y la tentativa.[227] Al año siguiente, presentó un borrador de proyecto de 11 Artículos con sus comentarios relativos a la parte general de código.[228]

En 1990, a solicitud de la Asamblea General,[229] se incluyó dentro del ámbito material del Código al tráfico ilícito e internacional de estupefacientes[230] y un informe preliminar sobre el establecimiento de una corte penal internacional[231]

En 1991, la CDI aprobó el proyecto de Código en primera lectura y se lo transmitió a los Estados para que realizaran comentarios. El Código incluía dentro de la competencia material el crimen de agresión, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, el genocidio, el apartheid, las violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, utilización y financiamiento de mercenarios, el terrorismo internacional, el tráfico ilícito de estupefacientes y el daño grave e intencional al medio ambiente.[232]

En su decimosegundo informe, presentado en 1994, el Relator Especial decidió, sobre la base de los comentarios de los Estados, proponer un alcance más restringido al Código y limitar la lista de crímenes a aquellos cuyo "carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pudiera ponerse en tela de juicio".[233] Así, sugirió que los crímenes que debían mantenerse en el código eran la agresión el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el terrorismo internacional y el tráfico ilícito de estupefacientes.[234]

En 1996, la CDI aprobó el texto definitivo de un borrador de 20 artículos que constituían el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Entre las posibles formas que podría adoptar el código, la CDI sugirió una convención internacional aprobada por una conferencia plenipotenciaria o por la

227. A/CN.4/398, *Yearbook of the International Law Commission (1986, Vol. II [1])*.

228. A/CN.4/404, *Yearbook of the International Law Commission (1987, Vol. II [1])*.

229. *Cf.* Asamblea General, Res. A/44/39 del 4 de diciembre de 1989.

230. A/CN.4/430 y Add.l, *Yearbook of the International Law Commission (1990, Vol. II [1]),* p. 37.

231. *Idem,* p. 38.

232. A/CN.4/L.459 [and corr.1] and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1991, Vol. 1).*

233. A/CN.4/460 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [1]),* p. 99.

234. El Relator Especial explicó que los crímenes que más críticas habían recibido fueron la amenaza de agresión, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera y los daños internacionales y graves al medio ambiente. *Cf.* A/CN.4/466, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]),* p. 37.

Asamblea General, la incorporación del código al estatuto de un tribunal penal internacional o su aprobación como una declaración de la Asamblea General.[235] En esta versión, la lista de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad quedó, finalmente, limitada al crimen de agresión (artículo 16), al crimen de genocidio (artículo 17), a los crímenes contra la humanidad (artículo 18), a los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado (artículo 19), y a los crímenes de guerra (artículo 20).

En tercer lugar, como fuera mencionado, la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional surgió con la reanudación del estudio del código y de su implementación en 1980. En ese momento, mientras algunos Estados, como la República Democrática de Alemania y Bulgaria, apoyaban la utilización de los tribunales nacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal,[236] otros Estados como Argentina, Venezuela, Grecia, Suecia, Jordania, Finlandia y Japón, sugirieron como alternativa el establecimiento de un tribunal penal internacional, aunque señalaron las dificultades que ello entrañaría.[237] En esa línea, Estados como Israel o Filipinas notaron el vínculo histórico que había existido entre el proyecto de código y la cuestión de la jurisdicción, lamentando que se hubiera quebrado en 1954.[238]

El impulso definitivo para que la CDI estudiara en particular la cuestión jurisdiccional surgió a través de un nuevo tema, que hasta entonces no había sido relacionado con el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo. En 1989, la Asamblea General reconoció que existía un claro vínculo entre el tráfico ilícito de estupefacientes[239] y otras actividades delictivas organizadas que ponían en peligro el orden constitucional de los Estados y violaban los derechos fundamentales y, por lo tanto, solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que, en el marco de su trabajo sobre el proyecto de código, examinara la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tuviese jurisdicción sobre las personas acusadas de cometer los crímenes incluidos en el código, incluido el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes.[240]

235. A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2])*, p. 19.

236. A/CN.4/365, *Analytical Paper prepared pursuant to the request contained in paragraph 256 of the Report of the Commission on the work of its thirty-fourth session* párr. 130.

237. *Idem*, párr. 135. La República Árabe Libia, la República Árabe Siria y el Congo también expresaron su preferencia por un tribunal penal internacional, *cf.* párr. 137.

238. *Idem*, párr. 136.

239. Vale señalar en este punto que cuando se discutió la redacción de la Convención contra el Genocidio en el seno de las Naciones Unidas, se remitió el proyecto a la Comisión sobre Drogas Narcóticas, pues había varios Estados que sostenían que estas podían usarse para exterminar pueblos. *Cf.* Schabas (2009²: 77). Véase capítulo 3 de este libro.

240. Asamblea General, Res. A/44/39, 4 de diciembre de 1989.

En consecuencia, en 1990, la CDI estableció un Grupo de Trabajo sobre la creación de una jurisdicción penal internacional, cuyo presidente era, precisamente, el Relator Especial sobre el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, Doudou Thiam.[241] Ese año concluyó que existía un acuerdo sobre la deseabilidad de establecer una corte penal internacional permanente relacionada con el sistema de las Naciones Unidas y presentó tres modelos posibles: un tribunal internacional con jurisdicción exclusiva, un tribunal internacional con jurisdicción concurrente con los tribunales nacionales y un tribunal internacional con jurisdicción revisora.[242] Sin perjuicio del modelo que eventualmente se adoptara, la Comisión afirmó que el establecimiento de una corte penal internacional sería un paso progresivo en el desarrollo del derecho internacional y reforzaría el estado de derecho, pero que solo sería exitoso en caso de contar con el apoyo amplio de la comunidad internacional.[243]

En 1991, la Asamblea invitó a la CDI a que, en el marco de su trabajo sobre el proyecto de código, examinara la cuestión de una jurisdicción penal internacional.[244] El Relator Especial analizó la cuestión en sus informes décimo y undécimo, proponiendo alternativas para el proyecto de estatuto.[245] En 1993, la Comisión decidió convocar al Grupo de Trabajo, que denominó "Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de un Estatuto para una Corte Penal Internacional".[246] El primer borrador fue presentado ese mismo año a la Asamblea General, quien decidió invitar a los Estados a realizar comentarios y observaciones y le otorgó carácter prioritario.[247]

En 1994, la Comisión de Derecho Internacional adoptó el borrador final de estatuto de una corte penal internacional.[248] En consecuencia, la Asamblea General decidió establecer un comité *ad hoc* abierto a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y a las agencias especializadas para revisar el borrador de la Comisión con miras a organizar una conferencia de plenipotenciarios sobre la cuestión.[249] Al año siguiente, estableció un comité preparatorio para que preparase un texto consolidado a ser presentado en dicha conferencia.[250] En 1996, la Comisión le solicitó al Secretario General que transmitiera al comité preparatorio el proyecto final del Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la

241. *Yearbook of the International Law Commission (1990, Vol. II [2])*, p. 8.
242. *Idem*, pp. 24-25.
243. *Idem*, p. 25.
244. Asamblea General, Res. A/45/54, 9 de diciembre de 1991.
245. *Yearbook of the International Law Commission (1992, Vol. II [1]) y Yearbook of the International Law Commission (1993, Vol. I [1])*.
246. *Cf. Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2])*, p. 20.
247. Asamblea General, Res. A/48/31, 9 de diciembre de 1993.
248. *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2])*, p. 16.
249. Asamblea General, Res. A/49/53, 9 de diciembre de 1994.
250. Asamblea General, Res. A/50/46, 11 de diciembre de 1995.

Humanidad recientemente adoptado[251] y la Asamblea General reconoció el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y llamó la atención del proyecto de código a los Estados que participaban en dicho comité.[252] Ese año, la Asamblea General convocó finalmente a una conferencia de plenipotenciarios para 1998,[253] cuya fecha y lugar fueron decididos en 1997. La conferencia estaría abierta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, de las agencias especializadas y del Organismo Internacional de Energía Atómica y se celebraría en la ciudad de Roma, del 15 de junio al 17 de julio de 1998 con el fin de adoptar una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional.[254]

El texto que el Comité Preparatorio transmitió a la conferencia incluía más de 1700 ítems entre corchetes,[255] lo que quería decir que no había acuerdo definitivo sobre esos puntos, sino que se habían propuesto distintas alternativas que debían aún ser discutidas. Durante la negociación, los Estados se agruparon en diversos grupos, que se habían formado durante el trabajo del comité *ad hoc* y del comité preparatorio. Así, varios Estados de América Latina, incluida la República Argentina, junto con algunos Estados europeos, Nueva Zelanda, Australia y Canadá conformaron el grupo llamado "*like-minded*". Se trataba de un grupo que compartía la idea de la creación del tribunal penal internacional y que consideraba no tenía intereses creados y que, por lo tanto estaba legitimado para construir un proyecto de justicia internacional imparcial.[256] En el comienzo de los trabajos, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Estados Unidos de América, el Reino Unido, la Federación Rusa, Francia y la República Popular China) expresaron conjuntamente su preocupación respecto de que una jurisdicción independiente pudiera afectar la tarea del Consejo de Seguridad,[257] pero unos meses antes de la Conferencia de Roma, el Reino Unido se separó de este grupo y se unió al grupo de Estados "*like-minded*",[258] lo que debilitó la posición de los miembros permanentes y, eventualmente, se convirtió en uno de los elementos que permitió la adopción del estatuto.[259]

251. *Cf. Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2])*, párr. 14.
252. *Cf.* Asamblea General, Res. A/51/160, 16 de diciembre de 1996.
253. Asamblea General, Res. A/51/207, 17 de diciembre de 1996.
254. Asamblea General, Res. A/52/160, 15 de diciembre de 1997.
255. Bosco (2014: 45).
256. Bosco (2014: 39).
257. Bosco (2014: 40).
258. Bosco (2014: 43).
259. En este sentido, la negociación del Estatuto de Roma se diferenció de las negociaciones tradicionales, no solo porque los Estados más poderosos no pudieron finalmente imponer sus posiciones, sino porque, además, una coalición de Organizaciones No Gubernamentales se convirtió en un actor con gran influencia en la Conferencia de Roma y en el camino hacia ella. *Cf.* Bosco (2014: 7). En la negociación, de hecho, participaron alrededor de 250 ONG que prestaron una ayuda importante a los Estados cuyas delegaciones no contaban con suficientes personas expertas en todos los temas involucrados. *Cf.* Zuppi (2002: 129-130).

Sin embargo, cuando las negociaciones se acercaban a la mitad del período establecido, parecía que no llegarían a buen puerto debido a la cantidad de desacuerdos y a la presión de Estados poderosos, como los Estados Unidos de América. Casi hacia el final, en un intento por lograr el consenso necesario, el *Bureau* de la conferencia, conformado por representantes de Canadá, Argentina, Rumania y Lesoto, propuso una disposición transitoria que le permitiría a los Estados declarar al momento de expresar su consentimiento en obligarse por el tratado, que la Corte no tendría competencia sobre los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales durante siete años desde la entrada en vigor del estatuto con respecto a dicho Estado, algo que Francia había reclamado.[260] Esta cláusula, conocida como "*opt-out*" fue finalmente adoptada como artículo 124 y fue clave para conseguir el apoyo de algunos Estados que aún permanecían indecisos.[261]

Finalmente, el 17 de julio de 1998, 50 años después de que la Comisión de Derecho Internacional comenzara a examinar por primera vez el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, 120 Estados votaron a favor de la adopción del Estatuto, 21 Estados se abstuvieron y 7 votaron en contra,[262] lo que permitió la adopción del texto y su apertura a la firma y la ratificación o adhesión, de conformidad con el artículo 125.[263]

2.3.c. Los tribunales penales internacionales e internacionalizados

El relato de la evolución de la jurisdicción penal internacional no estaría completo sin hacer mención de las distintas jurisdicciones penales internacionales que se han creado desde los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y del Lejano Oriente a fin de responder a situaciones específicas, ya sea porque la Corte Penal Internacional no estaba aún en funcionamiento o porque su competencia –sea temporal o material– no las abarcaba. Se trata de los llamados tribunales penales internacionales *ad hoc*. Estas jurisdicciones, junto con la Corte

260. Bosco (2014: 50).

261. Zimmermann (2016: 2312). En 2015, la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma adoptó una resolución de enmienda que elimina el artículo 124 (ICC-ASP/14/Res.2). De acuerdo con el artículo 121.4, esta enmienda requiere la aceptación de 7/8 de los 123 Estados parte para entrar en vigor. A la fecha, solamente ha sido ratificada por 18 Estados. *Cf.* https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-c&chapter=18&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

262. *Cf.* Coalition for the International Criminal Court, disponible en https://coalitionfortheicc.org/ (último acceso: 20/02/2024).

263. A la fecha, el Estatuto de Roma cuenta con 137 firmas y 124 ratificaciones. *Cf.* United Nations Treaty Collection, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

Penal Internacional, representan la institucionalización de la responsabilidad internacional del individuo[264] y, consecuentemente, una confirmación de su vigencia en el derecho internacional.

Si bien es posible identificar ciertos desarrollos del derecho internacional penal durante el período de la Guerra Fría, como la adopción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en 1968,[265] lo cierto es que, como fuera señalado, a mediados de la década del 1950, la comunidad internacional abandonó el proyecto de la justicia penal internacional para retomarlo recién a finales de la década de 1980 y, con más fuerza, una vez que cayó el llamado bloque soviético, a principios de la década de 1990.

En este contexto, de forma paralela al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente, en 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia[266] y, al año siguiente, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.[267] Si bien podría parecer extraño que los Estados hubieran decidido actuar por fuera de los trabajos de la Comisión, se alegaron razones relativas a la necesidad de responder rápidamente a las crisis humanitarias causadas por ambos conflictos y de adecuar dicha respuesta a las características particulares de cada una de ellos, lo que no podría lograrse en el marco de la Comisión de Derecho Internacional. Excede el ámbito de esta investigación realizar un desarrollo acabado de los antecedentes históricos y políticos que dieron lugar a la creación de estos tribunales,[268] por lo que, a los fines de este apartado, solo se incluirán las características jurídicas más importantes para ilustrar el impacto que ellos han tenido sobre el desarrollo del concepto de responsabilidad internacional del individuo.

Tanto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se fundan en resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU. La creación de tribunales a través de una resolución del Consejo encuentra su legitimidad en su adopción como medida para la restauración o mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que no implique el uso de fuerza –de acuerdo con el artículo 41–, y con base en el artículo 29, que le permite establecer

264. Bergsmo, Cheah, Song, Yi y Zhang (2015: 2).

265. UNTS Vol. 754, p. 73 (e.v. 11/11/1970).

266. Consejo de Seguridad, Res. S/808 (1993) y Res. S/827 (1993).

267. Consejo de Seguridad, Res. S/955 (1994).

268. Solo a fines ejemplificativos, para más información sobre la cuestión, véase, entre muchos otros, en general, Tavernier (1997) y Mettraux (2005). Sobre el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, véase Pocar (2010). Sobre el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, véase Aptel (1997).

organismos subsidiarios para el mejor desempeño de sus funciones.[269] No se trata de tribunales permanentes, sino que tienen una competencia limitada en razón de la materia, las personas, el tiempo y el lugar.

En 1992, un año después de iniciado el conflicto, el Consejo de Seguridad había comenzado a condenar las violaciones que tenían lugar en el territorio de la ex Yugoslavia [270] y le había solicitado al Secretario General que conformara una Comisión de Expertos imparciales para investigar la información acerca de violaciones al derecho internacional humanitario que se estaban cometiendo en el territorio de la ex Yugoslavia.[271] En su informe, la Comisión manifestó que buscaba individualizar modalidades de conducta suficientemente coherentes que le permitieran revelar un cuadro de genocidio, de depuración étnica o agresiones sexuales sistemáticas, y examinó la posibilidad de crear un tribunal *ad hoc*.[272]

Sobre la base del informe, el Consejo comenzó las negociaciones para el establecimiento de un tribunal penal internacional. El 22 de febrero de 1993 fue adoptada de manera unánime la Resolución S/RES/808. Allí el Consejo determinó formalmente que la situación en el territorio de la ex Yugoslavia era una amenaza para la paz y seguridad internacionales, declaró que se encontraba dispuesto a poner fin a los crímenes que se cometían y decidió tomar medidas eficaces para hacer comparecer a los responsables ante la justicia, como la creación de un tribunal internacional. Asimismo, le solicitó al Secretario General que, en un plazo de 60 días, presentara un informe con propuestas concretas acerca de cómo establecer dicho tribunal. Al respecto, se propusieron dos opciones. Una sugería un borrador de convención, propuesto por Suecia y basado en un informe de la Comisión sobre Seguridad y Cooperación en Europa. La otra, que el tribunal fuera establecido por una resolución del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU. La Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas preparó un borrador sobre la base de propuestas de 30 gobiernos, 10 organizaciones no gubernamentales, comités de expertos, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Comisión sobre Seguridad y Cooperación de Europa.[273] Durante ese período, la delegación norteamericana presentó un borrador de estatuto al Secretario General, que fue aceptado prácticamente en su totalidad.[274]

269. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Dusko Tadić", *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*", 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párrs. 31, 35, 38 y 47, y TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Joseph Kanyabashi", *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, ICTR-96-15-T.

270. Pinto (1993: 793).

271. Consejo de Seguridad, Res. S/780, 6 de octubre de 1992.

272. Pinto (1993: 793).

273. Re (2015: 34).

274. Re (2015: 35).

El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución S/RES/827 que decidió el establecimiento del tribunal, y aprobó el Estatuto propuesto por el Secretario General. Se trata de una medida ordenada por el Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en particular, de conformidad con el artículo 41.[275] En su informe sobre el Estatuto para el Tribunal del 3 de mayo de ese año, el Secretario General de la ONU había declarado que el principio de legalidad exigía que el Tribunal aplicara el derecho internacional humanitario que tuviese naturaleza consuetudinaria, lo que incluía los Convenios de Ginebra de 1949, la IV Convención de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 y la Carta del Tribunal Militar de Nuremberg.[276] El TPIY tenía competencia para juzgar a las personas acusadas de cometer infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes y usos de la guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio desde el 1° de enero de 1991 hasta el fin del conflicto armado. El TPIY fue la primera jurisdicción internacional con competencia para juzgar a las personas por la comisión del crimen de genocidio, aunque, como se explicará en el capítulo 4, la primera condena a nivel internacional fue dictada por el TPIR, cuyo estatuto también incluye este crimen.

El TPIR, por su parte, fue creado el 8 de noviembre de 1994 a través de la resolución S/RES/955, aprobada en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU, luego de que el Consejo de Seguridad le solicitara al Secretario General el 17 de mayo de ese año que presentara un informe sobre la investigación de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el conflicto que tenía lugar en Ruanda.[277] El Informe del Secretario General presentado el 31 de mayo afirmó que existía evidencia de las masacres a gran escala cometidas contra personas pertenecientes a un grupo étnico particular y que, por lo tanto, quedaban pocas dudas de que se trataba de un genocidio.[278] En consecuencia, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 925[279] en la que reconoció que se habían cometido actos de genocidio, que constituía un crimen internacional y, luego, le solicitó al Secretario General que estableciera una Comisión de Expertos imparcial para que recolectase prueba de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda.[280] La Comisión presentó su informe el 1° de octubre de 1994 en el que concluyó que existía gran cantidad de

275. TPIY, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1, párrs. 33-36. Véase también Pinto (1993).

276. En su Informe, el Secretario General afirmó que, al crear el Tribunal, el Consejo de Seguridad no legislaba, sino que asumía la tarea de aplicar el derecho internacional existente, *cf.* Consejo de Seguridad, Res. S/25704, 3 de mayo de 1993.

277. Consejo de Seguridad, Res. S/918, 17 de mayo de 1994.

278. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad, Res. S/1994/640, párr. 36.

279. Consejo de Seguridad, Res. S/925, 8 de junio de 1994.

280. Consejo de Seguridad, Res. S/935, 1° de julio de 1994.

prueba respecto de actos de genocidio cometidos contra el grupo Tutsi perpetrados por individuos Hutu de forma concertada, planificada, sistemática y metódica. Asimismo, sostuvo que era preferible expandir la competencia de TPIY en lugar de crear un nuevo tribunal para asegurar una interpretación y aplicación justa y consistente del derecho internacional.[281]

El día 28 de septiembre de ese año, Ruanda, que en ese momento ocupaba uno de los asientos no permanentes en el Consejo de Seguridad, tomó la iniciativa de proponer la creación de un tribunal penal internacional.[282] Al respecto, argumentó que se había cometido un genocidio que debía ser sancionado por la comunidad internacional en su conjunto y que una jurisdicción internacional constituía una forma neutral y justa de hacerlo y contribuiría a facilitar la detención de criminales que habían buscado refugio en otros Estados.[283] Sin embargo, al momento de la votación de la Resolución S/RES/955, Ruanda se opuso debido a la limitada competencia temporal, a la ausencia de mención en el Estatuto acerca de la prioridad que debería tener el enjuiciamiento del crimen de genocidio, al hecho de que el Tribunal no podría aplicar la pena de muerte y de que tendría su sede en Tanzania, en lugar de en Ruanda.[284]

El TPIR tenía competencia para juzgar violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II –es decir que el Consejo de Seguridad calificó la situación en Ruanda como un conflicto armado de carácter no internacional–, crímenes de lesa humanidad y genocidio, cometidos en el territorio de dicho Estado o en el territorio de los países vecinos, en el caso de que los autores fueran nacionales de dicho Estado, entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994.

En la actualidad, la tarea de ambos tribunales *ad hoc* está siendo terminada por el llamado Mecanismo Residual de Tribunales Penales, creado en 2010 por el Consejo de Seguridad para reemplazar a ambas jurisdicciones.[285] El Mecanismo se divide en dos ramas, una para el TPIY –que empezó a funcionar el 1° de julio de 2013– y otra para el TPIR –que comenzó a funcionar el 1° de julio de 2012. Durante los primeros años funcionó de forma paralela a los tribunales *ad hoc*

281. Citado en Pocar (2010: párr. 5).

282. Aptel (1997), Cassese y Gaeta (2013³: 261). El gobierno de Ruanda envió una nota al Secretario General de las Naciones Unidas en fecha 6 de agosto de 1994 solicitando la creación de un tribunal penal internacional. *Cf.* Pocar (2010: párr. 6).

283. Pocar (2010: párr. 6).

284. Pocar (2010: párr. 7). El asiento del Tribunal fue determinado posteriormente, en la Res. S/977, 22 de febrero de 1995.

285. Consejo de Seguridad, Res. S/1966, 22 de diciembre de 2010. Ello responde a la estrategia de cierre del trabajo de los Tribunales desarrollada por el Consejo de Seguridad desde la Res. S/1503, 28 de agosto de 2003, que disponía que las tareas debían terminar para 2008 (fecha que fue luego prorrogada) y la Res. S/1534, 26 de marzo de 2004, que autorizó la remisión a los tribunales nacionales de los casos que involucraran individuos de rango intermedio y bajo, de conformidad con la Regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba de cada Tribunal.

hasta que el TPIR cerró sus puertas el 31 de diciembre de 2015 y el TPIY, dos años después.[286]

Para completar este panorama acerca de las jurisdicciones internacionales que determinan la responsabilidad del individuo, cabe señalar que en la primera década de 2000 se desarrolló un nuevo modelo de justicia penal internacional: los llamados tribunales penales internacionalizados, híbridos o mixtos.[287] Se trata de jurisdicciones creadas *ad hoc* en las que se combinan elementos de derecho internacional con elementos de los derechos domésticos. Así, por ejemplo, los/as jueces/zas que las conforman son elegidos por las Naciones Unidas y por el gobierno del Estado en donde se cometieron los hechos. De la misma forma, el derecho aplicable puede incluir normas internacionales como normas nacionales y, en algunos casos forman parte del sistema judicial nacional y, en otras, se trata de jurisdicciones independientes.

Como ejemplos, pueden mencionarse el Tribunal Especial para Sierra Leona, creado a través de un acuerdo entre las Naciones Unidas y la República de Sierra Leona en 2002[288] y las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya, creadas también a través de un tratado entre ese Estado y la ONU de 2003,[289] que luego fue complementado por una ley interna.[290] Ambos tribunales tienen en común que su asiento –a diferencia del resto de las jurisdicciones penales internacionales– tiene lugar en el territorio donde se cometieron los hechos. Su competencia material incluye los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, junto con delitos definidos en el Código Penal de tales países, como el abuso de niñas en el caso de Sierra Leona o la persecución religiosa en el caso de Camboya.

Los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental, por su parte, fueron creados por una norma de la Misión de Administración Transicional de las

286. Para más información, véase http://www.irmct.org/en (último acceso: 20/02/2024).

287. Excede el ámbito de este trabajo realizar un desarrollo exhaustivo sobre el tema. Para más información, véase Linton (2001); Mégret (2005); Martineau (2007); Milanovic (2007b) y Romano (2009), entre muchos otros.

288. Acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona del 16 de enero de 2002 con el objeto de juzgar a los grandes responsables por los crímenes cometidos en ese Estado. Disponible en http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf (último acceso: 20/02/2024). Véase también Consejo de Seguridad, Res. S/1315. El Estatuto del Tribunal se encuentra anexado al Acuerdo.

289. Acuerdo entre la ONU el Gobierno Real de Camboya respecto del juzgamiento conforme la Ley camboyana de crímenes cometidos durante el periodo de Kampuchea Democrática del 6 de junio de 2003. Disponible en https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/agreement-between-united-nations-and-royal-government-cambodia-concerning-prosecutio (último acceso: 20/02/2024).

290. Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias, promulgada el 27 de octubre de 2004. Disponible en https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended (último acceso: 20/02/2024).

Naciones (UNTAET), creada por el Consejo de Seguridad,[291] la Norma 2000/11. Los Paneles eran parte de los tribunales de Dili, capital de Timor Oriental, y tenían competencia sobre los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cometidos entre el 1° de enero y el 25 de octubre de 1999.

Por otro lado, el Tribunal Especial para El Líbano es el único tribunal híbrido que tiene su sede en otro Estado (los Países Bajos). Creado por una Resolución del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII que dispuso que el tratado entre las Naciones Unidas y El Líbano sobre el establecimiento del Tribunal entraría en vigor el 10 de junio de 2007,[292] tiene competencia sobre el delito de terrorismo, conforme se encuentra tipificado el Código Penal libanés.[293]

Finalmente, cabe señalar que algunos tribunales híbridos, como la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia Herzegovina[294] o las Salas Especiales de Kosovo,[295] fueron creadas para continuar el trabajo de un tribunal penal internacional, en el caso, el del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

3. Las condiciones para establecer la responsabilidad internacional penal del individuo

Como se vio en el apartado anterior, la evolución del régimen de responsabilidad internacional del individuo implicó el desarrollo de dos aspectos: las normas sustantivas, es decir las tipificaciones de las conductas consideradas crímenes internacionales, y el establecimiento de jurisdicciones penales internacionales para su juzgamiento. Ahora bien, a los efectos del presente libro y para poder luego realizar una comparación con la responsabilidad del Estado, es necesario

291. Consejo de Seguridad, Res. S/1272, 25 de octubre de 1999.

292. Consejo de Seguridad, Res. S/1757, 30 de mayo de 2007.

293. Sin embargo, cabe señalar que la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial determinó que el derecho internacional podría ser usado para interpretar la tipificación incluida en el derecho interno y, afirmó que el derecho internacional consuetudinario contenía una definición del terrorismo internacional. *Cf.* Tribunal Especial para El Líbano, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011.

294. Acuerdo entre el Alto Representante para Bosnia Herzegovina y Bosnia Herzegovina sobre el Establecimiento de la Secretaría para la Sección I de Crímenes de Guerra y la Sección II sobre Crimen Organizado, Crimen Económico y Corrupción de las Divisiones Criminales y de Apelación de la Corte de Bosnia Herzegovina y el Departamento Especial de Crímenes de Guerra, Crimen Económico y Corrupción de la Oficina del Fiscal de Bosnia, Boletín Oficial, Acuerdos Internacionales, No. 12/04, 1| de diciembre de 2004.

295. Norma No. 2000/6 sobre la Designación y Remoción de la Oficina de los Jueces y Fiscales Internacionales, UN Doc. UNMIK/REG/2000/6; UNMIK Norma 2000/34 de Enmienda de la UNMIK Norma 2000/6.

examinar el elemento subjetivo,[296] los modos posibles de imputación de conductas criminales a los individuos, y las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Todas ellas, condiciones necesarias para que las jurisdicciones internacionales puedan determinar responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales. No se incluirá en el examen los elementos particulares de cada uno de ellos, sino que se hará un análisis general. Los elementos del crimen de genocidio, explicados en la Introducción, serán estudiados en los siguientes capítulos.

Antes de ello, es preciso recordar, como fuera señalado en el apartado 2 de este capítulo, que la distinción entre normas primarias y normas secundarias –base del trabajo de la CDI en materia de responsabilidad internacional del Estado– no puede ser trasplantada sin más al ámbito de la responsabilidad del individuo. Ello porque en el derecho internacional penal las normas primarias y las secundarias pueden encontrarse en una misma disposición y porque la evolución del contenido de los crímenes internacionales se dio de manera conjunta con las reglas que regulan la responsabilidad de los individuos por la comisión de dichas conductas.

Sin embargo, como uno de los objetivos de esta investigación es comparar ambos regímenes de responsabilidad, se utilizará esta distinción para hacer referencia, precisamente, a las condiciones para establecer la responsabilidad penal internacional del individuo entendiéndolas como reglas de naturaleza secundaria.

3.1. El elemento subjetivo

En primer término, cabe mencionar que el derecho internacional penal se ocupa de conductas llevadas a cabo con conocimiento y voluntad respecto de los elementos objetivos o materiales del crimen,[297] es decir, se trata de conductas cometidas con dolo; aunque, cabe mencionar, existen discusiones acerca de la gradación del elemento subjetivo en el análisis de cada modo de atribución.[298]

296. Los elementos objetivos, que se refieren a la adecuación de la conducta a la descripción de sus aspectos externos, dependen, por supuesto de la definición o tipificación de cada crimen. En el contexto del Estatuto de Roma, ello incluye la definición de los elementos contextuales de cada crimen y de los elementos específicos de las ofensas subyacentes. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decison on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 52.

297. Pigaroff y Robinson (2016: 1114).

298. Sobre el tema, véase, entre muchos otros Cassese y Gaeta (2013[3]: 39); Pigaroff y Robinson (2016). Cabe señalar que, respecto de ciertos modos de atribución como la responsabilidad de los superiores jerárquicos por los crímenes cometidos por sus subordinados, el aspecto subjetivo se configura con la negligencia del superior al no haber tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o remitir el asunto a las autoridades competentes. *Cf.* van Sliedregt (2003: 359).

Así, por ejemplo, se discute si las personas que asisten en la comisión de un crimen deben compartir la intención del autor principal o si solamente deben tener conocimiento del crimen cometido y llevar a cabo intencionalmente una conducta que constituya la participación.[299]

El artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que "salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento". Ello quiere decir que, a menos que algún artículo en particular del Estatuto disponga otra cosa, se requerirán siempre ambos elementos (*mens rea*). Con relación a la intención, el artículo 30 establece que se entenderá que "actúa intencionalmente quien: a) en relación con una conducta, se propone incurrir en ella, y b) en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos". La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga Dyilo* entendió que ello implicaba la certeza casi total ("*virtual certainty*") de que dichas consecuencias sucederán.[300] De esta forma, rechazó que para la configuración del elemento subjetivo previsto en el artículo 30 alcance meramente el riesgo de que la consecuencia se produzca.[301] Surge entonces que se requiere un dolo directo o indirecto –o de consecuencias necesarias– y que el dolo eventual no sería suficiente.[302] Con relación al conocimiento, la Sala de Apelaciones lo definió como "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos", equiparándolo a los términos "a sabiendas" y "con conocimiento".[303]

Asimismo, si bien existen excepciones, en general, las definiciones de los crímenes no agregan elementos subjetivos distintos, que se alejen demasiado del dolo general. Como se vio en la Introducción, el crimen de genocidio representa una de las excepciones más claras, pues requiere un dolo especial.[304]

299. Pigaroff y Robinson (2016: 1117).

300. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1° de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red, párr. 447.

301. *Idem,* párr. 449.

302. Ohlin (2014b: 332); Ambos (2005: 397-398). La jurisprudencia del TPIY ha aceptado la existencia de "*recklessness*" (temeridad consciente), que implica aceptar la posibilidad de que la consecuencia ocurra, pero el Estatuto de Roma establece un umbral más alto al disponer que la consecuencia "se producirá" ("*will occur*", en la versión en inglés). Cabe señalar, sin embargo, que Alicia Gil Gil y Otto Triffterer han sostenido que el crimen de genocidio puede ser cometido con dolo eventual. *Cf.* Triffterer (2001) y Gil Gil (2019: 484). Véase al respecto capítulos 4 y 7 de este libro.

303. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1° de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red, párrs. 448-450.

304. Ambos (2005: 416). En el caso *Al Bashir*, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que el crimen de genocidio contiene dos elementos subjetivos: uno de carácter general que

Los elementos materiales mencionados en el artículo 30 se refieren a los elementos objetivos del tipo, es decir, la conducta, las consecuencias y las circunstancias (el *actus reus*)[305] e, incluyen, además, un elemento contextual que no se relaciona específicamente con la conducta de la persona acusada, sino con el marco general en que dichos actos fueron cometidos. En algunos casos, tales elementos objetivos también pueden entrañar un elemento normativo (por ejemplo, la víctima debe ser una persona protegida por alguno de los Convenios de Ginebra de 1949) o un elemento valorativo (una lesión "grave" a la integridad física o mental).[306]

3.2. Los modos de atribución de responsabilidad penal individual

El derecho internacional penal ha adoptado formas muy similares a las previstas por los derechos internos, pero ha debido adaptarlas a sus propias características que, como ya se ha mencionado, implican que las conductas individuales se cometen en un contexto colectivo.[307] En efecto, se trata de imputar responsabilidad por conductas que son frecuentemente cometidas por autores individuales que, normalmente, forman parte de entidades colectivas,[308] es decir, situaciones en las que la comisión de crímenes sirve al sistema y es, a su vez, causada por el propio sistema.[309] Como fuera explicado, son cometidos en el marco de una criminalidad sistémica, que permite pensar en la necesidad de atribuir responsabilidad en los diferentes niveles o manifestaciones del sistema,[310] evitando así una compartimentación que resulte en un relato incompleto.

Si bien el derecho internacional penal ha procurado lidiar con la naturaleza colectiva de estos crímenes a través del desarrollo de ciertos modos de responsabilidad que parecerían más adecuados para dar cuenta de ello –lo que será analizado en profundidad en la Parte III con relación al rol del Estado–, lo cierto es que se trata, finalmente, de atribuir responsabilidad penal a un individuo, sobre

---

cubre todo acto previsto en el artículo 6 del Estatuto de Roma, consistente en los requisitos de intención y conocimiento del artículo 30, y otro adicional, denominado dolo especial o propósito específico, conforme el cual los actos de genocidio deben ser llevados a cabo con "la intención de destruir total o parcialmente" al grupo atacado". *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decison on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 139.

305. Ambos (2005: 391).

306. Pigaroff y Robinson (2016: 1115-1116).

307. Ambos (2016: 1000).

308. Nollkaemper y van der Wilt (2009: 1).

309. Definición propuesta por B.V.A. Röling, citada en Nollkaemper (2010: 316).

310. Nollkaemper y van der Wilt (2009: 3).

la base del principio de culpabilidad.[311] De hecho, es esta perspectiva la que ha influido en que la evolución de la justicia penal internacional se haya concentrado exclusivamente en el individuo, a pesar del contexto particular de comisión de los crímenes internacionales.[312]

Asimismo, cabe señalar que los modos de responsabilidad desarrollados en el marco de los derechos internos pueden resultar insuficientes para reflejar las dinámicas particulares de los crímenes internacionales. Ello en virtud, por un lado, de la gran cantidad de las personas que toman parte en ellos y, por el otro, porque, como los dirigentes o líderes de carácter político, militar, religioso o de otra índole no cometen materialmente los crímenes y se encuentran generalmente alejados geográficamente del lugar en donde ello ocurre, de acuerdo con los ordenamientos internos, deberían ser considerados meros partícipes.[313] Esta situación se conoce como el dilema de "Hitler como cómplice", que cuestiona la idea de que los ejecutores de rango inferior serían considerados como autores principales, mientras que los líderes serían presentados como cómplices,[314] lo que no refleja adecuadamente el rol de estos últimos. Como se explicará más adelante, en el contexto del juzgamiento de los crímenes internacionales se han utilizado las doctrinas de la empresa criminal conjunta y de la (co)autoría mediata a través de una estructura o aparato organizado de poder para dar cuenta adecuadamente de la función central que desempeñan los dirigentes en el diseño y desarrollo de los crímenes internacionales.[315]

En este apartado se examinarán los distintos modos de atribución de responsabilidad[316] por crímenes internacionales que se han desarrollado en el derecho internacional penal con el fin de identificar sus elementos constitutivos.[317] Ello se hará sobre la base de los estatutos de las diferentes jurisdicciones penales internacionales y su jurisprudencia. Se busca así dejar asentado sus componentes básicos para luego examinar cuáles son aquellos modos de responsabilidad individual que resultan relevantes para su puesta en relación con la responsabilidad del Estado, es decir los que serían más apropiados para dar cuenta del rol estatal en la comisión de estos crímenes, cuestión que será analizada en detalle en los capítulos 4 y 7 de este libro.

311. O'Shea (2009: 1).

312. Werle (2007: 953) y Nollkaemper (2009:14).

313. Olásolo Alonso (2013: 41-42).

314. Kiss (2019: 31).

315. Si bien estas doctrinas no fueron creadas por el derecho internacional penal, han sido desarrolladas especialmente en el marco de la criminalidad sistémica. *Cf.* Olásolo Alonso (2013: 42-43).

316. También llamados "formas básicas de intervención punible", *cf.* Ambos (2005: 169).

317. Para más información sobre las distintas discusiones relacionadas con esta cuestión, además de la bibliografía citada en este apartado, véase, entre muchos otros, Fichtelberg (2006); Militello (2007); Olásolo Alonso (2009a); Ambos (2013a); Olásolo Alonso (2013); Jackson (2016).

Existen dos modelos relativos a los modos de atribución de responsabilidad individual penal. Por un lado, el modelo unitario de participación, mayormente adoptado por el sistema jurídico angloamericano que no distingue normativamente entre autores principales y accesorios,[318] y en el que son responsables principales aquellos que contribuyen a la comisión de un crimen con el elemento subjetivo requerido por el crimen de que se trate.[319] Este modelo fue receptado por los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal Militar para el Lejano Oriente.[320] En la misma línea, los Estatutos del TPIY y del TPIR, en el artículo 7.1 y el artículo 6.1, respectivamente, establecen la responsabilidad penal para aquellos que planificaron, instigaron, ordenaron, cometieron o de alguna otra forma asistieron en la ejecución de un crimen. Sin embargo, la jurisprudencia los tribunales *ad hoc* introdujo distinciones a la hora de imponer la pena para los casos que denominó responsabilidad accesoria o secundaria, como la planificación o la asistencia o complicidad.[321]

Por otro lado, el modelo diferenciado de participación, receptado mayormente en el sistema jurídico romano-germánico y utilizado en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, distingue entre autores y cómplices de acuerdo con su rol, lo que se refleja luego en la pena fijada por el crimen.[322] Los modos de atribución de responsabilidad comprendidos en el artículo 25.3 del Estatuto de Roma son la comisión por sí, con otro o por conducto de otro, sea este penalmente responsable o no; la orden, la propuesta o la inducción de la comisión de un crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; la complicidad, el encubrimiento o la colaboración de algún modo, incluso con el suministro de los medios para la comisión de un crimen, con el propósito de facilitarlo; y la contribución intencional de algún otro modo en la comisión o tentativa de un crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común, con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo y a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer un crimen. Asimismo, se

318. Aunque algunos Estados que no pertenecen a ese sistema jurídico, como Dinamarca e Italia, (*cf.* Olásolo (2009b: 339) y Brasil también lo han adoptado, (*cf.* Stewart, 2012: 170). Para mayor detalle, véase Ambos (2005: 169 y ss.).

319. Olásolo (2009b: 340).

320. Olásolo (2009b: 343). El artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg disponía que serían responsables aquellos que planificaron, instigaron, ordenaron, perpetraron o asistieron en la comisión de los crímenes, mientras que el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Tokio establecía que serían responsables los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participaron en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración de cometer algún crimen, por los actos llevados a cabo por cualquier persona en la ejecución de dicho plan.

321. Werle (2007: 955-956) y Olásolo (2009b: 343).

322. Olásolo (2009b: 341). Cabe señalar que, si bien el Estatuto de Roma no prevé expresamente una atenuación de la pena para los casos de participación accesoria, la Regla 145.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba incluyen "el grado de participación del condenado" como factor para la determinación de la pena.

menciona la tentativa y, para el caso del genocidio, se incluye específicamente la instigación directa y pública a su comisión, que no serían supuestos de modos de atribución de responsabilidad, sino infracciones imperfectas.[323]

No obstante, la distinción entre ambos modelos se está desdibujando debido a que, entre otras cosas, el concepto de participación se ha ampliado como consecuencia de reconocer que este tipo de crímenes no son el resultado de un esfuerzo individual, sino que implican la participación de múltiples actores.[324]

Los modos diferenciados de atribución de responsabilidad pueden categorizarse en a) comisión individual; b) comisión conjunta; c) participación; d) participación en un grupo; e) actos preparatorios y f) otras formas de responsabilidad.[325]

3.2.a. Comisión individual

En esta categoría se incluyen la autoría directa o inmediata, la autoría indirecta o mediata y la comisión por omisión impropia.

La autoría directa implica que la conducta de una persona abarca todos los elementos materiales y subjetivos del crimen.[326] En el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se ha adoptado[327] la noción de control o domino del hecho, que implica que el/la autor/a directo/a tiene el control sobre todos los elementos que constituyen la ofensa.[328] Ello implica que, como el/la autor/a decide cuándo y cómo se comete el delito, no serían esenciales algunos elementos asociados a la noción de autoría, como su presencia física en el lugar de ejecución.[329] Esta teoría fue desarrollada por Welzel en 1939 y luego elaborada por Roxin en 1963.[330] La doctrina del control o dominio del hecho resulta,

323. Werle (2007: 956). El término "infracciones imperfectas" es una traducción oficiosa del término en inglés "*inchoate crimes*", que hace referencia a formas de aparición delictivas en el estadío previo a la lesión del bien jurídico. Véase, al respecto, Jakobs (1997). Agradezco a Leandro Días por la sugerencia de traducción.

324. Gal (2019: 18-19). Ambos (2016: 984) ha sugerido que existe una tendencia general en el derecho penal comparado de rechazar el modelo unitario de autoría y de reconocer, al menos en la etapa de fijación de la pena, entre distintas formas de participación. Sin embargo, Stewart (2012) ha sostenido que el derecho internacional penal debería volver a adoptar un modelo unitario de atribución de responsabilidad.

325. Esta categorización sigue la propuesta en De Hemptinne, Roth, y vans Sliedregt (2019), que se considera adecuada para este libro, pues hace referencia particular a la comisión en grupo, pero, por supuesto, es posible plantear otras clasificaciones.

326. Gal (2019: 23-24).

327. Cabe señalar que algunos/as jueces/zas de la CPI, como Christine van der Wyngaerten y Adrian Fulford, se han opuesto a la adopción de la teoría del dominio del hecho en sus votos de las sentencias de los casos *Ngudjolo Chui* y *Lubanga Dyilo*, respectivamente.

328. Ambos (2005: 175); Gal (2019: 24).

329. Dias (2018: 2-3).

330. Olásolo Alonso (2013: 82).

entonces, adecuada para los crímenes internacionales ya que permite considerar como autores/as a aquellas personas que, incluso, cuando no cometen físicamente los elementos del crimen, poseen de todos modos un dominio sobre la conducta porque deciden cómo y cuándo será cometida[331] y, por lo tanto, pueden decidir también interrumpirla.[332]

De hecho, en la gran mayoría de los casos de comisión de crímenes internacionales, los/as autores/as de alta jerarquía se encuentran lejos de la escena del crimen. En efecto, en el derecho internacional penal, el grado de responsabilidad no disminuye a medida que crece la distancia con el hecho, sino que, en realidad, la mayoría de las veces, aumenta.[333] Por ello, el derecho internacional penal ha desarrollado y aplicado dos teorías para la atribución de responsabilidad en estos casos: la doctrina de la empresa criminal conjunta –que será analizada más adelante ya que implica una pluralidad de autores– y la teoría de la autoría indirecta o mediata,[334] que también puede adoptar la forma de comisión conjunta.

Esta última da cuenta de un modo de atribución por el cual se considera responsables a los individuos que cometen el crimen a través de otra persona, lo que significa que el/la autor/a mediato/a no realiza por sí los elementos materiales del crimen, sino a través de un ejecutor o autor material como "instrumento" o herramienta" que controla con su voluntad.[335] Aplicado a los delitos comunes, este modo de responsabilidad implica que el/la autor/a directo/a es normalmente una persona utilizada como instrumento que actúa sin antijuridicidad o sin culpabilidad, porque lleva a cabo la conducta por engaño o violencia.[336] Sin embargo, en los casos de criminalidad sistémica, el/la autor/a directo/a o ejecutor/a realiza el acto con conciencia de su ilegalidad, pero lo hace en el marco de un aparato organizado de poder sobre el cual el/la autor/a mediato/a posee dominio,[337] doctrina desarrollada por Claus Roxin en 1963.[338] Así, el llamado "hombre de atrás" ("*Hintermann*", en alemán) que se encuentra "en la palanca de mando del poder toma la decisión determinante acerca de si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que ejecuta inmediatamente casi siempre llega solo casualmente a la concreta situación de acción".[339] En estos supuestos, los protagonistas son los dirigentes que planearon la comisión de los crímenes e instruyeron a las

331. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-tENG, párr. 330.
332. Righi y Fernández (1996: 296).
333. Ambos (2005: 78); Werle (2007: 954).
334. Kiss (2019: 30-31).
335. Olásolo Alonso (2013: 83).
336. Mir Puig (2015: 389).
337. Ambos (2016: 994).
338. Roxin (2006: 11) y Roxin (2011).
339. Roxin (2006: 13).

estructuras organizadas de poder que controlan y supervisan la forma en que los miembros de menor rango los ejecutan y llevan a cabo materialmente sus elementos objetivos.[340]

Finalmente, la comisión a través de una omisión impropia entraña la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona por un crimen cuando la no evitación de un resultado sea equiparable a la conducta activa de causarlo.[341] Ella se configura cuando un sujeto se encuentra en una posición de garante que le impone un deber de actuar y, sin perjuicio de poseer capacidad individual de cumplir con esa obligación, omite llevarla a cabo, produciéndose, en consecuencia, el resultado típico que la norma prohíbe.[342] Esta posición de garante puede surgir tanto de un deber de control –de supervisar una fuente de peligro que pueda causar daños a terceros– como de una obligación de protección de bienes jurídicos determinados en virtud de un vínculo especial.[343]

3.2.b. Comisión conjunta

Entre los modos de comisión conjunta encontramos la coautoría por dominio del hecho y la empresa criminal conjunta.

La coautoría basada en el dominio del hecho, desarrollada originalmente por la teoría jurídica alemana, implica un supuesto en el que todos/as los/as autores/as dominan el hecho, es decidir, tienen la capacidad de decidir si se comete y de qué manera.[344] Esta teoría puede adoptar una forma directa o por dominio funcional, e indirecta o mediata. En los casos de coautoría funcional, cada uno de los/as autores/as se reserva el dominio funcional del hecho, pues su aporte es esencial para la ejecución del plan común.[345]

La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha aplicado la teoría del dominio del hecho para los supuestos de coautoría[346] y ha identificado dos elementos materiales: la existencia de un plan común o acuerdo entre la persona acusada y por lo menos otra persona y contribuciones coordinadas y esenciales de los/as coautores/as en el plan común que tengan como resultado la realización

340. Olásolo Alonso (2013: 189).

341. Werle (2007: 966).

342. Ambos (2013b:192); Olásolo Alonso (2013: 741).

343. Ambos (2013b:184).

344. Olásolo Alonso (2013: 81).

345. Olásolo Alonso (2013: 305).

346. Véase, por ejemplo, Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IV, "Fiscal vs. Bosco Ntaganda", *Judgment*, 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06-2359, párrs. 771-780; Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, "Fiscal vs. Dominic Ongwen", *Decision on the confirmation of charges*, de 23 de marzo de 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red, párr. 38.

de los elementos materiales del crimen.[347] En este sentido, no es necesario que el plan esté específicamente dirigido a la comisión del crimen, sino que basta con que contenga un elemento de criminalidad.[348] Asimismo, con relación a los elementos subjetivos, se ha determinado que la persona acusada debe conocer y querer la conducta realizada (*mens rea*), que los/as coautores/as deben conocer y aceptar que la implementación del plan común resultará en la comisión de un crimen y que el acusado conozca las circunstancias de hecho que le permiten dominar conjuntamente el hecho.[349]

Asimismo, algunos casos de la Corte Penal Internacional han desarrollado el concepto de coautoría mediata o indirecta,[350] que requiere la existencia de una organización liderada y controlada por varios/as coautores/as con un propósito común.[351] Como se mencionó en el punto relativo a la comisión individual, se trata de una coautoría mediata por dominio de la organización ("*Organisationsherrschaft*", en alemán) y, como se verá en los capítulos 4 y 7, el Estado es el ejemplo paradigmático de este tipo de organizaciones.[352] Esta doctrina, desarrollada por Roxin, ha sido receptada por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional[353] en diversos casos que involucraban tanto un aparato organizado de poder estatal como una estructura organizada de poder no estatal.[354] Resulta interesante para esta investigación mencionar la decisión sobre la orden de arresto emitida contra Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y

347. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IV, "Fiscal vs. Bosco Ntaganda", *Judgment*, 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06-2359, párr. 774.

348. *Idem,* párrs. 775-776.

349. van Sliedregt y Yanev (2019: 95).

350. La Sala de Apelaciones del TPIY rechazó este modo de atribución de responsabilidad en el caso "Fiscal vs. Milomir Stakic", mientras que diversas salas de la Corte Penal Internacional lo aplicaron en decisiones de órdenes de arresto y de confirmaciones de cargos. *Cf.* van Sliedregt y Yanev (2019: 112).

351. Ambos (2016: 998). Véase, por ejemplo, Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Dominic Ongwen", *Decision on the confirmation of charges*, 23 de marzo de 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red, párr. 38.

352. Kiss (2019: 37).

353. Como fuera mencionado, la jueza van den Wyngaert han criticado la aplicación de la teoría del dominio del hecho para los casos de coautoría mediata. Al respecto, véase Días (2018).

354. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, "Fiscal vs. Bosco Ntaganda", *Judgment*, de 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06-2359, párrs. 771-780; Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, "Fiscal vs. Germain Katanga", *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, párrs. 1403-1412; Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Laurent Gbagbo", *Decision on the confirmation of charges*, 12 de junio de 2014, ICC-02/11-01/11-656-Red, párr. 234; Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, "Fiscal vs. Bosco Ntaganda", *Decision on the confirmation of charges*, 9 de septiembre de 2014, ICC-01/04-02/06-309, párrs.101-102; Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui", *Decision on the confirmation of charges*, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717, párr. 511, entre otros.

Abdullah Al-Senussi, pues involucraba un aparato estatal. Allí determinó que los elementos son (i) control sobre la organización; (ii) la organización debe consistir en un aparato de poder jerárquico y organizado; (iii) la ejecución de los crímenes debe estar asegurada a través del cumplimiento casi automático con las órdenes; (iv) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los crímenes y (v) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro. A ello le adicionó tres requisitos: (vi) acuerdo o plan común entre dos o más personas; (vi) contribuciones esenciales coordinadas de cada coautor/a que resultan en la realización de los elementos objetivos del crimen y (vii) consciencia y aceptación mutuas respecto de que la implementación del plan resultará en la realización de dichos elementos objetivos.[355] El cumplimiento casi automático de las órdenes a través de agentes se desarrolló para remplazar al requisito de la fungibilidad del agente que comete directamente el crimen.[356]

La empresa criminal conjunta es un modo de atribución de responsabilidad que se aplica en casos en los que una pluralidad de individuos comparte un propósito criminal común y coordina sus esfuerzos para cometer un crimen.[357] Fue utilizada por primera vez por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* y reafirmada en la jurisprudencia posterior del Tribunal[358] y de otros tribunales internacionales como el TPIR, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para El Líbano o las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya.[359]

Toda persona que conozca, comparta y contribuya a la comisión de dicho propósito será considerada responsable como autor/a, sin importar el rol o posición que hayan jugado en la comisión del crimen,[360] es decir, se apoya en una posición subjetiva del concepto de autoría.[361] A diferencia del caso de la coautoría por dominio del hecho, la contribución aquí no debe ser esencial, sino que es

355. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi", *Decision on the Prosecutor's Application pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, 27 de junio de 2011, ICC-01/11-12, párr. 69.

356. Ambos (2016: 996).

357. Yanev (2019: 122). Se trata de un modo de responsabilidad desarrollado y aplicado extensivamente por el TPIY pero que no ha sido receptado en el Estatuto de Roma ni en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. *Cf.* Yanev (2019: 133).

358. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Judgment*, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A, párrs. 195-226; Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Jadranko Prlic *et al.*", *Judgment*, 29 de noviembre de 2017, IT-04-74-A, párr. 587; Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Milomir Stakic, *Judgment*, 22 de marzo de 2006, IT-97-24-A, párr. 62; Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Miroslav Kvocka", *Judgment,* 28 de febrero de 2005, IT-98-30/1-A, párr. 79, entre otros.

359. Yanev (2019: 121-122).

360. Cassese y Gaeta (2013[3]: 163).

361. Olásolo Alonso (2013: 305).

suficiente con que sea significativa.[362] Otra diferencia entre ambos modos es que el propósito del plan de la empresa criminal conjunta es específicamente la comisión de un crimen, mientras que en el caso de la coautoría por dominio del hecho, solo se requiere que el plan común tenga un elemento de criminalidad.[363]

Este modo de atribución se ha dividido en tres categorías basadas, mayormente, en el elemento subjetivo denominadas (i) empresa criminal conjunta básica; (ii) empresa criminal conjunta sistémica, aplicada a contextos de campos de detención o concentración y (iii) empresa criminal conjunta extendida. En el modo básico, todas las personas acusadas poseen la misma intención criminal, mientras que en el modo sistémico, el plan se institucionaliza y todos/as los/as que forman parte del campo de detención o concentración conocen y comparten la intención criminal.[364] A diferencia de la primera categoría, en el modo sistémico no se requiere prueba de un acuerdo expreso o implícito de cometer un crimen, sino que basta con probar que la persona acusada participó en el sistema institucionalizado criminal.[365] La tercera categoría se utiliza para atribuir responsabilidad por crímenes incidentales o que excedieron el plan criminal común, pero que resultaban consecuencias naturales y predecibles de la ejecución de dicho plan;[366] es decir, se trata de un supuesto de dolo eventual respecto de tales crímenes.[367]

Se ha discutido si la tercera variable de la empresa criminal conjunta es aplicable a los crímenes que requieren un dolo especial, como el genocidio. En el caso *Brdjanin*, la Sala de Primera Instancia de TPIY sostuvo que la intención específica requerida por el crimen de genocidio no era compatible con la *mens rea* requerida para una condena sobre la base de la tercera categoría de la empresa crimina conjunta.[368] Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó esta interpretación por considerar que confundía el elemento subjetivo requerido por el crimen de genocidio con el elemento subjetivo requerido por el modo de responsabilidad,[369] lo que ha sido rechazado por algunos doctrinarios al afirmar

362. van Sliedregt y Yanev (2019: 91).

363. Yanev (2019: 131-132).

364. Cassese y Gaeta (2013³: 163).

365. Cassese y Gaeta (2013³: 166).

366. Yanev (2019: 126).

367. Yanev (2019: 134). Se trata de la categoría que más críticas ha recibido. *Cf.* Yanev (2019: 158). En el caso *Karadzic*, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que el riesgo debe ser lo suficientemente sustancial como para que la persona pudiera haber previsto la comisión del crimen. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Decision on the Prosecution's motion appealing Trial Chamber's Decision on JCE III foreseeability*, 25 de junio de 2009, IT-95-5/18-AR72.4, párr. 18.

368. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radoslav Brdjanin", *Decision on motion for acquittal pursuant to Rule 98bis*, 28 de noviembre de 2003, IT-99-36-T, párr. 57.

369. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radoslav Brdjanin", *Decision on Interlocutory Appeal*, 19 de marzo de 2004, IT-99-36-A, párr. 10. Véase capítulos 4 y 7.

que, para ser autor/a, es necesario realizar la conducta con la intención específica. Distinguir ambos elementos subjetivos diluiría el dolo especial del genocidio.[370]

3.2.c. Participación

La distinción entre la autoría y la participación se basa en que la responsabilidad penal de los/as participantes se deriva de la responsabilidad principal de los/as autores/as,[371] es decir, la participación implica una accesoriedad respecto del hecho del/la autor/a.[372] Dentro de estos modos de atribución de responsabilidad encontramos la asistencia, la instigación y las órdenes. Corresponde en este punto realizar una aclaración terminológica con relación al uso de la categoría "complicidad", que suele utilizarse normalmente para hacer referencia a un modo accesorio de responsabilidad en varios sistemas jurídicos internos, como el alemán, el francés, el español o en los ordenamientos latinoamericanos. En los sistemas jurídicos anglosajones, la noción de "*complicity*" se utiliza generalmente para referirse al hecho de intervenir con otros en un hecho punible ("*partnership in crime*"), que no distingue entre autores y partícipes.[373]

Esta categoría no está expresamente mencionada en los estatutos del TPIY y del TPIR como un modo de atribución de responsabilidad. Si bien aparece en la versión en español del artículo 25.3.c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional,[374] en la versión del Estatuto en inglés se utilizó en su lugar el término "*aiding and abetting*" (que puede traducirse literalmente como "asistir e instigar")[375] y en la versión francesa, "*aide*". Por otro lado, la expresión "complicidad" sí aparece en los artículos de los estatutos del TPIY y del TPIR que definen el crimen de genocidio como uno de los actos punibles, junto con la conspiración, la instigación pública y directa y la tentativa, pero no en los estatutos de la Corte Penal Internacional ni de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya. Si bien

370. Olásolo Alonso (2013: 346), con cita de Ambos (2005).

371. Olásolo Alonso (2013: 619).

372. Mir Puig (2015: 409).

373. Olásolo Alonso (2013: 53-54).

374. "Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión". Cabe señalar que la traducción al español esta norma incluye al encubridor como un participante de un crimen, lo que presenta una divergencia con las versiones en inglés o en francés, que solo mencionan supuestos de complicidad durante el hecho y no con posterioridad, como es el caso del encubrimiento. *Cf.* Ambos (2005: 246-247, nota al pie del traductor).

375. Se ha entendido que, si bien "*aid*" se refiere a la provisión práctica o la asistencia material a la comisión de un crimen y "*abet*" denota la provisión de aliento o apoyo moral para dicha comisión, la jurisprudencia internacional los ha analizado de forma conjunta. *Cf.* Ventura (2019a: 173-174).

esta cuestión será analizada con profundidad en los siguientes capítulos, aquí basta mencionar que el origen de esta anomalía puede encontrarse en el hecho de que los artículos 4 y 2 de los estatutos de TPIY y del TPIR, respectivamente, copian *verbatim* los artículos II y III de la Convención contra el Genocidio.[376] En el mismo sentido, cabe señalar que los Principios de Nuremberg, redactados por la Comisión de Derecho Internacional, disponen que la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de un crimen de guerra y de un crimen de lesa humanidad constituye un crimen del derecho internacional.[377]

En consecuencia, a los fines de este apartado, se utilizará el término genérico "asistencia" para hacer referencia al modo de atribución de responsabilidad a las personas que hayan proporcionado deliberadamente alguna clase de apoyo de manera directa y significativa para la comisión de un crimen o hayan facilitado los medios para ello.

Al tratarse de un modo accesorio, quien define el crimen es el/la autor/a y no la persona que lo/a asiste.[378] Las acciones de dicha persona deben tener un efecto en la comisión del crimen, aunque en la jurisprudencia internacional no existe consenso respecto del nivel de relación causal entre ambos.[379]

La instigación implica que una persona alienta o induce a otra a cometer un crimen debido a una influencia psicológica o persuasión o a una coerción física.[380] Este tipo de instigación debe diferenciarse de la instigación pública y directa a cometer genocidio, pues esta no constituye un modo de responsabilidad sino una infracción imperfecta. Ello quiere decir que, a diferencia de la instigación directa y pública a cometer genocidio, en el supuesto de la instigación como

376. *Cf.* Ventura (2019a: 238). Como se verá en el capítulo 7, en una de sus primeras sentencias, el TPIR se refirió a esta cuestión señalando que los elementos materiales de la complicidad por genocidio siempre requieren actos positivos y, por lo tanto, excluyen las omisiones, y el elemento subjetivo requiere conocimiento, mientras que en el caso de "*aiding and abetting*", se requiere dolo especial. Sin embargo, esta posición fue rechazada en casos posteriores. *Cf.* Ventura (2019a: 239) En consecuencia, surge que no existirían diferencias sustantivas entre la complicidad y "*aiding and abetting*" en el caso del crimen de genocidio, *cf.* Ventura (2019a: 240).

377. *Cf.* Principio VII, Comisión de Derecho Internacional, "Principios del Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal", *Yearbook of the International Law Commission (1950*, Vol. II), párr. 97.

378. Werle (2007: 969).

379. Los tribunales *ad hoc* y los tribunales internacionalizados requieren que la relación causal alcance el umbral de efecto o contribución sustancial, mientras que la Corte Penal Internacional, si bien reconoce que los actos de la persona que asiste deben tener una relación causal con el crimen, no ha precisado específicamente el umbral que deben alcanzar. *Cf.* Ventura (2019a: 176-177).

380. Ambos (2016: 1003).

modo de atribución de responsabilidad se requiere que el crimen instigado se cometa efectivamente, o al menos se realice una acción en grado de tentativa.[381]

El ordenar la comisión de un crimen, como modo de atribución de responsabilidad, es similar a la instigación,[382] pero, a diferencia de esta, contiene un elemento relacional de autoridad o subordinación, *de jure* o *de facto*, entre la persona que da la orden y aquella que la recibe.[383] Por otro lado, cabe señalar que se ha sugerido que, en realidad, se trataría más bien de una forma de autoría mediata,[384] en particular, en el marco de un aparato o estructura organizada de poder.[385]

3.2.d. Participación en un grupo

En esta categoría se incluye el modo que atribuye responsabilidad a quien realice una contribución a un grupo que actúa con un propósito común, es decir, quien participa de un esfuerzo colectivo por cometer un crimen.[386] El artículo 25.3.d) del Estatuto de Roma prevé este modo de atribución de responsabilidad, disponiendo que será responsable cualquier persona que "contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común". La persona acusada bajo esta modalidad debe haber actuado con el fin de contribuir al propósito del grupo o con el conocimiento de la intención del grupo de cometer crímenes.

Se trata de la participación que requiere el umbral más bajo de contribución, de una disposición residual para abarcar aquellas conductas que no encuadren en los incisos anteriores del artículo 25.3.[387] Se la ha calificado también como un modo subsidiario que genera el grado más débil de responsabilidad.[388] El antecedente

381. Coco (2019: 257). Ello en el caso de la Corte Penal Internacional. Cabe señalar, sin embargo, que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de los tribunales internacionalizados requiere que el crimen sea cometido y no considera suficiente que el grado de tentativa. *Cf.* Ventura (2019a: 300).

382. Werle, de hecho, la considera como una forma especial de instigación. *Cf.* (2007: 967).

383. Coco (2019: 263).

384. Van Sliedregt citada en Olásolo Alonso (2013: 620).

385. Olásolo Alonso (2013: 636).

386. Cupido (2019: 309).

387. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Thomas Luganga Dyilo", *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, párr. 337.

388. Werle (2007: 971). Esta gradación de modos de responsabilidad ha sido criticada por la doctrina y por algunos jueces de la Corte Penal Internacional. Por ejemplo, el juez Fulford, en su voto disidente en la sentencia condenatoria de Thomas Lubanga Dyilo, señaló que las personas que contribuyan al propósito común del grupo no son necesariamente menos responsables que aquellos que asisten a la comisión del crimen (*aiding and abetting*) porque

inmediato de esta redacción es el artículo 2.3.c) del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.[389]

La frase "de algún otro modo" implica que el acusado debe realizar una contribución significativa al crimen. Existen desacuerdos doctrinarios y jurisprudenciales respecto del sentido concreto de tal umbral, pero puede considerarse que lo que se requiere es que la contribución haya tenido un efecto sobre el crimen, pero sin que su comisión dependa de ella. Asimismo, la contribución debe referirse a la comisión de un crimen específico y no al propósito común del grupo.[390]

3.2.e. Actos preparatorios

Los actos preparatorios están compuestos por todas las actividades que tienen lugar antes del comienzo de la etapa de ejecución y que dan lugar a la responsabilidad penal.[391] Dentro de este grupo se incluye la planificación.

La planificación es un modo de responsabilidad que resulta esencial para los crímenes internacionales dada su gran escala y naturaleza inherentemente colectiva.[392] Se trata de una modalidad que busca atribuir responsabilidad a quienes diseñaron las conductas que resultaron en los crímenes internacionales,[393] en la medida en que ello haya entrañado una contribución sustancial.[394] Si bien puede haber varias personas involucradas en un plan, este modo de responsabilidad puede ser usado para atribuir la conducta a una persona que actúa sola.[395] La atribución de responsabilidad sobre la base de este modo implica que la persona no puede ser acusada además de cometer el crimen, aunque el involucramiento en la planificación puede resultar en un factor agravante de la pena.[396]

3.2.f. Otras formas de responsabilidad

En esta sección se incluye la responsabilidad del superior, que crea un modo específico de atribución omisiva para superiores militares y civiles que no han

---

en la historia, muchos crímenes graves ocurrieron como resultado de la acción coordinada de grupos de individuos que perseguían un fin común. *Cf.* Cupido (2019: 322).

389. Olásolo Alonso (2013: 108).

390. Cupido (2019: 319-320).

391. Olásolo Alonso (2013:70).

392. De Hemptinne (2019: 355).

393. De Hemptinne (2019: 356).

394. De Hemptinne (2019: 358).

395. De Hemptinne (2019: 360).

396. De Hemptinne (2019: 360).

prevenido ni sancionado la comisión de crímenes por parte de sus subordinados[397] cuando supieron o debieron haber sabido que se cometerían tales crímenes. Se trata de una doctrina desarrollada después de la Segunda Guerra Mundial por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1946 en el caso *Yamashita*, un comandante general del ejército japonés. Fue luego aplicada por el Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio y receptada en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y en diversos manuales militares nacionales,[398] con fundamento en las obligaciones de mando y disciplina.

En la jurisprudencia internacional existe desacuerdo respecto de si constituye efectivamente un modo de atribución de responsabilidad o una ofensa independiente,[399] lo que ha llevado a algunos/as doctrinarios/as a sostener que se trata, en realidad, de una forma híbrida de responsabilidad que contiene elementos de ambos.[400] Esta discusión no tiene lugar en el ámbito de la Corte Penal Internacional, pues el artículo 28 establece claramente que se configura un modo de responsabilidad penal, calificada como un supuesto de omisión propia, pues al superior no se le atribuye responsabilidad por su contribución omisiva a la comisión de un crimen, sino por el incumplimiento de su deber de prevenirlo, reprimirlo o sancionarlo.[401]

Más allá de estos desacuerdos, puede afirmarse que los elementos básicos de la responsabilidad del superior son una relación de subordinación –que en algunos casos puede ser *de facto* o *de iure*– de naturaleza militar o civil. En el caso de los superiores militares, esta debe entrañar un mando y control efectivos o una autoridad y control efectivos, y el superior debe haber tenido conocimiento o haber sabido, en razón de las circunstancias, que los subordinados estaban cometiendo un crimen o se proponían cometerlo. Asimismo, se requiere que el superior no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir la comisión de los crímenes o remitir el asunto a las autoridades competentes. En el caso de los superiores civiles, se requiere el haber deliberadamente hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo un crimen o se proponían cometerlo y que los crímenes guarden relación con las actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

En el caso *Bemba Gombo* de la Corte Penal Internacional se aplicó por primera vez el artículo 28, aunque dicha aplicación no estuvo exenta de polémica. Así, mientras la Sala de Primera Instancia III lo había condenado en carácter de superior como comandante militar con control efectivo sobre las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo, la Sala de Apelaciones, en una

397. Jackson (2019: 410).
398. Jackson (2019: 409).
399. Jackson (2019: 411).
400. Jackson (2019: 412).
401. Olásolo Alonso (2013: 813).

sentencia dividida, decidió absolverlo. La Sala de Primera Instancia entendió que el acusado no había tenido una intención genuina de adoptar medidas vinculadas con la denuncia de los crímenes cometidos por sus subordinados, ni de evitarlos o reprimirlos, sino que, en realidad, buscó proteger y reparar su imagen y reputación, así como la del Movimiento, ante las acusaciones públicas en su contra.[402] Sin embargo, en la instancia de apelación, la mayoría de la Sala consideró que la primera instancia había cometido un error al tener en cuenta la motivación de Bemba Gombo como argumento central y agravante, sin evaluar cómo las motivaciones afectaron en concreto la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, en tanto que, como se encontraba en un país diferente del de sus tropas, su actuación estaba sujeta a limitaciones como comandante remoto.[403]

3.3. Infracciones imperfectas y extensión de la responsabilidad

La conspiración, como una infracción imperfecta que entraña un acuerdo entre dos o más personas para cometer un hecho internacionalmente ilícito,[404] estuvo incluida en los primeros supuestos de determinación de responsabilidad internacional del individuo, en particular, en los estatutos del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal de Tokio,[405] a pesar de las objeciones presentadas por los Estados con tradición romano-germánica. En la jurisprudencia de tales tribunales, el concepto de conspiración estuvo limitado a aquellos líderes que planearon, prepararon y tomaron decisiones respecto del comienzo del conflicto armado, con conocimiento de la naturaleza criminal de tal conducta, por lo que no fue aplicado respecto de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.[406] El Estatuto de la Corte Penal Internacional no comprende esta infracción en sus disposiciones,[407] mientras que los estatutos del TPIY y del TPIR lo prevén como uno de los actos del crimen de genocidio.

402. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, "Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo", *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 21 de marzo de 2016, ICC-01/05-01/08-3343, párrs. 719-734.

403. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo", *Judgment on the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 8 de junio de 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Red, párrs. 166-194.

404. De Hemptinne (2019: 369).

405. La versión en inglés de la Convención contra el Genocidio de 1948 incluye la conspiración como un acto punible del artículo III, mientras que la versión en español se refiere a "la asociación para cometer genocidio" y la versión en francés habla de "*l'entente en vue de commettre le génocide*".

406. De Hemptinne (2019: 368).

407. Las razones de esa omisión no serían del todo claras, pero se ha argumento desde un compromiso hacia los Estados con tradición romano-germánica hasta un error en la redacción

El artículo 25.3.e) del Estatuto de Roma prevé como infracción imperfecta la instigación directa y pública a cometer genocidio.[408] Si bien este supuesto será desarrollado en los próximos capítulos, basta señalar aquí que no requiere que se cometa efectivamente el genocidio para poder asignar responsabilidad a la persona que lleve a cabo la instigación. Ello implica, además, que una persona puede ser acusada tanto de cometer esta infracción imperfecta como del crimen de genocidio sobre la base de alguno de los modos de responsabilidad mencionados anteriormente.[409]

Por otro lado, la tentativa aparece regulada en los derechos internos como una conducta punible en virtud de dos fundamentos diferentes: un fundamento objetivo, que considera que la tentativa pone en peligro un bien jurídicamente protegido, y un fundamento subjetivo, que toma en cuenta una voluntad hostil al derecho.[410]

En el ámbito de derecho internacional penal, la Corte Penal Internacional es la primera jurisdicción cuyo estatuto prevé la tentativa en su Estatuto.[411] La atribución bajo esta modalidad solo tendrá lugar cuando se hubiera comenzado con la ejecución del crimen y este no ocurra debido a razones independientes de la voluntad del/la perpetrador/a, es decir, la tentativa se encuentra entre la planificación y la comisión.[412] Así, los actos preparatorios no serían suficientes, sino que se requeriría la adopción de pasos sustanciales con miras a cometer el crimen.[413]

Si bien la tentativa se encuentra en el artículo 25 del Estatuto de Roma, resulta discutible que pueda ser considerada como un modo de responsabilidad. En general, los ordenamientos penales nacionales que pertenecen al sistema angloamericano la consideran como un crimen en sí misma, mientras que aquellos que siguen el modelo romano-germánico la entienden como una extensión de la responsabilidad.[414]

---

del borrador durante las negociaciones. En todo caso, su ausencia sería contraria a la definición consuetudinaria del crimen de genocidio. *Cf.* Mettraux (2019: 311).

408. También está prevista en la Convención contra el Genocidio y en los Estatutos del TPIY y del TPIR. Cabe observar que, si bien los instrumentos aplicables por las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya se refieren a todos los supuestos relacionados con la comisión de genocidio, no incluyen la instigación directa y pública. *Cf.* De Hemptinne (2019: 390).

409. De Hemptinne (2019: 391-392).

410. Bacigalupo (1999: 464-465).

411. Cabe señalar, sin embargo, que la Convención contra el Genocidio prevé la tentativa como un acto punible en su artículo III.

412. De Hemptinne (2019: 342).

413. Mettraux (2019: 335).

414. De Hemptinne (2019: 342). Uno de los pocos ejemplos de condena por tentativa de un crimen internacional fue el caso de Dominic Ongwen. Allí, la Sala de Primera Instancia IX de la Corte Penal Internacional lo condenó por 61 cargos, entre los que se encontraba la tentativa de asesinato como crimen de lesa humanidad y de homicidio intencional como crimen

3.4. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal

Como ya fuera señalado, el derecho internacional penal se ha visto influido tanto por el sistema romano-germánico como por el sistema angloamericano. En materia de circunstancias eximentes de responsabilidad, la dogmática penal angloamericana suele distinguir entre las ofensas y las defensas, mientras que la dogmática romano-germánica utiliza una clasificación más compleja. En general, el derecho internacional penal ha echado mano frecuentemente de la estructura angloamericana, por lo que ciertos conceptos que para el sistema del derecho continental europeo suelen ser incluidos en el nivel de análisis del elemento subjetivo –como el error de hecho–[415] o en el nivel de análisis de la antijuridicidad –como el estado de necesidad– son frecuentemente agrupados dentro de la noción de "defensas".[416]

En el contexto de la Corte Penal Internacional se trata de circunstancias que eximen la responsabilidad penal, tal como lo define el propio Estatuto, sin distinguir aquellas que funcionan como justificativos de aquellas que configuran causales exculpatorias.[417]

Las circunstancias incluidas en el artículo 31 son a) enfermedad o deficiencia mental que prive a la persona de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlarla; b) estado de intoxicación que prive a la persona de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlarla, salvo que la persona se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado, probablemente incurriría en una conducta criminal, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere; c) legítima defensa propia o de un tercero, o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien esencial para su supervivencia o la de un tercero o para una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para sí, para un tercero o para los bienes protegidos –lo que excluye la participación en una fuerza que realice una operación de defensa–; d) coacción dimanante de una amenaza –hecha por otras personas o constituida por circunstancias ajenas a su control– de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para la persona o para un

---

de guerra. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia, "Fiscal vs. Dominic Ongwen", *Judgment*, 4 de febrero de 2021, ICC-02/04-01/15-1762-Red.

415. Se trata del lenguaje que utiliza el artículo 32 del Estatuto de Roma, pero cabe aclarar que en los ordenamientos penales internos se lo suele denominar "error de tipo".

416. *Cf.* Ambos (2005: 383).

417. Eser (2016: 1129). Las causales de justificación como, por ejemplo, la legítima defensa, afectan la antijuridicidad de la acción, mientras que las causales exculpatorias afectan la culpabilidad del individuo. Al respecto, se ha señalado que en el derecho internacional penal existe la tendencia a unificar los conceptos de estado de necesidad justificante y de estado de necesidad disculpante. *Cf.* Ambos (2005: 470).

tercero, y que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.[418]

Por fuera de las causales mencionadas en el artículo 31, el Estatuto prevé, además, el error de hecho y de derecho en el artículo 32 y el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales, en el artículo 33.

El artículo 32 dispone que el error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. En el mismo sentido, aunque redactado de forma negativa, el párrafo 2 de dicha norma establece que el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente, salvo que haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33.

Esta norma regula la posibilidad de invocar el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales como una circunstancia que exima de responsabilidad a una persona. Al respecto, establece que ello no podrá ser posible, a menos que la persona estuviera obligada por ley a obedecer las órdenes emitidas por el gobierno o el superior civil o militar de que se trata, no supiera que la orden era ilícita y que, además, la orden no fuera manifiestamente ilícita, lo que excluye las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, conforme el tercer párrafo de este artículo.

4. La discusión sobre la responsabilidad colectiva

La evolución del derecho internacional penal presentada hasta aquí da cuenta de que la centralidad del individuo y la atribución de su responsabilidad han sido uno de los grandes proyectos de la comunidad internacional desde mediados del siglo XX, que terminó de afianzarse con la creación de la Corte Penal Internacional. La frase del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que indicaba que:

418. El TPIY desarrolló la causal de coacción ("*duress*") en el caso *Erdemovic*. Allí, en la Opinión Separada de los jueces McDonald y Vohrah, se estableció que no se podía determinar que la coacción fuese una defensa completa contra cargos de asesinato como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra de conformidad con la costumbre internacional. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Drazen Erdemovic", *Judgment*, 7 de octubre de 1997, IT-96-22-A, párr. 88. Sin embargo, en su Voto Separado y Disidente, el juez Cassese sostuvo la posición contraria, afirmando que la coacción podía alegarse como defensa, siempre y cuando medie una amenaza inmediata y grave de un daño irreparable a la vida o a la integridad física; no exista un medio adecuado de impedir esa amenaza; el crimen cometido sea proporcional a la amenaza, o ser el menor de dos males; y la situación de coacción no haya sido causada de forma voluntaria por la persona acusada. Cuando no se den esos requisitos, debía ser considerada como una circunstancia atenuante. *Cf.* párrs. 12 y 16.

"[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional"[419] planteó una necesidad de efectividad de dicho ordenamiento, reforzada por un imperativo de seguridad de la comunidad internacional, luego de dos conflictos armados mundiales,[420] así como por un deseo de evitar los errores de la primera posguerra y los efectos adversos de las sanciones a Alemania sufridos por su población.[421] Todo ello llevó al rechazo del desarrollo de una responsabilidad colectiva por crímenes internacionales.[422]

Como comentario preliminar, cabe señalar que puede pensarse la responsabilidad colectiva desde tres nociones diferentes. La primera, denominada responsabilidad grupal, se vincula con la responsabilidad de los miembros de un grupo por las acciones colectivas. La segunda, llamada responsabilidad corporativa, entraña la asignación de responsabilidad al colectivo en sí mismo, por lo que puede existir sin perjuicio de que se modifique su membresía[423] y surge de atribuirle al colectivo las conductas individuales,[424] como ocurre con la responsabilidad internacional del Estado, aunque no sea de naturaleza penal. En efecto, esta idea de la responsabilidad colectiva es la base misma de la responsabilidad estatal.[425] La tercera noción entraña el supuesto en el que una persona es considerada responsable por las acciones de un colectivo al que representa, como ocurre, por ejemplo, con el director de una empresa.[426] En este apartado, se examinará cómo estas nociones impactaron en el desarrollo del derecho internacional penal.

El rechazo de la responsabilidad colectiva también se relaciona con una percepción del derecho penal moderno de que se trata de una responsabilidad primitiva o rudimentaria,[427] violatoria del principio de culpabilidad individual,

419. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), sentencia del 1° de octubre de 1946, párr. 246. van Sliedregt ha sugerido que esta sentencia, además de reafirmar la responsabilidad individual, representó una victoria por sobre la doctrina del Acto del Estado y la inmunidad de los funcionarios estatales. *Cf.* (2006: 84).

420. Mégret (2013: 87). También se ha vinculado esta evolución con el desarrollo de derecho internacional de los derechos humanos. *Cf.* Simpson (2009: 75).

421. Mégret (2013: 88). El artículo 231 del Tratado de Versalles afirmaba la responsabilidad de Alemania por la Primera Guerra Mundial, aunque, como se vio en el apartado 2.1 de este capítulo, este tratado también incluyó disposiciones referidas a la responsabilidad individual.

422. Fletcher (2002: 1511).

423. van Sliedregt (2006: 105).

424. van Sliedregt (2006: 108).

425. Gattini (2009: 102).

426. van Sliedregt (2006: 108).

427. Mégret (2013: 92). Gattini ha señalado que, en virtud de entender la responsabilidad colectiva como una noción de sociedades primitivas, Kelsen consideraba el derecho internacional mismo como un ordenamiento primitivo. *Cf.* (2009: 103)

base de un derecho penal liberal.[428] Todo aquello que parezca hacer referencia a un colectivo, sus acciones, su responsabilidad y su culpa colisionaría, según esta mirada, con la estructura de un ordenamiento jurídico moderno.

Sin embargo, este desarrollo referido a un "sesgo liberal por la responsabilidad penal individual"[429] ha tornado invisible el aspecto colectivo de los crímenes internacionales, limitando su narrativa a acciones individuales y reduciendo la complejidad y escala de tales fenómenos que, por su naturaleza, siempre entrañan un elemento organizacional o de masividad.[430] Una de las consecuencias del énfasis en la responsabilidad penal es la separación de las acciones de los individuos del contexto general, "desestatizando" o despolitizando los crímenes[431] y pasando a un segundo plano la responsabilidad del Estado,[432] que, como se señaló, es en sí misma una forma de responsabilidad colectiva.[433] Así, detrás de la reticencia de la Comisión de Derecho Internacional a adoptar la noción de crimen de Estado vista en el capítulo anterior, se encuentra una desconfianza respecto de la idea de responsabilidad colectiva que entrañaría el castigo de una población y el recuerdo del Tratado de Versalles.[434]

4.2 Responsabilidad colectiva vs. culpa colectiva

Un año después de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el filósofo alemán Karl Jaspers escribió su obra *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*.[435] Allí analizó la cuestión de la

428. van Sliedregt (2006: 98); Mégret (2013: 96). A modo de ejemplo, cabe recordar que uno de los jueces del TPIY ha señalado que la responsabilidad colectiva resultaba contraria al mandato del Tribunal de promover la paz y la reconciliación en la exYugoslavia, pues implicaba poner en el mismo barco a un jefe de Estado, a los generales, a los soldados, a los administradores y a diferentes entidades, entre otros. *Cf.* TPIY, Sala de Primera Instancia III, "Fiscal vs. Jadranko Prlic y otros", *Judgment*, Opinión Separada y Parcialmente Disidente del juez presidente Jean-Claude Antonetti, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, p. 131 (volumen 6 de 6).

429. Fletcher (2002: 1514).

430. Simpson (2009: 92).

431. Mégret (2013: 105).

432. Mégret (2013: 113).

433. van Sliedregt (2006: 85).

434. Mégret (2013: 117).

435. El título original en alemán es "*Die Schuldfrage*" ("La culpa"). Para esta investigación se utilizó la edición en castellano de Paidós con introducción de Ernesto Garzón (1998). Si bien la traducción al castellano se refiere a la "culpa", aquí se hablará de "responsabilidad", ya que se trata de un concepto más amplio que permitirá incluir nociones propias del derecho internacional en el análisis. Asimismo, se ha observado que el término "responsabilidad" se relaciona, no solo con lo que pasó –como la culpa– sino con las consecuencias hacia el futuro por lo que pasó, *cf.* Vernon (2011: 297). Se ha señalado, además, que "culpa" es un término ambiguo que puede referirse a responsabilidades objetivas por hechos ilícitos o a estados

responsabilidad por crímenes de Estado y desarrolló cuatro tipos de responsabilidad a los fines de dilucidar el sentido del reproche: 1) la responsabilidad política, 2) la responsabilidad moral, 3) la responsabilidad metafísica y 4) la responsabilidad criminal.[436] Al describir la responsabilidad criminal o jurídica, Jaspers se refirió exclusivamente a aquella que se dispone a través de las reglas del derecho penal y que está dirigida a los individuos. En efecto, si bien para Jaspers la responsabilidad política permitiría "hacer responsables a todos los ciudadanos de un Estado por las consecuencias originadas por las acciones de Estado", al mismo tiempo afirmó que "es absurdo inculpar por un crimen a un pueblo entero. Solo es criminal el individuo".[437] Así, con cita del fiscal norteamericano, Robert Jackson, quien dijo: "queremos dejar claro que no pretendemos inculpar a todo el pueblo alemán",[438] Jaspers sostuvo que ante el Tribunal de Nuremberg no era el pueblo alemán el que estaba siendo juzgado, sino solo aquellas personas acusadas penalmente de forma individual y que, por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad criminal, el pueblo alemán era un mero espectador.[439]

Si bien se ha señalado que la obra de Jaspers fue seminal para la discusión moderna sobre la responsabilidad colectiva,[440] ello no parecería surgir de forma tan clara, al menos en el ámbito de la responsabilidad criminal,[441] ya que el propio autor sostuvo que no es posible juzgar un pueblo entero porque "[n]o existe un pueblo tomado como una totalidad" y porque "[u]n pueblo no puede transformarse en un individuo" y ser "tomado como un todo no puede ser culpable o inocente, ni en sentido criminal, ni en el político (en esto son responsables únicamente los ciudadanos de un Estado), ni en el moral". Consecuentemente, "[e]l enjuiciamiento de un pueblo como si se tratara de una categoría resulta siempre una injusticia".[442]

A pesar de que desde que el filósofo alemán escribió *Die Schuldfrage*, la noción de responsabilidad colectiva continuó desarrollándose,[443] sus objeciones aún tienen vigencia. Una de las observaciones más fuertes invocadas en contra de imponer responsabilidad de tipo colectiva por la comisión de un crimen se vincula con el riesgo de que el castigo que se imponga impacte en aquellos que

---

emocionales, es decir, podría hablarse de una culpa objetiva y de una culpa subjetiva. *Cf.* Konzelmann (2007: 471).

436. Jaspers (1998 [1965]: 53-54).

437. Jaspers (1998 [1965]: 60).

438. Jaspers (1998 [1965]: 71).

439. Jaspers (1998 [1965]: 72).

440. Vernon (2011: 296) y Gattini (2009: 107).

441. Se ha observado que Jaspers aceptó la responsabilidad colectiva de ciertos grupos en el ámbito metafísico o político. *Cf.* Fletcher (2002: 1532-1533) y Norrie (2008: 214).

442. Jaspers (1998 [1965]: 60-61).

443. Véase, entre otros, Gilbert (1997), Konzelmann (2007) e Isaacs & Vernon (2011).

individualmente no son responsables por dicha ofensa.[444] En esa línea, Hannah Arendt señaló que una de las consecuencias no buscadas de la admisión de responsabilidad colectiva es tornar difusa la responsabilidad de quienes, de hecho, sí hicieron algo[445] y que la culpabilidad y la inocencia solo tienen sentido si se aplican respecto de individuos,[446] por lo que si todos son culpables, en realidad, nadie es culpable.[447]

En este contexto, Arendt diferenció entre la culpa y la responsabilidad, señalando que la primera siempre es personal y, por lo tanto –a diferencia de la responsabilidad– nunca puede ser colectiva. Señaló, en este sentido, que tanto las cuestiones morales como las jurídicas se refieren a personas y no a sistemas u organizaciones.[448] Sin embargo, con relación a la responsabilidad, Arendt afirmó que es factible, en ciertas circunstancias, tener que asumirla por hechos de otro –lo que no equivale a ser o sentirse culpable por ello.[449] Sin embargo, para Arendt, el derecho aparece solamente con relación a la culpa individual, mientras que la política aparece respecto de la responsabilidad colectiva.[450]

Con miras a superar estas objeciones, autoras contemporáneas como Margaret Gilbert han sostenido que es posible hablar de la culpa de un grupo si se trata de sujetos plurales –entendidos como aquellos que tienen un compromiso conjunto ("*joint commitment*")–[451] y que, por lo tanto, la culpa colectiva no es la suma de culpas individuales ni puede ser dividida entre los miembros del grupo.[452] En esa misma línea, Mark Drumbl ha diferenciado entre responsabilidad y culpa colectiva o castigo colectivo, señalando que la responsabilidad colectiva implicaría sanciones de tipo no penal impuestas a grupos cuya negligencia o incumplimiento apoyó o consintió, conectados causalmente con la comisión de violaciones graves

444. En este sentido, el sistema de sanciones impuesto a Irak por el Consejo de Seguridad luego de la invasión a Kuwait en 1990 ha sido criticado por haber implicado, en los hechos, un sistema de castigo colectivo que tuvo un impacto directo sobre las condiciones de vida del pueblo iraquí. Por ejemplo, un informe del Fondo para la Población de Naciones Unidas reportó que el número de mujeres que falleció durante el parto se triplicó entre 1989 y 2002 y la revista médica británica *The Lancet* publicó una investigación en 1995 sugiriendo que 567.000 niños iraquíes habían muerto como consecuencia de las sanciones. *Cf.* Simpson (2009: 85) y Gattini (2009: 119).

445. Arendt (2003 [1964]: 28).

446. Arendt (2003 [1964]: 29).

447. Arendt (2003 [1968]:147). Desde la perspectiva contraria, autores como Fletcher y Weinsten (2002) han señalado que la individualización de la culpa puede contribuir al mito de la inocencia colectiva. (Citados en Drumbl, 2005: 572).

448. Arendt (2003[1965-66]: 57).

449. Arendt (2003 [1968]: 147). Cabe señalar que Fletcher, al referirse a la culpa de las naciones, señaló que no se trataba de "sentirse" culpable, sino de "ser objetivamente" culpable. *Cf.* Fletcher (2002: 1526).

450. Arendt (2003 [1968]: 149).

451. Gilbert (1997: 67).

452. Gilbert (1997: 81).

de derecho internacional penal.[453] Rebecca Hamilton también propone dicha diferenciación, afirmando que la responsabilidad colectiva surge del concepto de ciudadanía, pues la idea de que los/as ciudadanos/as compartan las obligaciones de la responsabilidad del Estado es intuitiva en un sistema democrático. Así como los/as ciudadanos/as gozan de los beneficios del modelo, también deberían soportar sus costos.[454]

Esa idea sigue la propuesta de Michael Walzer de considerar que la ciudadanía implica un destino común y, por lo tanto, los/as ciudadanos/as no pueden escapar de los efectos de un mal gobierno o régimen. Sin embargo, entiende que ello entraña una distribución de costos de dichos efectos, pero no una distribución de culpa.[455] Por su parte, George Fletcher propuso una distribución de la culpa entre los individuos y el colectivo, es decir, el Estado, entendiendo que se trata de una culpa asociativa y no agregada (según la cual la culpa del Estado implica la suma de la culpa de los individuos que lo constituyen), en la que la culpa del Estado puede funcionar como un factor de mitigación de la culpa de individuo.[456] Así, sugirió que, en realidad, la culpa colectiva actuaría como un elemento humanístico.[457] En este punto, cabe señalar que Gerry Simpson ha observado que, en realidad, en el caso de los Estados, incluso cuando se reconoce su rol en las conductas individuales, en lugar de una mitigación se configura una exacerbación de la culpa, ya que los individuos son castigados por su propia conducta y por la del colectivo, pues para el funcionamiento de la comunidad internacional los Estados son indispensables, mientras que los individuos son descartables.[458] De esta manera introduce la cuestión de la relación entre la responsabilidad colectiva del Estado y la responsabilidad individual que será desarrollada en la Parte III de este libro.

Sin perjuicio de estas discusiones más relacionadas con cuestiones filosóficas o sociológicas,[459] como se explicará a continuación, lo cierto es que el rechazo de una responsabilidad penal colectiva, el énfasis puesto en la responsabilidad penal

453. Drumbl (2011: 25).

454. Hamilton (2016: 334).

455. Walzer (1977: 297).

456. Fletcher (2002: 1540).

457. Fletcher (2002: 1542). Este autor diferencia la noción de culpa de la de responsabilidad señalando que mientras la segunda puede tener implicancias relacionadas con el futuro, la culpa está siempre conectada con un hecho del pasado. Asimismo, afirmó que mientras la noción de responsabilidad puede ser considerada como algo secular, sin implicancias metafísicas, la noción de culpa es más difícil de definir *Cf.* (2002: 1556-1557).

458. Simpson (2009: 95). Al respecto, ofrece el ejemplo del juicio contra Slodovan Milosevic ante el TPIY, afirmando que, sin embargo, su credibilidad dependía de la habilidad de la Fiscalía y de los jueces de visibilizar la criminalidad del Estado serbio. *Cf.* (2009: 95-96).

459. Para un análisis sociológico de la cuestión, véase Amatrudo (2018). Desde esa perspectiva, el autor sostiene que es posible pensar en las organizaciones como agentes con responsabilidad respecto de su mandato y objetivos (2018: 94).

del individuo y las objeciones del Tribunal de Nuremberg a la posibilidad de que la mera membresía en un grupo considerado criminal fuera base suficiente para la responsabilidad penal individual tuvieron un fuerte impacto en el desarrollo posterior del derecho internacional penal que hoy se basa, exclusivamente, en la determinación de la responsabilidad individual, sobre la base del principio de culpabilidad y las garantías del debido proceso penal.[460]

4.3 Los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Si bien el derecho internacional penal se ocupa exclusivamente de la responsabilidad de los individuos, en sus comienzos pareció acercarse al concepto de una responsabilidad penal colectiva, ya que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg facultaba a los jueces a declarar criminales ciertas organizaciones y, como consecuencia de dicha declaración, los tribunales nacionales o militares competentes podían luego enjuiciar a otros individuos por ser miembros de dichas organizaciones, cuya criminalidad se consideraba ya probada y pasada en autoridad de cosa juzgada.[461] Esta posibilidad había sido discutida en el seno de la Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, creada en 1943, cuyo trabajo fue tomado como insumo para el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. Al respecto, en la Comisión se analizaron tres formas posibles de responsabilidad colectiva. La primera implicaba la responsabilidad penal de una corporación por los actos ordenados por dicha corporación; la segunda, una conspiración o complicidad comunitaria y la tercera preveía una responsabilidad comunitaria.[462] Los artículos se incluyeron en el entendimiento de que los crímenes cometidos por el régimen Nazi eran sistemáticos, altamente organizados y masivos, tanto desde el punto de vista de la cantidad de víctimas como de perpetradores.[463]

En su sentencia, el Tribunal Internacional consideró que la aplicación de los artículos 9 y 10 del Estatuto resultaba novedosa y de largo alcance y, por lo tanto, debía hacerse con cautela para evitar generar injusticias.[464] En primer

460. Cassese (2003: 136).

461. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artículo 9 y artículo 10. Se estima que aproximadamente 7.000.000 pertenecían a las organizaciones acusadas por la Fiscalía, *cf.* Jørgensen (2000: 67). El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente no contenía disposiciones similares.

462. Hale y Cline (2014: 281).

463. Jørgensen (2009: 203).

464. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), sentencia del 1° de octubre de 1946, párr. 361.

lugar, observó que el artículo 9 disponía que el Tribunal "podrá" realizar tal declaración, por lo que se trataba de una facultad discrecional que debía ser ejercida de conformidad con el principio de culpabilidad personal y evitando los castigos colectivos.[465] En segundo lugar, equiparó el concepto de organización criminal con el de conspiración, pues consideró que en esencia ambos entrañan una cooperación para fines delictivos. Por ello, señaló que, para que fuera posible evaluar la responsabilidad colectiva, debía existir un grupo organizado con un objetivo común y haber sido conformado o usado en conexión con la comisión de algún crimen y que, además, se debía excluir de dicha definición a aquellas personas que no tenían conocimiento de los objetivos o actos criminales de la organización y a aquellas cuya pertenencia no había sido voluntaria, salvo que hubieran estado personalmente implicadas en la comisión de los crímenes. Así, sostuvo que la membresía, por si sola, no era fundamento suficiente para declarar la responsabilidad penal individual.[466]

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal Militar Internacional declaró como grupos criminales a agencias estatales como el cuerpo de liderazgo del partido Nazi (*leadership corps*), a las fuerzas llamadas SD (*Die Sicherheitsdienst des Reichsfuehrer SS*), a la Gestapo (*Die Geheime Staatspolizei*) y a las fuerzas denominadas SS (*Die Schutzstaffeln Der Nationalsocialistischen Deutschen Arbeiterpartei*),[467] y rechazó la solicitud fiscal de declarar criminales a las fuerzas conocidas como S.A (*Sturmabteilung)*, al Gabinete del Reich, y al Estado Mayor y al Mando Superior de las Fuerzas Armadas alemanas.[468] Para ello, el Tribunal examinó si la actividad criminal llevada a cabo por dichas organizaciones encuadraba dentro del artículo 6 de su Estatuto, que tipificaba los crímenes de su competencia.[469]

Resulta interesante señalar que una de las razones por las cuales el Tribunal decidió no calificar al Gabinete del Reich y al Estado Mayor y al Mando Superior de las Fuerzas Armadas alemanas como organizaciones criminales fue que se trataba de grupos pequeños y que, por lo tanto, no resultaba complicado que sus miembros fueran juzgados de forma individual, sin tener que recurrir a la declaración de criminalidad.[470] Ello parece implicar que el Tribunal consideraba dicha declaración colectiva como subsidiaria, o al menos, como una segunda alternativa al enjuiciamiento por actos cometidos de forma individual.

Asimismo, en el caso particular del Estado Mayor y del Mando Superior, el Tribunal observó que no eran una organización ni grupo en el sentido del artículo 9 de su Estatuto, sino que su técnica operacional era la de cualquier ejército, es

465. *Idem,* párr. 362.
466. *Idem,* párr. 363.
467. *Idem*, párrs. 376, 393 y 408.
468. *Idem*, párrs. 418, 419 y 423.
469. *Idem*, párrs. 369, 393 y 408.
470. *Idem*, párrs. 422-423.

decir, que se trataba de una sumatoria de individuos que ocupaban los cargos militares más altos en un momento determinado.[471]

Como fuera mencionado en el apartado 2.2 de este capítulo, la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, aprobada el 20 de diciembre de 1945, permitió el enjuiciamiento de aquellas personas que no habían quedado bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional y que, por lo tanto, serían juzgadas por los tribunales de ocupación bajo un mismo marco jurídico.[472] Entre sus disposiciones, se preveía que la membresía en alguna de las organizaciones declaradas como criminales por el Tribunal Militar Internacional sería considerada un crimen,[473] lo que se desprendía, a su vez, del artículo 10 de Estatuto del Tribunal Internacional. Por supuesto, tal facultad quedó limitada por lo dispuesto en la sentencia de dicho Tribunal. En los 12 procesos llevados a cabo por los tribunales militares de ocupación de los Estados Unidos contra casi 200 personas en Nuremberg,[474] de las 87 personas que fueron acusadas, entre otros cargos, por haber sido miembros de cuatro organizaciones declaradas criminales, 10 de ellas fueron condenadas solamente por el cargo de membresía en una organización criminal[475] y 13 fueron absueltas.[476] Los dos elementos que habían sido delineados por el Tribunal Militar Internacional –membresía voluntaria y conocimiento de sus propósitos criminales– fueron aplicados por el tribunal norteamericano de ocupación.[477]

471. *Idem*, párrs. 428-429.

472. Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado para el Enjuiciamiento de las Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp (último acceso: 20/02/2024).

473. *Cf.* Artículo II.1.d). Sin embargo, este crimen había sido pensando como parte del programa de desnazificación y, por lo tanto, su enjuiciamiento y sanción no eran uno de los objetivos principales de los juicios de ocupación en Nuremberg. *Cf.* Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crime Trials under Control Council Law No. 10, por Telford Taylor, 15 de agosto de 1949, p. 70, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/ (último acceso: 20/02/2024).

474. Véase apartado 2.2 de este capítulo.

475. Por ejemplo, en el caso Josef Altstoetter *et al.* (conocido como el caso de la justicia o de los abogados), Altstoetter fue absuelto de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, pero condenado por su membresía en una organización criminal. En el caso Ulrich Greifelt *et al.* (caso de RuSAH), cinco de los acusados –Meyer Retling, Schwarzenberger, Sollmann, Ebner y Tesch– fueron condenados a tres años por el crimen de membresía de una organización criminal. *Cf.* Yanev (2019: 129).

476. Heller (2011: 290-291).

477. Heller (2011: 292).

4.4. Responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas

Como consecuencia de estos desarrollos, en materia de crímenes internacionales el derecho internacional penal se ha ocupado básicamente de la responsabilidad de los individuos, dejando de lado la posibilidad de considerar que un Estado –u otro tipo de organización– pudiera llevar a cabo ese tipo de conductas. Al respecto, cabe señalar, como ejemplo, que el Relator Especial de la CDI sobre el Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Doudou Thiam, señaló que de la lectura de los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg surgía que no se buscaba consagrar la responsabilidad penal de las organizaciones criminales como personas jurídicas, sino solamente abrir la posibilidad de que las personas humanas pudieran ser acusadas –y eventualmente condenadas– por su pertenencia a organizaciones consideradas criminales. Esta declaración de criminalidad era solamente una "condición necesaria para iniciar los procesos individuales contra los miembros".[478] Esta conclusión le permitió sostener que el Código sobre el cual se encontraba trabajando no podía prever la responsabilidad penal de los Estados por la comisión de crímenes internacionales, pues el Estatuto del Tribunal Internacional no constituía un antecedente que justificara la existencia de este tipo de responsabilidad en el derecho internacional.

En esa línea, en su informe previo a la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que el Estatuto no debía contemplar la posibilidad de someter a juicio a personas por el solo hecho de pertenecer a una asociación u organización consideradas criminales, pues los crímenes de competencia del Tribunal son cometidos por personas naturales, independientemente de que pertenezcan o no a determinados grupos.[479]

Este camino fue confirmado cuando finalmente fue creada una jurisdicción penal internacional de carácter permanente. El artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone de hecho que: "Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional". Como se vio en el capítulo 1, la regulación de la responsabilidad estatal descartó la noción de "crimen de Estado" y de cualquier otro concepto que la vinculara con una responsabilidad de tipo penal.

También se dejó fuera del ámbito del derecho internacional penal a las personas jurídicas (entre las que, por supuesto, también se incluye al Estado). Como se vio en este capítulo, los tribunales penales internacionales creados luego de la Segunda Guerra Mundial tuvieron competencia personal únicamente sobre

478. A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 156.
479. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 20 de mayo de 1993, párr. 51.

individuos. Si bien los juicios llevados adelante de conformidad con la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado se relacionaron con la actuación de personas jurídicas, ello no equivale a sostener que estas fueron juzgadas, pues, en realidad, se trató de enjuiciamientos de las personas humanas a cargo de las corporaciones por sus propias conductas, como los casos de *Alfred Krupp et al.* o *I.G. Farben*. De hecho, en el caso *Krupp et al.*, el tribunal resaltó que la culpabilidad siempre debía ser individual y que no bastaba con que la persona juzgada fuera miembro del Directorio de la empresa.[480] En la misma línea, en el caso *I.G. Farben*, el tribunal señaló que la empresa Farben no estaba siendo enjuiciada y no era pasible de ser sancionada penalmente, sino que en la redacción del fallo se había utilizado el término "Farben" para describir la instrumentalidad de la cohesión, ya que en su nombre se habían cometido los actos de saqueo. Ello así porque las corporaciones actúan a través de individuos y, por lo tanto, se debía llevar a cabo el juicio sobre la base de la concepción de culpa personal individual. Asimismo, agregó que, por un lado, la responsabilidad no surgía automáticamente de la membresía de uno de los acusados en la Junta Directiva de la empresa y que, por el otro, no era posible utilizar la estructura corporativa para procurarse inmunidad respecto del enjuiciamiento penal.[481]

Cuando se discutió el Estatuto de Roma en 1998, la delegación francesa propuso que la Corte Penal Internacional tuviera competencia sobre las personas jurídicas. Francia consideraba que así se facilitaría a las víctimas de los crímenes el reclamo de una medida de reparación pecuniaria y de restitución.[482] La propuesta final presentada al Grupo de Trabajo se limitaba a las corporaciones privadas, excluyendo los Estados, otras organizaciones públicas y las organizaciones sin fines de lucro, y se relacionaba con la responsabilidad penal individual de una persona que estaba en una posición de liderazgo o control de la empresa y que había cometido el crimen actuando en su nombre y con el consentimiento expreso de la corporación, en el curso de sus actividades.[483] En apoyo de su propuesta, la delegación francesa afirmó que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg había establecido la responsabilidad penal de organizaciones criminales,[484] lo que, como fuera señalado, ha sido generalmente rechazado por la doctrina (y también por algunos Estados en la negociación en Roma).[485] La

480. Heller (2011: 253).

481. Trials of War Crimes before the Nuremberg Military Tribunals, Vol. VIII, Carl Krauch *et al.* (caso *I.G. Farben*), p. 1153, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/ (último acceso: 20/02/2024).

482. Eser (2002: 779) y Ambos (2016: 986).

483. Ambos (2016: 986).

484. A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 32.

485. China manifestó que entendía que el antecedente del Tribunal de Nuremberg no permitía juzgar penalmente a las organizaciones como tal, sino que se trató de un procedimiento

propuesta se francesa se basaba en cinco principios: (i) la responsabilidad de un grupo u organización debía ser consecuencia de un crimen cometido por un individuo, por lo que la responsabilidad de una persona jurídica siempre estaría vinculada con la responsabilidad de una persona natural; (ii) la responsabilidad de las personas jurídicas se vinculaba con lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg; (iii) la decisión de la Corte Penal Internacional sobre la naturaleza criminal de una organización sería vinculante para los Estados Parte del Estatuto; (iv) los Estados parte eran quienes debían tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la declaración de la Corte sobre la naturaleza criminal de una organización y (v) una organización declarada criminal por la Corte podía ser sancionada a través de multas o confiscaciones.[486]

Algunos Estados apoyaron la propuesta francesa, como Jordania, Túnez, Singapur, Tanzania y Corea del Sur;[487] otros expresaron algunas dudas sin rechazarla directamente, como Australia, Ucrania y Estados Unidos de América,[488] y consideraron que se necesitaba mayor discusión, como Japón, Argelia o Eslovenia.[489] En esa línea, la delegación argentina manifestó que originalmente había estado en contra de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que consideraba que la propuesta francesa era interesante y ameritaba mayor discusión.[490]

En contra de la posición francesa, Estados como Suecia, México, Tailandia, Venezuela, Dinamarca, Finlandia, la República Árabe Siria, Grecia, Portugal, Egipto, Polonia, El Salvador, Yemen y la República Islámica de Irán[491] alegaron que extender la competencia de la Corte a las personas jurídicas generaría problemas de prueba y que, además, la responsabilidad penal corporativa era rechazada en muchas jurisdicciones nacionales.[492]

Desde la negociación en Roma, varios Estados han adoptado en sus legislaciones domésticas algún tipo de responsabilidad penal de las corporaciones, por

especial para enjuiciar individuos y que, además, había que tener en cuenta que se trató de un tribunal de vencedores. *Cf.* A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 36.

486. A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 33.

487. *Idem*, párrs. 34, 41, 45, 52 y 62, respectivamente.

488. *Idem*, párrs. 35, 37 y 54, respectivamente. Ucrania, por ejemplo, señaló que el hecho de que no todas las jurisdicciones nacionales prevén la responsabilidad penal de las corporaciones podría tener efectos perjudiciales a la luz del principio de complementariedad que regula la relación de la Corte Penal Internacional con las jurisdicciones nacionales (*cf.* artículo 17 del Estatuto de Roma).

489. *Idem*, párrs. 40, 53 y 61, respectivamente.

490. *Idem*, párr. 39.

491. *Idem*, párrs. 43, 46, 47, 51, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64 y 65, respectivamente.

492. Eser (2002: 779) y Ambos (2016: 986).

lo que se ha observado que no resulta imposible pensar en que, en un futuro, el derecho internacional penal incluya la responsabilidad de las personas jurídicas.[493]

4.5 Modos de atribución de responsabilidad individual que reflejan naturaleza colectiva de crímenes

En virtud de que el derecho internacional penal se ocupa solamente de la responsabilidad de los individuos pero que los crímenes internacionales son cometidos en el contexto de un colectivo resulta pertinente examinar las formas en las que ese aspecto colectivo se refleja en la imposición de responsabilidad internacional individual, a través de las infracciones imperfectas y los diferentes modos de responsabilidad por la comisión conjunta explicados en el apartado 3 de este capítulo. Se trata de herramientas para establecer la responsabilidad individual con rasgos colectivos.[494]

Así, por ejemplo, la conspiración desarrollada por los tribunales internacionales de la segunda posguerra parece dar cuenta de una noción más colectiva de la responsabilidad ya que entraña un acuerdo entre dos o más personas.[495] Asimismo, los tribunales penales internacionales han desarrollado modos de responsabilidad para poder contemplar esas dinámicas grupales, que surgen de las diferentes tradiciones jurídicas ya vistos. En esta línea, es posible mencionar la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior,[496] más relacionadas con el sistema angloamericano,[497] y la doctrina de la coautoría mediata a través de una estructura o aparato organizado de poder, desarrollada en el contexto del sistema romano-germánico,[498] que es utilizada para dar cuenta adecuadamente de la función central que desempeñan los dirigentes en el diseño y desarrollo de los crímenes internacionales y, por lo tanto, describe de forma más adecuada la criminalidad sistémica.

Como señaló la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic*, la mayoría de las veces, estos crímenes no resultan de la tendencia criminal de personas individuales, sino que constituyen manifestaciones de una criminalidad colectiva. Se trata de crímenes que son cometidos por grupos de individuos que actúan de

493. Por ejemplo, Australia y Suiza establecieron la responsabilidad corporativa para los casos en los que la ausencia de una política empresarial pudo haber prevenido el delito, independientemente de la responsabilidad penal de los empleados. *Cf.* Einarsen y Rikhof (2018: 110-111). Esta cuestión ha sido discutida en el ámbito de la responsabilidad de las empresas en materia de violaciones extraterritoriales de derechos humanos. Véase, por ejemplo, Ryngaert (2018).

494. van Sliedregt (2006: 81-82).

495. Fletcher (2002: 1512).

496. *Cf.* Drumbl (2005: 573-574).

497. Ohlin (2014a: 108).

498. Ohlin (2014a: 112-113).

acuerdo con un plan criminal común. Si bien son solo algunos miembros de ese grupo los que cometen físicamente los crímenes, la participación y contribución de los otros también es vital en cuanto facilitan dicha comisión.[499]

En esta decisión, la Sala buscaba justificar la aplicación de un modo de atribución de responsabilidad que respetara el principio de culpabilidad individual, garantía básica del derecho penal, y, al mismo tiempo, reflejara las particularidades de comisión de este tipo de crímenes. En efecto, señaló que, en virtud de sus características inherentes, los crímenes internacionales abarcan acciones perpetradas por un colectivo de individuos para la consecución de un diseño criminal común.[500] En el caso del TPIY, se trató de la llamada empresa criminal conjunta. Si bien la membresía en una organización criminal prevista por el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg ha sido vinculada a la noción de empresa criminal conjunta desarrollada por el TPIY, cabe observar que mientras la primera fue considerada como un crimen en sí misma, como se vio, la empresa criminal conjunta es un modo de atribución de responsabilidad. Asimismo, se ha sostenido que no se requiere que los participantes de una empresa criminal conjunta estén organizados en una estructura militar, política o administrativa, mientras que el Tribunal de Nuremberg exigía la existencia de una estructura tangible.[501]

Algunos/as autores/as han señalado que se trata de una responsabilidad de tipo colectiva ya que entraña la posibilidad de que individuos deban responder por los objetivos o propósitos criminales de un grupo cuando actuaron de forma concertada con otros o contribuyeron de alguna manera a la realización del plan criminal común.[502] Más allá de las diferencias, es claro que la empresa criminal conjunta, como modo de atribución de responsabilidad individual, da cuenta del contexto colectivo sin que, por ello, se considere contraria al principio de culpabilidad individual.[503] Sin embargo, algunas de las variantes de este modo de responsabilidad han sido criticadas. Por ejemplo, van Sliedregt ha afirmado que la versión sistémica de la empresa criminal conjunta, que calificó como una forma institucionalizada de la responsabilidad basada en la membresía de un grupo,[504] no es respetuosa del principio de culpabilidad individual porque se corre el riesgo de justificar la responsabilidad en la posición que cumple la persona y no en su propia conducta.[505]

499. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Judgment*, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A, párr. 191.
500. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Judgement*, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A, párr. 193.
501. Yanev (2019: 129-130).
502. Hale y Cline (2014: 264).
503. Mégret (2013: 124).
504. van Sliedregt (2006: 109).
505. van Sliedregt (2006: 110).

Por lo tanto, al intentar atribuir responsabilidad individual por conductas colectivas, se necesita una reflexión respecto de los modos en que se atribuye responsabilidad a los individuos que participan de ellas y de la posibilidad de que ello genere una presión o impacto sobre el principio de culpabilidad, tal como se lo ha entendido tradicionalmente en los ordenamientos internos.

La atribución de responsabilidad penal individual por crímenes internacionales se realiza, como ya se dijo, en el contexto de una criminalidad sistémica, que lleva a la ampliación de los modos de atribución tradicionales hasta el límite de lo que se considera responsabilidad colectiva y que requiere establecer un equilibrio entre el principio de culpabilidad y los objetivos humanitarios de la persecución de este tipo de crímenes.[506]

Esta criminalidad sistémica o macrocriminalidad de los crímenes internacionales requiere, quizás, pensar en un modelo propio, que no responda necesariamente a ninguno de los previstos en los sistemas jurídicos internos. En la investigación y el enjuiciamiento de estos crímenes no basta con examinar la conducta individual, sino que es necesario, además, entender el marco político, social, económico y cultural, es decir, la base del crimen.[507] Al desarrollar la noción de criminalidad sistémica, Nollkaemper parte de la premisa de entender que en ciertos casos, la responsabilidad por los crímenes internacionales debe ser asignada en el nivel del sistema y no solamente en un nivel individual.[508] Los individuos son parte de un contexto en el que participa una variedad de actores, cuya conducta debería ser analizada al nivel del Estado o de otra entidad, pues los colectivos pueden ser mecanismos causales o contribuir a los crímenes internacionales individuales.[509] Entre las formas en las que un Estado, por ejemplo, puede actuar como un mecanismo causal, se menciona la existencia de un clima normativo que aliente la comisión de estas conductas y erosione las inhibiciones morales individuales,[510] así como una contribución más tangible, como, por ejemplo, el financiamiento o la provisión de armas.[511] ¿Sería posible entonces afirmar que una criminalidad sistémica generará una responsabilidad sistémica?[512]

En esta línea, Jens David Ohlin observó que incluso los modos de responsabilidad desarrollados en el marco del derecho internacional penal, como la empresa criminal conjunta o como la coautoría indirecta por aparato organizado de poder, no terminan de reflejar adecuadamente el aspecto colectivo de los crímenes internacionales porque no se enfocan en la organización como actor central. Por un lado, sostiene que la coautoría indirecta por aparato organizado

506. van Sliedregt (2003: 357).
507. Ambos (2009b: 128).
508. Nollkaemper (2009: 3).
509. Nollkaemper (2009: 5).
510. Nollkaemper (2009: 6).
511. Nollkaemper (2009: 7).
512. van Sliedregt (2009a: 183).

de poder considera la organización como una mera herramienta, mientras que la empresa criminal conjunta incluye a todos sin analizar sus elementos subjetivos, las relaciones jerárquicas o el nivel de contribución.[513] Por lo tanto, a fin de atribuir responsabilidad internacional, sugiere examinar cómo funciona por dentro la organización a la que pertenecen las personas acusadas a través de la forma en que colaboran dentro del grupo para lograr sus intenciones compartidas de cometer un crimen, la forma en que se deliberan y planifican los actos, y la división del trabajo.[514] Sobre esa base, propone entonces determinar que la organización ha cometido un crimen y que, por lo tanto, sus miembros deben ser considerados responsables por aquel,[515] siempre que hayan participado de la deliberación colectiva y de la coordinación de actos y compartan la intención.[516]

Kai Ambos, por su parte, sostiene que el sistema de atribución de responsabilidad individual, tal como fuera explicado en el apartado 3 de este capítulo, debe ser modificado para establecer un sistema mixto de responsabilidad individual y colectiva, por el que la empresa u organización criminal sirva como la entidad sobre la cual se atribuya responsabilidad criminal. Se trata de una teoría de atribución por la cual el acto global (la empresa criminal) constituye el objeto central de la atribución.[517] Ello implica que las contribuciones criminales individuales deben ser analizadas a la luz de su efecto sobre el plan u objetivo criminal perseguido por el aparato u organización criminales. Si alguna de esas contribuciones individuales no causó ningún efecto sobre el plan colectivo, entonces dicha persona debería queda exenta de responsabilidad. Desde una perspectiva normativa, podría afirmarse que la influencia de una persona sobre el sistema de macrocriminalidad depende de su jerarquía e influencia sobre el sistema colectivo responsable de los actos criminales.[518]

Drumbl ha ido más allá y ha sugerido que la perspectiva del derecho internacional penal de evitar la culpa colectiva debe ser revisada ya que la violencia masiva es frecuentemente cometida a instancias del Estado o para promover una política estatal. Al mismo tiempo, señaló que la violencia colectiva no puede ser analizada correctamente sin considerar los efectos que el colectivo tiene sobre el individuo.[519] En este sentido, sostuvo que debe encontrarse un punto medio entre la culpa y la inocencia colectiva, que permita imponer sanciones al colectivo diferentes a las impuestas en el marco de procesos judiciales penales como,

513. Ohlin (2014a: 122).
514. Ohlin (2014a: 123).
515. Ohlin (2014a: 126).
516. Ohlin (2014a: 127). Cabe señalar que el nivel de análisis de las conductas individuales propuesto por Ohlin parece hacer referencia a llamada coautoría funcional, descripta en el apartado 3.2.b de este capítulo.
517. Ambos (2009b: 157).
518. Ambos (2016: 1000-1001).
519. Drumbl (2005: 570-571).

por ejemplo, servicios comunitarios obligatorios, redistribución de la riqueza, lustración y hasta las formas tradicionales de responsabilidad internacional del Estado, como embargos o restricciones al comercio.[520]

Surge entonces que la atribución de responsabilidad individual por crímenes internacionales no resulta suficiente para describir la naturaleza de las conductas, pues oscurece el rol que juega el contexto colectivo. El derecho penal por sí solo no tiene la capacidad de dar cuenta de las complejidades de las organizaciones –estatales y otras– involucradas en la comisión de crímenes internacionales, ya que frecuentemente su aplicación tiene como resultado que solamente unos pocos individuos sean castigados por conductas colectivas, casi como si fueran chivos expiatorios.[521] Así, se considera necesario plantear una interacción entre la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva. Por ello, se sostiene que, cuando este contexto colectivo está dado por una estructura estatal, es necesario establecer un diálogo entre la responsabilidad de Estado y la responsabilidad del individuo. En la Parte III se analizará qué forma debería adoptar este diálogo y cuáles serían los ejes sobre los cuales se desarrollaría.

5. Recapitulación

Como se ha examinado en este capítulo, surge claramente que la responsabilidad del individuo está afianzada en el derecho internacional, pero que su desarrollo siguió un camino diferente del de la responsabilidad del Estado. En efecto, tal como se mencionó en el capítulo 1, la regulación de la responsabilidad internacional del Estado se ciñe exclusivamente a normas secundarias de derecho internacional, mientras que, en el caso de la responsabilidad del individuo, su evolución dificulta separar las normas primarias de las secundarias, ya que, en muchos casos, ambas se encuentran en una misma disposición. Así, por ejemplo, como será explicado en la Parte II, la definición del crimen de genocidio contiene en sí misma un elemento subjetivo concreto (el dolo especial). Algunos autores, de hecho, han afirmado que en materia de responsabilidad internacional del individuo no existirían normas secundarias.[522]

Asimismo, esta reseña histórica da cuenta de que las condiciones para establecer la responsabilidad penal internacional del individuo son varias y susceptibles de generar posiciones diversas, muchas veces opuestas, lo que resulta, quizás, en un panorama más complejo que el del régimen de la responsabilidad internacional del Estado.

520. Drumbl (2005: 576-577).
521. Nollkaemper y Van der Wilt (2009: 344).
522. Klabbers (2013: 137).

Finalmente, del relato surge la centralidad de la responsabilidad del individuo por crímenes internacionales y el consecuente rechazo de la noción de responsabilidad colectiva que deja por fuera el contexto en el que se cometen los crímenes que, en la mayoría de los casos está configurado por el aparato estatal. Es posible vincular este rechazo con el enfoque adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su trabajo sobre la responsabilidad del Estado y el abandono del concepto de crimen de Estado, explicado en el capítulo 1, entendido este como una persona jurídica o un ente colectivo en el marco de cual pueden encuadrarse las conductas individuales.

A fines de visibilizar el contexto colectivo, resulta de especial interés para esta investigación la identificación de los cruces y puntos de (des)encuentro entre la regulación de la responsabilidad del Estado y la del individuo, lo que será objeto de análisis en la Parte III utilizando el crimen de genocidio como caso de estudio.

Parte II
El genocidio en el derecho internacional

En este parte del libro se estudian, en primer lugar, las negociaciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y las discusiones acerca de los sujetos responsables por su comisión, incluido el Estado. En segundo lugar, se revisan los diferentes precedentes jurisprudenciales y de órganos de investigación que examinaron la responsabilidad por el crimen de genocidio, tanto desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado como de la de los individuos, a fin de identificar los vínculos reales que existen en tales decisiones, más allá de su regulación en los regímenes diferenciados estudiados en la Parte I.

Capítulo 3
El genocidio como crimen de Estado

En este capítulo se examinan, en primer lugar, el origen de la noción de genocidio y las discusiones que se dieron en el seno de las Naciones Unidas entre 1946 y 1948 durante la negociación de la Convención para para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Se demostrará que la cuestión de los sujetos responsables fue uno de los temas sobre los cuales versaron las diversas posiciones de los Estados y que, desde el comienzo, se planteó que existía, con respecto del crimen de genocidio, una dualidad de responsabilidades, que incluía tanto la de los individuos como la de los Estados. Asimismo, se explicará cómo la falta de consenso y desarrollo sobre la regulación de responsabilidad internacional del Estado impactó en las decisiones que se tomaron respecto del contenido de la Convención.

En segundo lugar, se analizan los casos jurisprudenciales de la Corte Internacional de Justicia en los que se ha discutido la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio con el fin de identificar cuáles son los argumentos que se invocaron para sostener la aplicación de la Convención de 1948 a este tipo de supuestos y las características que presenta la responsabilidad estatal por genocidio y, en consecuencia, se volverá sobre la noción de crimen de Estado desarrollada en el capítulo 1 a fin de reflexionar sobre su aceptación y el alcance que se le ha otorgado en la actualidad con relación al crimen de genocidio.

Como comentario aclaratorio previo, cabe señalar que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han entendido en casos en los que se discutió la figura del crimen de genocidio,[1] en ninguno de ellos se trató de determinar la responsabilidad internacional del Estado por su comisión, pues ello no encuadra dentro de la competencia material de estos tribunales, cuyo mandato se limita a examinar la responsabilidad de los

1. Véase apartado 4.3 del capítulo 1 de este libro.

Estados por violaciones a instrumentos de derechos humanos que les reconocen jurisdicción, entre los que no se encuentra la Convención contra el Genocidio. En dichas sentencias, la discusión sobre el crimen de genocidio se vinculaba con juzgamientos domésticos a personas humanas. Por lo tanto, por no constituir instancias de determinación de la responsabilidad internacional del Estado por la comisión del crimen de genocidio a la luz de la Convención de 1948, dichas decisiones no se analizan en este capítulo.

Finalmente, cabe mencionar que en este capítulo no se incluye el informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, creada por el Consejo de Seguridad,[2] pues, a pesar de que allí se examinó la existencia de una política genocida del gobierno de Sudán,[3] lo que acerca su análisis a la responsabilidad del Estado,[4] su mandato incluía la identificación de los supuestos autores de violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, algo que la Comisión interpretó como la investigación de conductas individuales. Por ello, este informe será analizado en el capítulo 4.

1. La negociación en la Organización de las Naciones Unidas

Como fuera explicado en la Introducción, la figura de genocidio fue propuesta por el jurista polaco Rafael Lemkin que acuñó el término en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* de 1944. A pesar de que el trabajo de Lemkin era conocido por los Aliados cuando negociaban el Acuerdo de Londres

2. A través de la Res. S/1564 del 18 de septiembre de 2004, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

3. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al Secretario General de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004, Ginebra, 25 de enero de 2005, párr. 518 (en adelante, "Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur"), disponible en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/225/39/pdf/n0522539.pdf?token=Ppp30CdXFhM9dHisqX&fe=true (último acceso: 20/02/2024). La Comisión, además, se refirió a la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado de Sudán por la conducta de actores no estatales, como las milicias (párr. 125). Sin embargo, cabe observar que, si bien señaló que Sudán no es parte de la Convención contra el Genocidio (párr. 147), este Estado depositó su instrumento de accesión al tratado el 13 de octubre de 2003, que entró en vigor a su respecto el 11 de enero de 2004 *Cf.* https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

4. Esto da cuenta de los puntos de contacto entre ambas responsabilidades por lo que se desarrollará en la Parte III de este libro.

y de que el jurista había buscado que se incorporara el crimen de genocidio,[5] finalmente se decidió no incluir expresamente este concepto en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, limitando su competencia a los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (en los que se requería una conexión con un conflicto armado internacional).[6] En consecuencia, Lemkin continuó con sus esfuerzos para lograr el reconocimiento internacional del crimen de genocidio en el marco de la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas. Allí, finalmente logró su cometido, aunque su concepto original sufrió bastantes modificaciones.

1.1. La Resolución 96/I de la Asamblea General

La propuesta de Lemkin fue tomada como punto de partida por las Naciones Unidas para la definición que fue finalmente incluida en la Convención de 1948. El camino comenzó en la Asamblea General, que examinó la noción de genocidio en una de sus primeras resoluciones, justo después de la cuestión de la "Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg".[7] Durante ese camino se discutió una amplia variedad de temas. En particular, interesan a este trabajo aquellos que se relacionan con los cruces entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, como, por ejemplo, las discusiones relacionadas con la posibilidad de incluir en la Convención a los Estados como sujetos pasibles de cometer genocidio y con las categorías de individuos cuya conducta sería punible en los términos del tratado.

La propuesta de resolución había sido presentada por Cuba, India y Panamá ante la Asamblea General[8] y fue luego discutida en el marco de su Sexto Comité. Allí, el representante del Reino Unido, Sir Hartley Shawcross –quien había sido uno de los Fiscales ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg–, propuso que en la resolución se afirmara que el genocidio, como crimen internacional, requería el castigo de los individuos y de los Estados, propuesta que fue objetada por Francia por considerar que no existía en el derecho internacional ninguna disposición que previera la responsabilidad penal de los Estados.[9] El presidente del subcomité conformado para examinar la propuesta de resolución consideró que la cuestión de la responsabilidad estatal debía ser discutida en el marco de

5. Vrdoljak (2009: 1191).

6. King Jr (2007: 31). Al respecto, véase Introducción de este libro.

7. Asamblea General, Res. AG 95 (I), 11 de diciembre de 1946.

8. Lemkin señaló que él había redactado el texto de la resolución que fue luego presentada por los tres Estados. *Cf.* Lemkin (1947: 149). En el mismo sentido, Kunz (1949: 739); Moses (2010: 37).

9. UN Doc. A/C.6/84, 25 de noviembre de 1946.

la negociación de una convención,[10] lo que, como se explicará más adelante, efectivamente sucedería. En este sentido, cabe señalar que, relacionado con esta cuestión, otra de las discusiones que se dieron en el subcomité se refirió al hecho de si el crimen de genocidio podía ser cometido solamente por personas pertenecientes a un gobierno o, además, por personas privadas.

La Resolución 96/1 de la Asamblea General, adoptada de forma unánime, definió al genocidio como "la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir". Asimismo, consideró que este crimen "causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos". En consecuencia, declaró que el genocidio como crimen contra el derecho internacional requiere el castigo de los autores y cómplices, sea que se trata de individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas, y que el crimen haya sido cometido por motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquier otra naturaleza.[11]

En dicha resolución, la Asamblea General le solicitó al Consejo Económico y Social (en adelante, "ECOSOC" o "Consejo") –en cuyo ámbito se encontraba la Comisión de Derechos Humanos, en virtud del artículo 68 de la Carta– que emprendiera los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio. La rapidez y el consenso con los que fue aprobada la resolución no se vio luego reflejada en las discusiones posteriores sobre el tratado. Como se relatará, debieron pasar dos años e intervenir diversos órganos de las Naciones Unidas para que, finalmente, el 9 de diciembre de 1948 fuera adoptada la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

1.2. El trabajo del Grupo de Expertos del Secretario General

En su sesión de marzo de 1947,[12] el Consejo Económico y Social discutió cuáles eran las opciones que tenía para llevar adelante la tarea encomendada y, finalmente, el día 28 de ese mes, adoptó una resolución por la cual instruyó al Secretario General para que, con la asistencia de expertos en derecho internacional y derecho penal, llevara a cabo los estudios necesarios con miras a la preparación de un borrador de convención, de acuerdo con la Resolución AG 96 (I), a fin de que realizara consultas con el Comité sobre el Desarrollo y la Codificación de Derecho Internacional, con la Comisión de Derechos Humanos –si fuese posi-

10. UN Doc. A/C.6/20.
11. Asamblea General, Res. AG 96 (I), 11 de diciembre de 1946.
12. UN Doc. E/421, 15 de marzo de 1947.

ble– y solicitara comentarios a los Estados Miembros, para enviar un proyecto de convención para la próxima sesión del Consejo.[13]

En consecuencia, en junio de 1947, la Secretaría, con la asistencia de la División de Derechos Humanos y de tres expertos –el propio Rafael Lemkin, Vespasian Pella[14] y Henri Donnedieu de Vabres–[15] preparó un borrador de convención sobre el crimen de genocidio.[16] Los expertos revisaron el borrador preliminar con el director de la División de Derechos Humanos, John P. Humphrey, y el jefe de la Sección de Investigación de esa División.[17] El Secretario General consideró que el borrador debía incluir todas las cuestiones posibles ya que luego estas podían recortarse. El resultado contenía 24 artículos con comentarios y dos borradores de estatutos para una corte penal internacional.[18] En los comentarios se incluyó una referencia al hecho de si los actos de genocidio podrían ser cometidos solamente por los gobiernos o por personas investidas de una función política, como los ministros o los miembros de asambleas legislativas, o podían también ser perpetrados por particulares.[19] Al respecto, se observó que, si bien las personas privadas podían cometer genocidio, los gobernantes deberían cargar con la mayor responsabilidad. Por su parte, Donnedieu de Vabres señaló que, aunque la Resolución 96/I no había hecho distinciones, la definición de genocidio debía limitarse a los gobernantes.[20]

Asimismo, con respecto a la propuesta de incluir un artículo referido a las reparaciones debidas a las víctimas de un genocidio –cuestión que finalmente quedaría por fuera de la Convención–, los expertos señalaron que se trataba de la aplicación del principio según el cual los pueblos son, en cierta medida, responsables de los crímenes cometidos por sus gobiernos, sea que los aprueben o que simplemente hayan dejado que los cometan. El comentario al artículo correspondiente reconocía que este principio podía ser cuestionado sobre la base de la inexistencia de la responsabilidad penal de los pueblos y que los crímenes cometidos por el gobierno eran contrarios a la voluntad de la mayoría de la población. Sin embargo, los expertos señalaron que no se trataba de una responsabilidad de tipo penal, sino de tipo civil, que consistía en la obligación de reparar a las víctimas y, por lo tanto, no era necesario determinar una intención criminal de la nación.[21]

13. ECOSOC, Resolución del 28 de marzo de 1947 (E/325).
14. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
15. Profesor de la Universidad de París y juez del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.
16. UN Doc. A/AC.10/41, 6 de junio de 1947.
17. Schabas (2009[2]: 60).
18. Schabas (2009[2]: 61). El borrador no fue concebido como un proyecto de convención, sino como un programa de máxima. *Cf.* Schabas (2022: 79).
19. UN Doc. A/AC.10/41, 6 de junio de 1947.
20. Comentario al artículo IV, UN Doc. E/447, 26 de junio de 1947.
21. Comentario al artículo XIII, UN Doc. A/AC.10/41, 6 de junio de 1947.

Aparece aquí una de las cuestiones de interés para esta investigación: la naturaleza de la responsabilidad del Estado. Como se verá, el hecho de que en el ordenamiento internacional aún no existiera consenso y claridad al respecto –la Comisión de Derecho Internacional recién la incluiría en su agenda en 1953–[22] impactó en la negociación de la Convención, pues algunos Estados se negaban a incorporarla en el tratado en virtud de considerar que el crimen de genocidio exigía que se tratara de una responsabilidad de naturaleza penal, similar a la de los individuos.

1.3. El trabajo del Consejo Económico y Social

En agosto de 1947 el borrador de la Secretaría fue presentado ante el ECOSOC. Un mes después, la cuestión de la Convención contra el Genocidio retornó a la agenda de la Asamblea General que, a su vez, la delegó a su Sexto Comité. En noviembre fue debatida en el marco de un subcomité en el que se decidió que el Consejo Económico y Social era el ámbito adecuado para la discusión. Cabe señalar que, en esa reunión, el Reino Unido afirmó que si el genocidio era ordenado por un gobierno el Estado sería internacionalmente responsable, lo que fue rechazado por el delegado francés, quien sostuvo que el Estado no podía tener responsabilidad penal o ser pasible de un castigo.[23]

Finalmente, la Asamblea General adoptó la Resolución 180/II por la cual instruía al Consejo Económico y Social a continuar con el trabajo sobre el borrador de Convención y a no esperar los comentarios de los Estados para seguir avanzado,[24] teniendo en consideración que la Comisión de Derecho Internacional se estaba por conformar.[25] Esta resolución resulta particularmente relevante porque allí la Asamblea afirmó que el genocidio es un crimen de derecho internacional que puede generar la responsabilidad de los individuos y la de los Estados.

Según los términos de referencia preparados por la Asamblea General, el Consejo debía presentar su informe y el proyecto de convención completo en septiembre de 1948. Asimismo, se debía tener en cuenta que la Comisión de Derecho Internacional se encontraría trabajando sobre los Principios de Nuremberg y que ambas tareas no debían superponerse. Se indicó también que, para la preparación del proyecto, el Consejo debería considerar el borrador de la Secretaría, las observaciones escritas de los Estados, las opiniones expresadas en las reuniones

22. *Cf.* Asamblea General, Res. 799 (VIII), 7 de diciembre de 1953. Véase capítulo 1, apartado 2 de este libro.

23. UN Doc. A/C.6/SR.59, 20 de noviembre de 1947.

24. A la fecha, se habían recibido comentarios de la India, Haití, Filipinas, Venezuela, Estados Unidos y Francia. *Cf.* UN Doc. A/401, 27 de septiembre de 1947.

25. Asamblea General, Res. 180 (II), 21 de noviembre de 1947.

del Sexto Comité y en el plenario de la Asamblea General y las comunicaciones de las organizaciones no gubernamentales. Entre las cuestiones que el Consejo debía resolver para lograr la adopción del proyecto, los términos de referencia incluyeron, *inter alia*, la cuestión de si la Convención estaría dirigida a los actos de los gobernantes o si también alcanzaría los actos de individuos privados.[26]

A comienzos de 1948, a propuesta de Venezuela y de Estados Unidos,[27] el ECOSOC decidió delegar la tarea a un grupo más pequeño en virtud del poco tiempo asignado para la preparación del proyecto. En consecuencia, creó un comité *ad hoc* compuesto por representantes de China, El Líbano, Estados Unidos, Francia, Polonia, Venezuela y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.[28] El Comité recibió el mandato de preparar un proyecto de Convención y de presentarlo, junto con la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos, en la siguiente sesión del Consejo y, para ello, debía tomar en consideración el documento preparado por el Secretario General, los comentarios de los Estados y otros borradores presentados por distintas delegaciones. Con ese fin se reunió 28 veces durante abril y mayo de 1948 y finalmente presentó un borrador de Convención acompañado por comentarios.[29]

El Secretario General, por su lado, presentó un memorándum al comité *ad hoc*.[30] Asimismo, Estados Unidos, Francia y China prepararon textos alternativos y la Unión Soviética presentó un documento llamado "Principios Básicos de una Convención sobre el Genocidio".[31]

En la primera reunión del comité se eligió a su presidente, el norteamericano John Maktos, a su vicepresidente, el soviético Platon Morozov, y al Relator, el libanés Karim Azkoul.[32] Luego de un debate, el comité decidió comenzar las discusiones sobre la base de los "Principios Básicos" presentados por la Unión Soviética, y luego estudiar el borrador de la Secretaría a la luz de dicho documento.[33] Sin embargo, las discusiones del comité *ad hoc* giraron en su gran mayoría sobre los Principios Básicos y sobre un borrador propuesto por China[34] e incluyeron, además, referencias a la Resolución AG 96(1) de la Asamblea General.

26. UN Doc. E/622, 3 de febrero de 1948.
27. UN Doc. E/SR.139, 12 de febrero de 1948.
28. ECOSOC Res. 117/V, 3 de marzo de 1948.
29. Schabas (2009²: 70). Cabe mencionar que, durante las discusiones del comité, su presidente fue informado de ciertos actos de genocidio que se estaban cometiendo contra la población musulmana de la India y que, en consecuencia, la delegación de Pakistán señaló la necesidad de apresurar la preparación de la Convención. *Cf.* UN Doc. E/AC.25/9, 14 de abril de 1948.
30. UN Doc. E/AC.25/1, 1° de abril de 1948.
31. UN Doc. E/AC.25/7, 7 de abril de 1948.
32. UN Doc. E/AC.25/SR.1, 7 de abril de 1948.
33. UN Doc. E/AC.25/SR.3, 6 de abril de 1948.
34. Schabas (2009²: 73).

En primer lugar, cabe señalar que, con relación a los individuos pasibles de cometer genocidio, el comité *ad hoc* adoptó la propuesta del delegado soviético que disponía que podrían ser condenados aquellos que cometieran el crimen de genocidio en alguna de las formas previstas por la Convención, incluso cuando se tratara de los jefes de Estado, funcionarios públicos o individuos privados.[35]

En segundo lugar, y de particular interés para esta investigación resulta la discusión acerca de la intervención del Estado en la comisión del crimen de genocidio. Por un lado, el delegado norteamericano propuso que el genocidio requiriera siempre el involucramiento o complicidad del gobierno, sea por comisión u omisión, a los fines de que pudiera considerarse un crimen internacional, aclarando que ello no equivalía a eximir de responsabilidad a aquellos individuos que no estuvieran directamente involucrados con el gobierno.[36]

Por otra parte, el delegado francés sugirió que la noción de complicidad del gobierno podía entenderse en un sentido amplio, incluyendo la garantía de impunidad para el grupo que cometiera el genocidio. En este sentido, señaló que debían ser castigados no solamente los perpetradores, sino también las autoridades gubernamentales cuando hubieran sido cómplices, aunque, al mismo tiempo, observó que el crimen podía ser cometido sin la intervención de un Estado. En el último caso se trataría de un delito sancionado por el derecho interno, mientras que en el primero, de un crimen de derecho internacional. Agregó que los crímenes de los nazis y los fascistas fueron cometidos por el Estado y que el genocidio, como crimen internacional, debía ser repudiado porque se cometía con la complicidad del Estado o era posible por su inacción.[37]

Los delegados del Líbano y de la Unión Soviética entendieron que la intervención del gobierno no era un requisito *sine qua non* para que se configurase el genocidio. El delegado libanés, por ejemplo, señaló que acordaba con el delegado soviético en considerar que era posible que un Estado no resultara responsable por un genocidio cometido en su territorio, pero a la vez admitió que los ejemplos más horribles del genocidio eran aquellos preparados por los gobiernos, pues estos se encontraban en una posición de organizar masacres a gran escala.[38]

El borrador preparado por el comité *ad hoc* fue adoptado por cinco votos a favor, uno en contra (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) y una abstención (Polonia),[39] junto con el Informe del comité confeccionado por el relator, el delegado libanés.[40] Allí nada se decía sobre la intervención del Estado como sujeto ni sobre su responsabilidad. Surge entonces que en el comité *ad hoc* prevaleció la idea de que se trataba de prevenir y sancionar conductas cometidas por individuos y

35. UN Doc. E/AC.25/SR.18, 26 de abril de 1948.
36. UN Doc. E/AC.25/SR.4, 15 de abril de 1948.
37. UN Doc. E/AC.25/SR.7, 20 de abril de 1948.
38. UN Doc. E/AC.25/SR.7, 20 de abril de 1948.
39. UN Doc. E/794, 24 de mayo de 1948.
40. UN Doc. E/794, 24 de mayo de 1948.

que, a lo sumo, el rol del Estado aparecía como un elemento de análisis de dichas conductas, razón por la cual se incluyó dentro de la categoría de los individuos que podían ser castigados por la comisión del crimen de genocidio a los jefes de Estado y a los funcionarios públicos, junto con los individuos privados.[41]

De conformidad con el mandato del ECOSOC, el borrador preparado por el comité *ad hoc* fue enviado a la Comisión de Derechos Humanos en junio de 1948, que estableció un subcomité. Sin embargo, como se encontraba muy ocupada preparando el texto que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos –que se aprobaría un día después de la Convención contra el genocidio– le prestó poca atención al texto y lo reenvió al ECOSOC con la consideración de que debía ser tratado de forma urgente.[42]

En agosto de 1948, el ECOSOC discutió brevemente el borrador[43] y lo remitió a la Asamblea General sin cambios.[44] El 24 de septiembre, la Asamblea General lo envió al Sexto Comité para su discusión junto con dos resoluciones vinculadas a la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional y de la aplicación de la Convención en los territorios dependientes de los Miembros de la ONU.[45]

1.4. El trabajo del Sexto Comité de la Asamblea General

El Sexto Comité debatió el borrador del comité *ad hoc* entre el 28 de septiembre y el 2 de diciembre de 1948.[46] Durante el debate, algunas delegaciones propusieron que se enviara el borrador a la Comisión de Derecho Internacional, pero otras señalaron que se trataba de una táctica de demora o indicaron que, en razón de la urgencia de la cuestión, no había tiempo suficiente,[47] por lo que finalmente no prosperó.[48]

41. E/794, artículo V.

42. Schabas (2009²: 76-77). El borrador de Convención también fue analizado por la Comisión sobre Drogas Narcóticas, pues había varios Estados que sostenían que estas podían usarse para exterminar pueblos. De hecho, mencionaron las acciones de la ocupación japonesa en el noreste de China donde se usaron drogas narcóticas para debilitar y afectar el bienestar físico y mental de la población. *Cf.* E/799. Esto fue mencionado por el delegado chino ante el comité *ad hoc* del ECOSOC. *Cf.* UN Doc. E/AC.25/SR.28, 9 de junio de 1948.

43. UN Doc. E/SR.218, 26 de agosto de 1948 y UN Doc. E/SR.219, 26 de agosto de 1948.

44. ECOSOC Resolución 153 (VII), 26 de agosto de 1948.

45. Schabas (2009²: 78).

46. UN Doc. E/800 (24/05/1948-18/06/1948); Schabas (2009²: 78).

47. Ello fue señalado, por ejemplo, por la delegación norteamericana, que agregó que, en todo caso, siempre se le podría enviar el proyecto para que lo sume a su trabajo sobre el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. *Cf.* UN Doc. A/C.6/SR.63, 30 de septiembre de 1948.

48. Schabas (2009²: 78-79).

Durante las discusiones, fue el Reino Unido el que de manera más clara sostuvo la necesidad de incluir expresamente en la Convención la responsabilidad internacional del Estado, junto con la responsabilidad del individuo, por la comisión del crimen de genocidio. Como se verá, la propuesta original de mencionar al Estado dentro de los sujetos pasibles de cometer el crimen en el artículo V (actual artículo IV) no tuvo éxito, en parte debido a los desacuerdos y confusiones relacionados con el alcance y naturaleza de esa responsabilidad. Sin embargo, la referencia a la responsabilidad internacional del Estado fue finalmente incluida en la cláusula compromisoria que le otorga jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia sobre las disputas relacionadas con la Convención (actual artículo IX).

La primera vez que el Reino Unido, apoyado por los Estados Unidos, propuso incluir la responsabilidad del Estado fue durante la discusión del artículo I, sugiriendo que la disposición estableciera que el genocidio sería considerado una violación de la Convención.[49] Asimismo, afirmó que dicho artículo debería establecer que los Estados partes en la Convención se obligarían a no cometer genocidio, a prevenirlo y a sancionarlo.[50]

El delegado holandés se opuso a ello por entender que la Convención solamente podía ser violada por sus partes y, como el genocidio podía ser cometido por individuos, sería incorrecto entonces plantear que los individuos violarían la Convención en caso de cometerlo.[51]

En el momento de discutir el contenido del artículo II –en el que se definía el crimen–, en particular con relación a la cuestión de la inclusión de los grupos políticos, el Reino Unido reiteró que el genocidio no podía cometerse sin la connivencia del Estado y que había que distinguir entre el genocidio cometido por un individuo y el cometido por el Estado.[52]

Por su parte, la delegación francesa presentó una propuesta para que el artículo II dispusiera que el crimen de genocidio debía ser cometido, alentado o tolerado por las autoridades estatales ("*state rulers*") porque sostenía que el concepto de genocidio se encontraba relacionado con la acción o la abstención culpable de un Estado.[53] El delegado norteamericano señaló que el término "tolerado" por el Estado debía interpretarse en el sentido de que el Estado debió haberse abstenido de tomar los pasos necesarios para prevenir el exterminio de grupos humanos o no haber hecho nada en su poder para sancionar a aquellos que lo cometieron

49. UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948. El texto del proyecto de artículo I preparado por el comité *ad hoc* del ECOSOC era el siguiente: "Genocide is a crime under internacional law whether committed in time of peace or in time of war". *Cf.* UN Doc. E/794, 24 de mayo de 1948.

50. UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948.

51. UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948.

52. UN Doc. A/C.6/SR.69, 7 de octubre de 1948.

53. UN Doc. A/C.6/SR.78, 19 de octubre de 1948.

y, en ese sentido, se encontraba a favor de la propuesta.[54] De forma similar, el delegado de Haití afirmó que el genocidio resultaba imposible sin la participación del gobierno.[55] Por su lado, el delegado de Cuba señaló que el genocidio podía ser cometido por gobiernos o por individuos. En el primer caso, siempre se requeriría el elemento de premeditación.[56] El delegado yugoslavo compartió la posición francesa, pero, al mismo tiempo, reconoció que podía resultar difícil probar que un gobierno cometió o toleró el crimen de genocidio y, por lo tanto, votaría en contra.[57]

El delegado del Reino Unido, si bien reconoció que el genocidio podría ser cometido por actores no estatales, sostuvo que los supuestos presentados por Francia resultaban ser los más graves. Por eso, afirmó que el proyecto de Convención no podía dejar de mencionar la responsabilidad del Estado por los actos de genocidio perpetrados en su territorio y su responsabilidad internacional por los actos de genocidio cometidos por el propio Estado. Así, observó que la propuesta francesa presentaba dos cuestiones: a) la obligación del Estado de prevenir que ocurra un genocidio en su territorio, y b) la responsabilidad del Estado por su propia conducta comisiva de un genocidio que debía ser establecida por un tribunal internacional, como la Corte Internacional de Justicia. [58]

Otros Estados, como Pakistán, Irán y Egipto, señalaron que el crimen de genocidio podría ser también cometido por organizaciones no estatales, como los grupos terroristas.[59] Venezuela, por su parte, observó que la propuesta francesa no era clara respecto del significado de "autoridades estatales", ya que ello podría referirse al Estado por sí mismo, o al gobierno completo, o solo al Parlamento.[60] Otro grupo de Estados, como Uruguay, la Unión Soviética y Filipinas, consideraron que la propuesta reducía excesivamente el ámbito de aplicación de la Convención.[61]

La enmienda al artículo II propuesta por Francia fue finalmente ampliamente rechazada por 40 votos en contra, 2 a favor y 1 abstención.[62]

Durante la discusión del artículo IV del proyecto presentado por el Comité *Ad Hoc* (actual artículo III), en el que se enumeraban los actos que serían castigados[63]

54. UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948.
55. UN Doc. A/C.6/SR.74, 13 de octubre de 1948.
56. UN Doc. A/C.6/SR.73, 13 de octubre de 1948.
57. UN Doc. A/C.6/SR.80, 21 de octubre de 1948.
58. UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948.
59. UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948.
60. UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948.
61. UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948; UN Doc. A/C.6/SR.80, 21 de octubre de 1948.
62. UN Doc. A/C.6/SR.80, 21 de octubre de 1948.
63. Se traduce "*punishable*" como "castigados" porque es el término que se utiliza en la traducción oficial del actual artículo III de la Convención de 1948.

como genocidio ("*punishable acts*"), el delegado de Reino Unido observó que el término "*punishable*" sugería la idea de un castigo a los individuos, ya que los Estados no podían ser "castigados". Así, se preguntó si ello era apropiado en una convención sobre un crimen que consuetudinariamente es cometido por Estados, gobiernos o instituciones gubernamentales. Al respecto, el delegado de la Unión Soviética señaló que, si se disponía que ciertos actos podían ser castigados, entonces ello implicaba que eran ilícitos. Por su lado, el presidente del Sexto Comité (el delegado del Panamá) afirmó que no era necesario someter a voto la primera oración del artículo, pues solo tenía valor introductorio.[64]

El Reino Unido también había presentado una enmienda al proyecto de artículo V (actual artículo IV) en la que proponía agregar al texto que la responsabilidad criminal por el crimen de genocidio se extendería a los Estados y gobiernos,[65] o a órganos o autoridades del Estado o de gobiernos que cometieran dichos actos que, cuando fueren cometidos por o en nombre del Estado o del gobierno, constituirían una violación de la Convención.[66] El proyecto de artículo V presentado por el comité *ad hoc* del ECOSOC disponía que todas las personas que cometieran genocidio serían castigadas, incluidos los jefes de Estado –o gobernantes– ("*Heads of State*").[67] Esta disposición reflejaba uno de los principios que surgían del enjuiciamiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

A fin de justificar su propuesta, el Reino Unido señaló que lo más probable era que el genocidio fuera cometido por un Estado o por un gobierno y, como no existían muchas posibilidades de que los individuos que actuasen en su nombre fuesen juzgados por los tribunales de ese Estado, entonces resultaba necesario disponer que esos actos constituían violaciones a la Convención.[68] En este sentido, el representante británico afirmó que, en realidad, la responsabilidad penal era del Estado o el gobierno, por lo que no era necesario decir que serían castigados los jefes de Estado, ya que estaban incluidos dentro de dichos conceptos. Cabe señalar que, durante el debate, el delegado británico debió retirar de su propuesta la referencia a la responsabilidad criminal, ya que ello había generado una serie de confusiones respecto del alcance real de la posición del Estado. En apoyo de la enmienda agregó que, como resultaba imposible imponer un castigo en el sentido real de la palabra al Estado o al gobierno, debía establecerse que

64. UN Doc. A/C.6/SR.84, 26 de octubre de 1948.

65. El delegado británico, Gerald Fitzmaurice, aclaró que incluyeron los dos términos, Estado y gobierno, porque ambos eran utilizados indistintamente.

66. UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948.

67. El actual artículo IV se refiere a los gobernantes, los funcionarios o los particulares. La versión en inglés dice "*constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals*", mientras que la versión en francés menciona a los "*gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers*".

68. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948; UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.

los actos de genocidio constituirían violaciones a la Convención cuando fuesen cometidos por el Estado o el gobierno y, en esos casos, otorgarle jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia.[69] Consideró que en el supuesto de que el crimen de genocidio fuera cometido por un jefe de Estado o primer ministro resultaba casi imposible que su Estado permitiera que estos fueran juzgados por un tribunal penal internacional.[70] Por ello, se debía recurrir a la Corte Internacional de Justicia que podría ordenar el cese del acto de genocidio y el pago de reparaciones a las víctimas.[71]

Las reacciones de las demás delegaciones fueron diversas y muchas de ellas dan cuenta del disenso y falta de claridad relativos al alcance de la responsabilidad del Estado en el derecho internacional y a su relación con la responsabilidad del individuo.

Por un lado, varios Estados señalaron que no consideraban que la responsabilidad internacional de Estado pudiera ser de carácter penal y que el crimen de genocidio solamente podía ser cometido por individuos, no por personas jurídicas. Por ejemplo, el delegado sueco sostuvo que resultaba inapropiado desde un punto de vista jurídico hablar de responsabilidad penal del Estado o del gobierno, pues, en esos supuestos, correspondería el pago de reparaciones a las víctimas y que, en todo caso, estaba preparado para discutir la inclusión de una cláusula en ese sentido.[72] En la misma línea, el representante dominicano manifestó que se debía oponer porque su sistema jurídico no preveía la posibilidad de que las entidades pudieran cometer un crimen, cuestión que también fue señalada por el delegado brasileño. El representante norteamericano acordó con el principio de que el genocidio no podía ser cometido por entidades jurídicas, como el Estado o el gobierno, sino solamente por individuos, pero afirmó que el fin de la Convención era castigar a tales individuos y no prever métodos de compensación económica.[73]

Al respecto, el representante de Francia manifestó que, si bien podría preverse una responsabilidad de tipo financiera, el derecho francés no reconocía la responsabilidad penal de Estados o gobiernos. Agregó que, aunque prefería mantener el alcance de la definición restringido a actos cometidos por las autoridades estatales, no tenía problemas en subrayar el principio de la responsabilidad del gobierno por los actos de genocidio. Por otro lado, consideró que el texto propuesto resultaba confuso, pues parecía sugerir que, si los actos de genocidio no eran cometidos por Estados o por gobiernos, no podían ser considerados una violación a la Convención. Por ello, se opuso a la enmienda, al igual que Estados Unidos y Venezuela.

69. UN Doc. A/C.6/SR.92, 4 de noviembre de 1948.
70. UN Doc. A/C.6/SR.93, 6 de noviembre de 1948.
71. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.
72. UN Doc. A/C.6/SR.92, 4 de noviembre de 1948.
73. UN Doc. A/C.6/SR.93, 6 de noviembre de 1948.

El delegado venezolano señaló, además, que también reconocía que el Estado podía ser responsable a nivel internacional, pero que la única consecuencia sería el pago de una reparación material, sin ningún carácter punitivo. Asimismo, hizo referencia al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, subrayando que no enjuició al pueblo alemán ni al gobierno, sino a individuos.[74] El delegado norteamericano y el delegado soviético también consideraron que el texto era ambiguo y que su propósito no resultaba claro.[75] Del mismo modo, planteando una crítica a la redacción de la enmienda, se expresó el delegado de Irán, quien manifestó que, si bien acordaba con la responsabilidad civil de los Estados y con la necesidad de otorgarle un rol a la Corte Internacional de Justicia en materia de genocidio, se oponía a la redacción de la enmienda porque parecía decir que el Estado podía cometer un crimen y, en su opinión, solamente podía hablarse de la responsabilidad del Estado por no sancionar a quienes hubieran cometido genocidio.[76]

El representante de Egipto explicó que se oponía a la propuesta porque si el artículo V incluiría gobiernos o Estados, entonces debía extenderse a otras personas jurídicas. El delegado peruano indicó que no existía un tribunal penal internacional que pudiera tener jurisdicción sobre esos casos y que, en todo caso, el tema debía derivarse a la Comisión de Derecho Internacional.[77]

Resulta particularmente interesante para examinar la relación entre ambos regímenes de responsabilidad observar que el delegado canadiense se expresó en contra de la enmienda porque entendía que ella permitiría la invocación de la responsabilidad del Estado para excluir la responsabilidad del individuo y, además, que si un tribunal decidiera que ciertos miembros del gobierno resultaban responsables, no era adecuado accionar contra el gobierno en su conjunto,[78] planteando implícitamente una relación de exclusión entre ambas responsabilidades.

Por su lado, el representante de Panamá consideró que la propuesta de enmienda no agregaba ninguna disposición práctica al proyecto de artículo V, pues sostuvo que la Convención era un documento de derecho penal y no de derecho civil y que los Estados signatarios se obligaban a prevenir y a sancionar el genocidio. El representante de la India observó que, precisamente porque los Estados tenían las obligaciones de prevenir y sancionar, si cometieran genocidio, ello sería una violación de la Convención, pero que, de todas formas, la enmienda no debía ser incluida en el artículo V.[79]

Al respecto, el delegado del Reino Unido respondió que no importaba dónde fuera introducida su propuesta, sino que lo central era que la idea de la

74. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.
75. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.
76. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
77. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
78. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.
79. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.

responsabilidad de los Estados o de los gobiernos y de los individuos estuviera claramente expresada en la Convención.[80] Agregó que, si bien acordaba con que el artículo I de la Convención implicaba que los gobiernos no debían cometer genocidio, resultaba más adecuado incluirlo expresamente, precisamente en virtud de las confusiones que había generado en el seno del Comité.[81]

Entre los Estados que argumentaron a favor de la propuesta británica, cabe mencionar a Bélgica, cuyo delegado señaló que, si bien la Corte Internacional de Justicia no tenía competencia penal, podría intervenir en los casos en los que se estableciera el incumplimiento de un Estado de la obligación de castigar el crimen de genocidio y en controversias relacionadas con la responsabilidad directa de un Estado por la comisión de actos genocidas, así como también podría disponer medidas para que cesaran tales actos y se reparara el daño causado.[82] Observó además que se trataba de dos responsabilidades diferentes. Por un lado, la responsabilidad penal de los individuos por la comisión de actos de genocidio y, por el otro, la responsabilidad internacional de los Estados o gobiernos por la violación de un tratado internacional.[83] El delegado de Siria entendió que se trataba de una responsabilidad internacional de naturaleza civil y aceptaba la propuesta. En el mismo sentido, el delegado boliviano señaló que la enmienda aportaría claridad al Preámbulo en cuanto se refería a las obligaciones del Estado. Por su parte, el representante cubano consideró importante la enmienda para permitir la intervención de la Corte Internacional de Justicia y de otros órganos de las Naciones Unidas.[84]

En apoyo a la enmienda, con gran lucidez, el delegado de Luxemburgo observó que se habían presentado dos objeciones. La primera se relacionaba con el hecho de que los actos físicos del genocidio solo podían ser cometidos por individuos, mientras que la segunda sostenía que los gobiernos y los Estados no eran susceptibles de ser castigados penalmente. Con respecto a la primera objeción, observó que, en realidad, todos los actos de los Estados o gobiernos podían ser reducidos a actos de individuos, y que los actos del Estado no eran los actos individuales, sino los actos del sistema y que, por ello, el genocidio siempre era cometido a gran escala. Las decisiones no eran tomadas por un individuo, sino por la concurrencia de voluntades. La responsabilidad, entonces, era del sistema. Con respecto a la segunda crítica, señaló que existía otro tipo de sanciones no penales que podían ser aplicadas a los Estados, como la disolución de la política criminal o la incautación de bienes o recursos financieros pertenecientes al gobierno responsable. Así, se trataba de que la Convención reconociera que ciertos

80. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
81. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
82. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.
83. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
84. UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948.

actos de los individuos solo podían ser cometidos con la connivencia del Estado. En el mismo sentido se expresó el delegado ecuatoriano quien, además, afirmó que la comisión de genocidio por parte de los Estados configuraba una violación de la Convención y entrañaba la aplicación de sanciones de tipo moral o de otro tipo, lo que podía tener fines disuasorios respecto de otros Estados.[85]

Finalmente, la propuesta de enmienda fue rechazada por un margen de diferencia muy pequeño: 24 votos en contra y 22 a favor.[86] Cabe destacar que, como surge del debate, algunas delegaciones explicaron que votaron en contra, no por oposición al principio que subyacía, sino por la forma en que había sido presentada, por objeciones a la redacción o por entender que el artículo V no era la disposición adecuada para incluirlo.

La cuestión de la responsabilidad de los Estados surgió nuevamente durante la discusión del proyecto de artículo VII (actual artículo VI). Este artículo se refiere a quiénes podrían ejercer jurisdicción sobre las personas acusadas de cometer genocidio.[87] El Reino Unido sostuvo que los tribunales nacionales debían tener jurisdicción sobre el crimen cuando los acusados fuesen individuos privados, mientras que un tribunal internacional intervendría en los casos en los que el crimen hubiera sido cometido por un gobierno, lo que fue apoyado por la delegación de Egipto y la delegación de Bolivia. En el mismo sentido, el delegado holandés señaló que había que distinguir entre la responsabilidad del Estado y la del individuo, pues respecto de la primera existía un tribunal internacional que podía ejercer jurisdicción –que no era de naturaleza penal ya que el derecho internacional no reconocía la responsabilidad penal de los Estados– mientras que no existía una jurisdicción similar respecto de los individuos. Por ello, sugirió que la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad de los individuos fuesen tratadas en dos artículos diferentes o, a lo sumo en dos párrafos diferentes del artículo VII.[88] En esa línea, el representante de Polonia señaló que la responsabilidad por el crimen de genocidio era doble e involucraba tanto a los individuos como a los Estados. En el último supuesto, la responsabilidad podría ser directa, por la comisión de genocidio, o indirecta, cuando el Estado hubiera asistido o alentado ("*aid and abet*") o tolerado a comisión de dicho crimen.[89]

Por su parte, el delegado francés señaló que era imposible que la Corte Internacional de Justicia se pronunciara en casos sobre genocidio cometido por

85. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.

86. UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.

87. El actual artículo VI dispone: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".

88. UN Doc. A/C.6/SR.97, 9 de noviembre de 1948.

89. UN Doc. A/C.6/SR.98, 10 de noviembre de 1948.

Estados o gobiernos porque la Corte no tenía competencia sobre asuntos penales.[90] Al respecto, el representante de Bélgica observó que el hecho de que la Corte Internacional de Justicia no tuviera competencia sobre individuos había llevado a algunas delegaciones a sostener que, por lo tanto, no podría cumplir ningún rol con relación al genocidio, aun reconociendo que su comisión casi siempre entrañaba alguna complicidad del Estado. En este sentido, afirmó que ello daba cuenta de una concepción limitada, pues, por ejemplo, la Corte sí podría intervenir en casos en los que un Estado no hubiera prevenido el crimen de genocidio.[91]

El delegado norteamericano señaló que la propuesta del Reino Unido no tenía sentido porque ya había sido rechazada la relativa al artículo V y, por lo tanto, consideraba que las entidades jurídicas como el Estado no podían ser incluidas en la lista de aquellos que podían ser responsables por la comisión del genocidio.[92]

La referencia a la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio fue finalmente incluida en la cláusula compromisoria incluida en el artículo X (actual artículo IX). Para la discusión de su borrador, el Reino Unido y Bélgica habían presentado una propuesta de enmienda conjunta en la que se disponía que cualquier controversia relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención, incluidas las disputas relativas a la responsabilidad del Estado por cualquiera de los actos considerados como genocidio, serían remitidas a la Corte Internacional de Justicia a solicitud de cualquiera de los Estados partes.[93] La razón de la propuesta se relacionaba con el hecho de que en el borrador de artículo VII se había eliminado la referencia a la Corte Internacional de Justicia y ambas delegaciones mantenían que la Convención habría estado incompleta si no se mencionaba expresamente la responsabilidad del Estado, máxime teniendo en cuenta que en la discusión todos los representantes habían reconocido que el Estado estaba casi siempre involucrado en los actos de genocidio. En esta oportunidad, el delegado del Reino Unido aclaró que se trataba de determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la Convención, que describió expresamente como de naturaleza civil y no penal,[94] modificando su posición original.

El delegado francés manifestó su acuerdo con la propuesta de enmienda, aunque había sugerido que la remisión a la Corte Internacional de Justicia fuera opcional en lugar de obligatoria. Aclaró que no estaba en contra del principio de la responsabilidad internacional del Estado por genocidio, siempre y cuando se tratara de una responsabilidad de tipo civil y no de naturaleza penal.[95]

90. UN Doc. A/C.6/SR.97, 9 de noviembre de 1948.
91. UN Doc. A/C.6/SR.98, 10 de noviembre de 1948.
92. UN Doc. A/C.6/SR.98, 10 de noviembre de 1948.
93. UN Doc. A/C.6/258, 10 de noviembre de 1948.
94. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.
95. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

Los representantes de Egipto, Brasil, Uruguay, Irán, Grecia, Bolivia y los Países Bajos estuvieron de acuerdo con la enmienda propuesta por el Reino Unido y Bélgica.[96] El representante de Grecia agregó que creía que la razón de las dudas de algunas delegaciones se debía a que la enmienda hacía referencia a los actos mencionados en el artículo II y IV del proyecto (actuales artículos II y III de la Convención) y que, como regla general, un Estado es responsable por los actos de genocidio cometidos en su territorio, lo que estaba cubierto por el artículo I.[97]

El delegado sirio introdujo un elemento de análisis relativo a las relaciones interjurisdiccionales argumentando que, como paso previo a la determinación de la responsabilidad de un Estado ante la Corte Internacional de Justicia, resultaba necesario, de manera previa, un pronunciamiento de un tribunal penal respecto de las autoridades o funcionarios de un Estado o a personas privadas con el fin de evitar un conflicto de jurisdicciones.[98]

De manera similar se expresó el representante de Haití, quien señaló que solamente podría establecerse la responsabilidad civil del Estado si antes mediaba la declaración de su culpabilidad. En ese sentido, aceptó el principio de responsabilidad civil respecto de las víctimas del crimen de genocidio, ya que sería ilógico que el Estado demandante reclamara el pago de daños a menos que las víctimas se beneficiaran de dicha compensación. Por eso, propuso como enmienda que se permitiera a los individuos víctimas del genocidio llevar un caso ante la Corte Internacional de Justicia,[99] lo que fue rechazado porque implicaba una modificación al Estatuto de la Corte.[100] La delegación haitiana decidió luego retirar su propuesta.[101]

En contra de la enmienda propuesta por el Reino Unido y Bélgica, el delegado filipino manifestó que estaba en desacuerdo con la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio porque de la naturaleza de la Convención se podía inferir que se trataba de una responsabilidad de carácter penal. Asimismo, agregó que no podía aceptar la idea de que todo un Estado fuera estigmatizado por actos cometidos por sus autoridades o funcionarios.[102] En una línea similar, el delegado de Pakistán se opuso por considerar que la expresión "responsabilidad del Estado" era demasiado abstracta para cuestiones de derecho penal, que requerían exactitud y claridad y, por lo tanto, cuestionaba la conveniencia de incluir

96. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

97. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

98. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948. Como se verá en este capítulo, este fue el argumento de Serbia en el caso ante la Corte Internacional de Justicia por la violación de la Convención contra el Genocidio presentado por Bosnia Herzegovina.

99. UN Doc. A/C.6/263, 12 de noviembre de 1948.

100. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948

101. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

102. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

una responsabilidad de tipo civil en un documento que solamente se refería a cuestiones penales.[103]

Otro de los argumentos utilizados para el rechazo de la enmienda se refería al modo de hacer cumplir la Convención. La delegación polaca se opuso a la enmienda porque entendía que existían otras medidas más adecuadas para castigar la comisión de genocidio y porque otros órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, se encontraban en una mejor situación para intervenir en esos casos. En sentido similar se expresó el representante de Checoslovaquia.[104] En esa línea, el delegado de la Unión Soviética rechazó la propuesta de enmienda por entender que no serviría para prevenir actos de genocidio o violaciones de la Convención, y porque, además, parecía que tenía como fin imposibilitar que los Estados sometieran un reclamo por genocidio ante la Asamblea General o el Consejo de Seguridad y, así, impedir que las Naciones Unidas adoptaran acciones rápidamente.[105] Señaló que el exterminio masivo de un grupo humano no podía ser calificado como una disputa entre partes en la Convención y que la Corte Internacional de Justicia no era el órgano competente para considerar situaciones que pusieran en riesgo el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que no contaba con los medios para prevenir el genocidio.[106]

Por su parte, el representante de la República Dominicana consideró que la enmienda no era necesaria porque la Corte Internacional de Justicia ya contaba con jurisdicción para intervenir en dispuestas interestatales.[107]

Esta vez, la propuesta de enmienda fue aceptada por una amplia diferencia de 23 votos a favor, 13 en contra y 8 abstenciones.[108]

El delegado chino explicó que se había abstenido porque, a pesar de aprobar la idea de someter controversias ante la Corte Internacional de Justicia, no creía que el concepto de responsabilidad del Estado debía estar incluido en la Convención.[109]

Luego de la discusión plenaria, el Sexto Comité decidió establecer un comité de redacción formado por Australia, Bélgica, Brasil, Checoslovaquia, China, Egipto,

103. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

104. UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

105. El delegado del Reino Unido luego aclaró que la enmienda propuesta no impedía la remisión del caso al Consejo de Seguridad ni a cualquier otro órgano competente de las Naciones Unidas. *Cf.* UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948. De hecho, para despejar toda duda, votó a favor de una enmienda propuesta por Australia que disponía que cualquier parte de la Convención podía recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que tomaran medidas de conformidad con la Carta para la prevención y represión de actos de genocidio (actual artículo VIII). *Cf.* UN Doc. A/C.6/SR.105, 13 de noviembre de 1948.

106. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

107. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

108. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

109. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.

Estados Unidos, Francia, Irán, Polonia, el Reino Unido, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Uruguay.[110] El 23 de noviembre el comité de redacción presentó su borrador al pleno del Sexto Comité junto con tres borradores de resolución, una de las cuales se refería al estudio por parte de la Comisión de Derecho Internacional del establecimiento de un tribunal penal internacional.[111] El 29 de noviembre, el Sexto Comité comenzó la discusión del texto preparado por el comité de redacción. El delegado brasileño, que había actuado como presidente de dicho comité, señaló que la mayor parte de las discusiones había versado sobre el artículo V.[112]

Cuando el Sexto Comité evaluó el trabajo del comité de redacción se volvió a discutir el actual artículo IX, pues algunas delegaciones habían expresado dudas acerca de mantener el término "responsabilidad del Estado" en relación con las controversias que podrían someterse a la Corte Internacional de Justicia. Al respecto, el delegado norteamericano señaló que, si se refería a la responsabilidad civil por daños sufridos por sus nacionales, se debería oponer. Tampoco podía referirse a una responsabilidad de tipo penal porque eso había sido rechazado por el Comité y, si la referencia era a violaciones de tratados, entonces el término no agregaba nada.[113] Por el contrario, si el significado se vinculaba con la responsabilidad tradicional de un Estado frente a otro por los daños causados, entonces no tenía objeciones al respecto.[114] Por su lado, el representante de la India consideraba que el artículo generaría tensiones entre los Estados, pues permitiría acusaciones vagas.[115] Finalmente, no se incluyeron modificaciones a la cláusula compromisoria que había preparado el comité de redacción, y que fue redactada de la siguiente manera:

> 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. (destacado agregado).

En definitiva, y luego de dos años de negociaciones y de la intervención de dos órganos principales de las Naciones Unidas y diversos comités y subcomités,

110. UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948; UN Doc. A/C.6/SR.105, 13 de noviembre de 1948 y UN Doc. A/C.6/SR.108, 16 de noviembre de 1948. El delegado de Cuba fue remplazado por el delegado de Uruguay en la reunión del 16/11/1948.

111. UN Doc. A/C.6/288, 23 de noviembre de 1948. Al respecto, véase capítulo 2, apartado 2.3.a).

112. UN Doc. A/C.6/SR.128, 29 de noviembre de 1948.

113. UN Doc. A/C.6/SR.128, 29 de noviembre de 1948.

114. UN Doc. A/C.6/SR.133, 2 de diciembre de 1948.

115. UN Doc. A/C.6/SR.131, 1° de diciembre de 1948.

el borrador de Convención fue adoptado por el Sexto Comité por 30 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones.[116]

Resulta interesante señalar que, luego de la votación, el Reino Unido aclaró que, si bien no se oponía a la Convención, se había abstenido porque consideraba que, al concentrarse en la cuestión de la responsabilidad individual, se había elegido un enfoque incorrecto,[117] pues los únicos casos realmente graves eran aquellos que el gobierno cometía por sí mismo o en los que mediaba su complicidad activa o tolerancia deliberada. La Convención no contenía prácticamente ninguna disposición aplicable a esos supuestos y hasta parecía implicar que los gobiernos no cometían por sí mismos actos de genocidio.[118] En la misma línea, y si bien había votado a favor, el delegado francés lamentó que la definición de genocidio no mencionara el importante rol que juegan los gobiernos en su comisión.[119]

Así, surge de las discusiones en el Sexto Comité que la gran mayoría de los Estados no estaba en contra de la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio, sino que las objeciones planteadas se referían más bien a cuál era el lugar más adecuado en la Convención, a confusiones relativas al alcance de dicha responsabilidad y a su relación con la responsabilidad del individuo. En ese sentido, surge también que existían divergencias respecto de cuál era la razón de ser de la Convención, ya que algunos hacían hincapié en la necesidad de prevención del crimen de genocidio, mientras que otros, en el castigo penal a los individuos responsables. Cabe observar, como fuera indicado, que ello tuvo lugar antes de las discusiones de la CDI sobre la responsabilidad del Estado descritas en el capítulo 1 y que el tema se encontraba en una "infancia doctrinal".[120] Por lo tanto, varios de esos desacuerdos y confusiones hoy se encuentran saldadas o, al menos, se cuenta con una mayor claridad conceptual.

1.5. La adopción de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en la Asamblea General y su entrada en vigor

El 9 de diciembre fue remitida a la Asamblea General una resolución con el texto de la Convención anexado. En el pleno, algunos Estados, como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Venezuela, intentaron plantear cuestiones que

116. UN Doc. A/C.6/SR.132,1° de diciembre de 1948.
117. Schabas (2009²: 89).
118. UN Doc. A/C.6/SR.132, 1° de diciembre de 1948.
119. UN Doc. A/C.6/SR.133, 2 de diciembre de 1948.
120. Kolb (2009a: 411).

ya habían sido rechazadas en las instancias anteriores sin éxito.[121] La Convención fue entonces adoptada ese mismo día por votación nominal, por 56 votos a favor y ninguno en contra.[122] Luego de una gran cantidad de borradores, el crimen de genocidio quedó definido de la siguiente manera:

> (…) cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
> a) Matanza de miembros del grupo;
> b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
> d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
> e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Actualmente, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio cuenta con 153 Estados partes.[123] Entró en vigor el 12 de enero de 1951 una vez que alcanzó los 20 instrumentos de ratificación requeridos por el artículo XIII.

A pesar de que la Convención fue adoptada sin votos en contra, varios Estados realizaron reservas a algunas disposiciones. Ello fue observado por la Corte Internacional de Justicia, quien señaló que, a pesar de la unanimidad de su adopción, debía tenerse en cuenta que cada artículo en particular fue votado de forma individual y aprobado por distintas mayorías, lo que, en opinión del tribunal, explicaba la cantidad de reservas recibidas.[124]

Entre las disposiciones más reservadas se encuentra la cláusula compromisoria del artículo IX[125] que, como se verá en el próximo apartado, fue uno de los fundamentos utilizados para afirmar que la Convención prevé la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio. Sin embargo, cabe observar que esto

121. UN Doc. A/PV.178, 9 de diciembre de 1948 y UN Doc. A/PV.179, 9 de diciembre de 1948.

122. UN Doc. A/PV.179, 9 de diciembre de 1948.

123. UNTS Vol. 78, p. 777. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

124. La cuestión de las reservas fue analizada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951. Se trató de un análisis general del régimen de reservas, sin entrar en ninguna reserva u objeción en particular. *Cf.* Corte International de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,* p. 22.

125. Esta reserva continua vigente respecto de Algeria, Bahrain, Bangladesh, China, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, India, Malasia, Marruecos, Montenegro, Serbia, Singapur, Venezuela, Vietnam, Yemen. Resulta interesante señalar que, en su reserva, Vietnam aclaró que, en el caso de los Estados criminales, su consentimiento no era necesario ("the consent of the parties to the disputes except the criminals is diametrically necessary for the submission of a given dispute to the International Court of Justice for decisión").

no implica necesariamente una oposición a tal responsabilidad, ya que lo que buscan las reservas es excluir la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia[126] o requerir el consentimiento expreso de todas las partes en la disputa, sin hacer mención de la cuestión de la responsabilidad que fue discutida durante las negociaciones. Filipinas es el único Estado que incluyó una declaración relativa al tema al momento de ratificar la Convención, el 7 de julio de 1950, en la que manifestó que no consideraba que el artículo IX extendiera el concepto de responsabilidad del Estado más allá de los principios generalmente aceptados del derecho internacional,[127] pero ello tampoco puede interpretarse como una limitación a la responsabilidad de Estado por genocidio, pues solamente sujeta la interpretación de la cláusula a la noción de responsabilidad estatal prevista por el derecho internacional.[128]

Asimismo, las reservas al artículo IX fueron objetadas por varios Estados, incluso de forma inequívoca como los Países Bajos, o consideradas como incompatibles con el objeto y fin de la Convención, como en el caso de Noruega o México. Finalmente, cabe indicar que varios de los Estados reservantes retiraron luego su reserva quedando así obligados por el artículo IX,[129] por lo que actualmente, el número de reservas ha disminuido considerablemente.

La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado de las reservas a este artículo en el caso de las *Actividades Armadas en el territorio del Congo*. Allí entendió que tales reservas no eran contrarias al objeto y fin de la Convención porque su propósito era solamente excluir un método particular de resolución de controversias,[130] lo que refuerza el alcance limitado de las reservas, señalado *supra*. Cabe indicar, no obstante que, en una opinión separada conjunta, cinco jueces señalaron que resultaba preocupante que un Estado pudiera protegerse del escrutinio judicial internacional a través de una reserva, ya que así le demostraría al resto de la

126. Muchos Estados reservantes que formaban parte del bloque soviético consideraban que la Corte Internacional de Justicia estaba dominada por los Estados del bloque occidental. *Cf.* Quigley (2006: 218).

127. UNTS Vol. 78, p. 777. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

128. Cabe señalar que el presidente Truman de los Estados Unidos, al presentar el texto de la Convención ante el Senado para su aprobación afirmó que el artículo IX debía entenderse en el sentido tradicional de la responsabilidad respecto de otro Estado por el daño sufrido por nacionales del Estado demandante en violación de los principios de derecho internacional y que no debía ser interpretado en el sentido de que un Estado pudiera ser responsable por daños sufridos por sus propios nacionales. *Cf.* Clearwater (2009: 11); Schabas (2009^2: 498).

129. Los Estados que retiraron la reserva al artículo IX son Albania, Belarús, Bulgaria, Checoslovaquia, España, Hungría, Mongolia, Polonia, Ruanda, Rumania, Ucrania, y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (hoy Federación Rusa).

130. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit., párr. 67.

comunidad que no tiene confianza en que nunca cometería un genocidio.[131] De todas maneras, consideraron que, aunque el arreglo judicial de controversias relacionadas con el crimen de genocidio era altamente deseable, el hecho de que algunos Estados reservaran el artículo IX no causaría el colapso del esquema de la Convención.[132] Asimismo, señalaron que, si bien la Corte no actúa como un mecanismo de monitoreo del cumplimiento de los Estados de las obligaciones de la Convención en el sentido de que los Estados no deben presentar informes periódicos, ese rol lo cumplen los Estados, quienes pueden recurrir al tribunal en caso de que estimen que alguna parte no cumpla con sus disposiciones.[133] Por lo tanto, sostuvieron que la compatibilidad de las reservas al artículo IX con el objeto y fin del tratado debería ser revisado por la Corte.[134]

Finalmente, cabe observar que en la opinión consultiva de 1951 la Corte Internacional de Justicia definió la Convención contra el Genocidio como un tratado con vocación universal basado en principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para todos los Estados, aun sin una obligación convencional, que busca la cooperación internacional para liberar a la humanidad del flagelo odioso del genocidio. Resaltó, asimismo, sus objetivos puramente humanitarios y civilizadores para salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y apoyar principios elementales de moralidad. En consecuencia, afirmó que, respecto de este tipo de tratados, los Estados no tienen intereses propios ni se puede hablar de ventajas o desventajas individuales, sino que existe un interés común en alcanzar esos objetivos.[135] Estas características la acercan a los tratados de derechos humanos e impactan en el análisis sobre la

131. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit. Opinión Separada Conjunta de la/os jueza/ces Higgins, Kooijmans, Elaraby Owada y Simma, párr. 25. Cabe observar que esta afirmación constituye una aceptación tácita del hecho de que el Estado tener responsabilidad por la comisión del genocidio, lo que sería decidido por la Corte al año siguiente.

132. *Idem,* párr. 26.

133. *Idem,* párr. 28. Al respecto, cabe señalar que el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial ha indicado su intención de asumir un rol en la prevención del genocidio, adoptando para ello, directrices e indicadores. *Cf. Declaration on the Prevention of Genocide*, 17 de octubre de 2005, CERD/C/66/1 y *Decision on follow up to the declaration on the prevention of genocide: indicators of patterns of systematic and massive racial discrimination*, 14 de octubre de 2005, CERD/C/67/1.

134. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit. Opinión Separada Conjunta de la/os jueza/ces Higgins, Kooijmans, Elaraby Owada y Simma, párr. 29.

135. Corte International de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23. La noción de un interés común ha sido interpretada como la base del concepto de obligaciones *erga omnes*. *Cf.* Shany (2009: 15). Si bien la opinión consultiva fue respondida por la Corte de manera abstracta, en realidad, las reservas que generaron la consulta se vinculaban con el artículo IX de la Convención *Cf.* Opinión Separada Conjunta de la/os jueza/ces Higgins, Kooijmans, Elaraby Owada y Simma

responsabilidad de los Estados por la comisión del crimen de genocidio, lo que será analizado más adelante.

2. El rol del Estado en la comisión del crimen de genocidio

Tal como surge del apartado anterior, sin perjuicio de la discusión sobre la responsabilidad del Estado, la Convención contra el Genocidio fue adoptada con un perfil primariamente penal y concebida por la gran mayoría de los Estados negociadores como un instrumento para establecer responsabilidad individual.[136] Asimismo, las primeras instancias de aplicación internacional jurisdiccional llevadas adelante por el TPIY y el TPIR se vincularon precisamente con esa perspectiva en el contexto del desarrollo del derecho internacional penal. De esta manera la evolución de la justicia penal internacional en materia de genocidio había desterrado de su discurso la responsabilidad del Estado y, en particular, la noción de crimen de Estado. Esta evolución responde a la idea de que los crímenes, como acción colectiva, son el resultado de la acción individual.[137]

Sin embargo, como fuera sostenido en el capítulo 2, al analizar la comisión de crímenes internacionales como el genocidio es casi imposible separar al individuo del contexto general, ya que estas conductas son a la vez de naturaleza individual y colectiva,[138] basadas en una estructura organizacional determinada.[139] Se trata de instancias de violencia colectiva a las que contribuye conjuntamente un grupo de personas,[140] producto de un proceso de interacción en una organización concreta, que transforma a los individuos en un colectivo.[141] Por ello, en este libro se ha adoptado el término "criminalidad sistémica", enunciado por Röling[142] y desarrollado por Nollkaemper,[143] quien lo describió como una situación en la que

en la sentencia de *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit., párr. 6.

136. Esta postura puede relacionarse con la postura sentada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg respecto de la aplicación de los artículos 9 y 10 de su Estatuto (véase capítulo 2, apartado 4.3 de este libro). En este sentido, se ha observado que, si el Tribunal hubiera mantenido la concepción original del artículo 9 sobre órganos criminales, podría haber servido de modelo para declarar a todo el Estado como criminal. *Cf.* Luban (2011: 81).

137. Nollkaemper (2010: 314).

138. Fletcher y Ohlin (2005:545).

139. Simpson (2009: 71).

140. Chouliaras (2010b: 68).

141. Chouliaras (2010b: 73-74).

142. *Cf.* Nollkaemper (2009: 16).

143. Véase, entre otros, Nollkaemper (2003); van der Wilt, Nollkaemper, Dolman, y Kleffner (2009).

entidades colectivas ordenan o alientan la comisión de crímenes internacionales, o permiten o toleran su comisión.[144] No se trata de un sistema criminal, sino de que la naturaleza de la criminalidad es sistemática.[145] En este contexto, el Estado es la forma más importante de entidad colectiva que puede estar involucrada en una criminalidad sistémica,[146] en particular, por la posibilidad de utilizar su aparato y burocracia en la comisión de estos crímenes. El Estado puede contribuir a la comisión de los crímenes de diferentes maneras, que pueden ir desde la asistencia material al establecimiento de una base normativa que la facilite.[147]

Sin embargo, la regulación de la responsabilidad internacional del Estado no ha sido suficiente para lidiar con las situaciones de criminalidad sistémica[148] y, al mismo tiempo, en estos casos, la determinación de la responsabilidad internacional de un individuo tampoco sería suficiente ya que se dejaría por fuera la contribución del Estado como persona jurídica en la comisión del crimen.[149]

En consecuencia, en este capítulo se volverá sobre la noción de crimen de Estado examinada en el capítulo 1 con relación a la responsabilidad internacional por el genocidio a fin de revisar la posibilidad de utilizar la regulación de la responsabilidad internacional en casos de criminalidad sistémica. Se trata de supuestos en los que el aparato estatal se transforma en todo o en parte para cometer tales crímenes.[150]

Como fuera señalado en el capítulo 2, una de las obras clásicas de la filosofía moderna que analiza la cuestión de la responsabilidad por crímenes de Estado es la obra de Karl Jaspers, *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*.[151] Allí, el filósofo alemán desarrolló cuatro tipos de responsabilidad a los fines de dilucidar el sentido del reproche: 1) la responsabilidad política, 2) la responsabilidad moral, 3) la responsabilidad metafísica y 4) la responsabilidad criminal.[152] La responsabilidad política se refiere a las acciones de los estadistas y de la ciudadanía de un Estado y establece que cada persona es corresponsable de cómo es gobernada y, por lo tanto, entraña la responsabilidad de todos los

144. Nollkaemper (2010: 316).

145. Nollkaemper (2009: 23).

146. Nollkaemper (2010: 318).

147. Nollkaemper (2010: 320).

148. Nollkaemper (2009: 20).

149. Cançado Trindade (2005: 259). Este magistrado cita como ejemplo los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. y *Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala*, cit, en los que se determinó que los crímenes se materializaron por la ejecución (planificada en los más altos niveles del poder público) así como el encubrimiento posterior de los hechos, la prolongada obstrucción de justicia y la impunidad de aquellos responsables. Al respecto, véase capítulo 1 de este libro.

150. Balint (2008: 313).

151. Véase capítulo 2, apartado 4.2 de este libro.

152. Jaspers (1998 [1965]: 53-54).

ciudadanos por las consecuencias de las acciones del Estado.[153] La jurisdicción sobre esta responsabilidad luego de un conflicto armado la tiene la potencia vencedora. La responsabilidad moral, por su parte, se refiere a las acciones que cada individuo realiza, que quedan en el marco de la propia conciencia[154] y cuya consecuencia sería el arrepentimiento y la renovación.[155] Por su lado, la responsabilidad metafísica se refiere a la solidaridad entre los hombres como tales y hace a cada uno responsable de todo agravio e injusticia en el mundo, en particular, si los crímenes suceden en su presencia o con su conocimiento. Esta responsabilidad se maneja a un nivel religioso, ya que Jaspers afirma que la instancia encargada de asegurarla es Dios.[156] Su consecuencia sería la autotransformación por medio de una acción interna.[157] Finalmente, la responsabilidad criminal se refiere a las acciones objetivamente demostrables que infringen leyes inequívocas, lo que debe establecerse ante un tribunal mediante un proceso formal[158] y cuya consecuencia es el castigo.[159]

De esta breve descripción, parecería que, como fuera señalado en el apartado 4 del capítulo 2, la categorización propuesta por Jaspers está pensada para ser aplicada a los individuos por los crímenes del régimen Nazi y no al Estado como tal. En efecto, Jaspers observó que "el halo de santidad en torno a las jerarquías estatales" ya no existía, pero que –siguiendo la línea del Tribunal de Nuremberg– eran las personas las que debían responder por sus actos, ya que "[l]los actos del Estado son *al mismo tiempo* actos personales" (resaltado agregado).[160]

Sin embargo, en su obra, Jaspers utiliza el adjetivo "criminal" para referirse al Estado, al que considera una carga para todo el pueblo,[161] afirmando que "Alemania ha cometido numerosos actos que (más allá de toda caballerosidad y *contra el derecho internacional público*) condujeron al extermino de poblaciones y a otras atrocidades" (resaltado agregado).[162] Al mismo tiempo, se refiere a la culpa colectiva como responsabilidad política de los ciudadanos[163] que parece definir como una "culpa compartida por los actos de los miembros de nuestra

153. Jaspers (1998 [1965]: 53-54). De forma similar, Amy Sepinwall ha sugerido que los ciudadanos norteamericanos tienen un compromiso con el Estado-nación al que pertenecen que sirve de base para considerarlos responsables por los actos de ese Estado-nación, por ejemplo, por los crímenes cometidos por Estados Unidos en Irak, *cf.* Sepinwall (2011: 236 y 239).
154. Jaspers (1998 [1965]: 53).
155. Jaspers (1998 [1965]: 57).
156. Jaspers (1998 [1965]: 54).
157. Jaspers (1998 [1965]: 57).
158. Jaspers (1998 [1965]: 53).
159. Jaspers (1998 [1965]: 57).
160. Jaspers (1998 [1965]: 77).
161. Jaspers (1998 [1965]: 73).
162. Jaspers (1998 [1965]: 74).
163. Jaspers (1998 [1965]: 80).

familia", como algo que no es objetivable.[164] A modo de ejemplo, afirma que los alemanes debían asumir la culpa de sus antepasados ya que compartían la culpa de que "en las condiciones espirituales de la vida alemana se diera la posibilidad de un tal régimen [nazi]", lo que, al mismo tiempo resalta, no es lo mismo que la absolutización de un pueblo.[165]

En consecuencia, si bien denota una fuerte influencia liberal y una concepción individualista de la responsabilidad,[166] la obra de Jaspers no se distancia completamente de una noción de culpa o responsabilidad colectiva. Al menos de forma implícita, reconoce algo similar a la identidad del grupo "los alemanes"[167] y, como ya se señaló, se refiere a un "Estado criminal".[168]

La vacilación respecto del alcance de la responsabilidad identificada en la obra de Jaspers puede provenir del dilema que plantea la comisión de crímenes masivos y sistemáticos por parte de un Estado que dan cuenta de una situación que va más allá de lo previsto por el derecho y que contradice la propia razón de ser del Estado, que es la protección de las personas bajo su jurisdicción.[169] Además, la propia estructura de la comunidad internacional dificulta la posibilidad de sancionar a los Estados.[170] Como señaló el TPIY, de conformidad con el derecho internacional, los Estados no pueden ser sometidos a sanciones similares a las que se disponen en los sistemas de justicia penal nacionales.[171]

Asimismo, determinar la responsabilidad del Estado no equivale a establecer la responsabilidad colectiva del pueblo.[172] En todo caso, como fuera mencionado en el apartado 4 del capítulo 2, se trata de una distribución de costos de la reparación a las víctimas, pero no de culpa,[173] que es, precisamente a lo que se oponía Jaspers, por relacionar el concepto de culpa con el derecho penal.[174]

164. Jaspers (1998 [1965]: 93).

165. Jaspers (1998 [1965]: 94).

166. Lang (2006: 111).

167. Lang (2006: 110).

168. En su libro *Eichmann en Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Hannah Arendt también usa las frases "Estados criminales" y "Estado fundado en principios criminales". *Cf.* Arendt (2000 [1963]: 439).

169. Al respecto, cabe recordar que la Corte de Distrito de Jerusalem en el caso *Eichmann* afirmó que un Estado que planifica e implementa una solución final no puede ser tratado como *par in parem*, sino como una banda de criminales. *Cf. Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann*, citado en Fournet (2007: 76).

170. Simpson (2009: 74). Esto ha sido descrito como un fetichismo del derecho internacional que ha llevado al rechazo de la categoría de "criminalidad estatal". *Cf.* Luban (2011: 77).

171. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Tihomir Blaskic", *Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber II of 18 July, 1997*, 29 de octubre de 1997, IT-95-14-ARI08bis, párr. 25.

172. Franck (2007: 570).

173. Franck (2007: 571); Mohamed (2009:384).

174. Darcy (2007: xx).

Así, la responsabilidad política identificada por Jaspers puede ser traducida al derecho internacional como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[175] y ser denominada responsabilidad organizacional.[176] En ese sentido, cabe señalar que Kelsen afirmó que la responsabilidad del Estado implica que sus ciudadanos son colectivamente responsables por los actos de los órganos.[177] Este tipo de responsabilidad, que ha sido llamada responsabilidad corporativa, entraña la asignación de responsabilidad al colectivo como tal y surge de atribuirle las conductas individuales,[178] idea que es, precisamente, la base misma de la responsabilidad estatal,[179] en particular, de la responsabilidad agravada prevista en los artículos 40 y 41 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional.[180]

La discusión que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, descripta en el capítulo 1, da cuenta de las dificultades existentes para regular las situaciones en las que el aparato estatal es utilizado para la comisión de crímenes internacionales y, por lo tanto, del rechazo que existe del concepto de criminalidad estatal, algo que también pudo observarse en la negociación de la Convención contra el Genocidio. Asimismo, la propuesta de los Estados Unidos de incluir como requisito explícito del crimen que el genocidio haya sido planificado por un gobierno fue rechazado.[181] Sin embargo, ninguna situación de violencia masiva o genocidio nace de manera espontánea, sino que requiere una planificación, en general de parte de un gobierno que viola gravemente los derechos humanos, por lo que el genocidio está vinculado intrínsecamente con la idea del Estado moderno.[182] En efecto, dada la naturaleza del crimen, es difícil concebir su comisión sin algún tipo de involucramiento o complicidad por parte del Estado.[183] Es por ello que el llamado estigma del genocidio puede persistir respecto del Estado, incluso cuando aquellos individuos responsables ya no ocupan ningún cargo.[184]

175. Darcy (2007: xvii).
176. Darcy (2007: xviii).
177. Kelsen (1943: 534).
178. van Sliedregt (2006: 108).
179. Gattini (2009: 102).
180. Bonafè (2009: 186).
181. E/AC.25/SR.4, 15 de abril de 1948.
182. Weiss-Wendt (2010: 81).
183. Martin (2000); Sreenivasa Rao (2005:77); Milanovic (2006: 603); Fournet (2007: 76); Schabas (2008a: 966); Smeulers y Haveman (2008:7); Asuncion (2009: 1220); Mohamed (2009: 390); Schabas (2009²: 491); Simpson (2009: 89); Chouliaras (2010b: 78); Webb (2013: 20); Anderson (2016: 85) y Aquilina y Mulaj (2018: 124).
184. Fletcher y Ohlin (2005:545).

De todas formas, como se verá en el análisis de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, uno de los problemas de la definición del genocidio es que no recepta esta naturaleza colectiva. De hecho, una de sus dificultades es que parece enfocarse en la naturaleza colectiva de las víctimas, el grupo que se busca eliminar total o parcialmente, pero nada dice acerca del colectivo de perpetradores. En ese sentido, cabe recordar que la Sala de Juicio del TPIY admitió, por lo menos teóricamente, la posibilidad de que una persona por sí sola albergase un plan para exterminar a un grupo entero sin que dicha intención esté apoyada por ninguna organización en la que tal persona participe, ya que la Convención no requiere la existencia de una organización o sistema que tenga un objetivo genocida como un ingrediente jurídico de la definición del crimen. Por ello, la Sala no descartó la posibilidad de que un individuo solitario busque destruir un grupo como tal, aunque en la práctica, la prueba de dicha intención sea más difícil de conseguir cuando no existan crímenes generalizados y no estén apoyados por una organización o sistema.[185] De todos modos, cabe señalar que esta postura no ha sido aplicada en ningún caso concreto, sino que, por el contrario, el contexto general del crimen de genocidio ha sido tenido en cuenta para su prueba y, como se verá en el próximo capítulo, ha sido incorporado dentro de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

Por lo tanto, a los fines de analizar el crimen de genocidio del Estado es necesario tener en cuenta su naturaleza colectiva y cómo ello se relaciona con la responsabilidad penal de los individuos cuya conducta puede ser, a su vez, atribuida al Estado. Asimismo, cabe señalar que la utilización de la burocracia estatal para cometer crímenes como el genocidio causa un daño en sí misma, diferente del causado por el crimen, pues afecta al funcionamiento de la sociedad y la legitimidad de las instituciones del Estado.[186]

Aun antes de la Segunda Guerra Mundial, algunos juristas como Donnedieu de Vabres, Pella y Saldana ya habían propuesto en el marco de la Asociación Internacional de Derecho Penal un código de crímenes internacionales en el que se preveían sanciones para los Estados calificados como criminales.[187] Actualmente, hay algunos/as autores/as que han sugerido posibles elementos de regulación de este fenómeno. Luban, por ejemplo, ha propuesto que, para que pueda hablarse de criminalidad estatal, debe darse una combinación de los siguientes elementos: la comisión generalizada de delitos, una mala cultura política, un involucramiento activo de los niveles más altos del aparato estatal y la complicidad de, al menos, una porción significativa del pueblo.[188] Jørgensen, por su parte, señala que los crímenes de Estado –noción que consideró como un principio emergente de

185. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10, párrs. 100-101.

186. Mohamed (2009: 392).

187. Bellivier, Eudes y Fouchard (2018: 226).

188. Luban (2011: 84).

derecho internacional–[189] tienen una especial gravedad por el involucramiento del aparato burocrático en la preparación de los crímenes, que impacta en su sistematicidad.[190] Desde la criminología, Chouliaras ha sugerido que el aspecto más característico del crimen de Estado es su dimensión estructural y organizacional, lo que significa que no puede ser completamente entendido solamente desde la agencia individual.[191] Finalmente, cabe mencionar a Feierstein, quien, desde la sociología, ha observado que los crímenes de Estado son cometidos por el propio aparato punitivo estatal.[192]

Como surge de los apartados anteriores, la discusión acerca del Estado como sujeto pasible de cometer genocidio no resultó saldada completamente durante la negociación de la Convención de 1948. Si bien la propuesta del Reino Unido de incluir una disposición expresa que se ocupara de ello fue objetada, este rechazo se basó en ciertas posiciones que no podrían ser catalogadas como contrarias *per se* a la noción de la prohibición para el Estado de cometer genocidio, sino que, más bien, respondían a una falta de claridad conceptual respecto del alcance de la responsabilidad del Estado en materia de genocidio.[193] Por otro lado, los Estados sí aceptaron la inclusión de la frase "responsabilidad del Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III" en la cláusula compromisoria, lo que, como se verá, fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia para justificar la existencia de una obligación estatal de no cometer genocidio.

Luego de su entrada en vigor, la Convención no tuvo una amplia aplicación y, por lo tanto, no es posible identificar una práctica conducente a esclarecer esta discusión. Sin embargo, es posible observar que, a lo largo de su trabajo –y particularmente en los Comentarios al Proyecto de Artículos presentado a la Asamblea General en 2001–, la CDI ilustró varias disposiciones con la Convención contra el Genocidio, mencionando no solo el artículo I, sino también los artículos II y III. Este hecho da cuenta de que consideraba que la responsabilidad de Estado podía surgir de la comisión del crimen. Así, por ejemplo, al comentar el artículo 15 referido a los hechos ilícitos compuestos, indicó que "la prohibición del genocidio, enunciada en idénticos términos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en instrumentos posteriores,

189. Jørgensen (2000: 279).

190. Jørgensen (2000: 112).

191. Chouliaras (2010a: 199).

192. Feierstein (2015b: 64).

193. A modo de ejemplo, cabe señalar que, de manera paralela a la discusión sobre la responsabilidad del Estado en la CDI, un Relator de la Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos sostuvo en un informe de 1978 que, de conformidad con el estado de desarrollo del derecho internacional penal, la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales solo podía ser de carácter político. *Cf.* Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Res. A/CN.4/Sub.2, 4 de julio de 1978, párr. 159.

puede considerarse como ilustrativa de una obligación 'compuesta'. Implica que la entidad responsable (*incluso un Estado*) ha adoptado una política o práctica sistemática" (resaltado agregado).[194] De forma similar, al comentar el artículo 40 referido a las violaciones graves de normas imperativas, ofreció el ejemplo de la prohibición de genocidio, no distinguiendo entre las obligaciones de prevenir y sancionar del artículo I, sino refiriéndose de forma general a "la prohibición",[195] que puede ser interpretada como la prohibición de cometer genocidio.

En contra de esta posición, el rechazo de la noción de crimen de Estado propuesta por Ago podría ser leído como una oposición a la responsabilidad del Estado por la comisión de genocidio. De hecho, muchas de las observaciones que se presentaron contra dicha propuesta[196] se relacionaban con la percepción de que la noción de crimen de Estado se oponía a la perspectiva clásica del derecho internacional, según la cual la responsabilidad del Estado nunca es de tipo penal, lo que replica varias de las objeciones presentadas por las delegaciones en la Sexta Comisión en 1948. En efecto, una de las razones que mayor peso tuvo en la decisión final de rechazar la propuesta fue la inconveniencia de utilizar expresiones del derecho penal en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados.[197] Sin embargo, como se verá, la Corte Internacional de Justicia siguió precisamente ese camino en sus sentencias de los casos de la Convención contra el Genocidio de 2007 y de 2015.

Finalmente, cabe indicar que, como fuera señalado, las primeras instancias de juzgamiento por el crimen tuvieron lugar en el ámbito de la responsabilidad internacional del individuo. Por lo tanto, fue necesario esperar casi 60 años para que un tribunal internacional se pronunciara acerca de la existencia de una obligación estatal de no cometer genocidio y, consecuentemente, de la posibilidad de establecer responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito del genocidio.

194. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 65. Véase también comentario al artículo 2, p. 35.

195. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 120.

196. Véase capítulo 1 de este libro. Por otro lado, algunos Estados como Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, sostuvieron que el crimen de agresión o el crimen de genocidio son perpetrados por individuos, pero pueden, al mismo tiempo, ser atribuidos al Estado en la medida en que normalmente son llevados a cabo por los órganos del Estado, lo que denotaba, en su opinión una cierta criminalidad organizada. Por ello, proponían la imposición de un pago de "una indemnización punitiva o sanciones que afecten a su dignidad". Al mismo tiempo, reconocieron que el término "crimen" referido a la actuación de un Estado se considera demasiado espinoso, por lo que proponían otras expresiones, como "infracción" o "infracción grave" de una obligación internacional. *Cf.* A/CN.4/488 y Add.1 a 3, *Yearbook of the International Law Commission (1993, Vol. II [1]),* p. 122.

197. Crawford (2002).

3. Las obligaciones del Estado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

Además de definir el crimen de genocidio, la Convención contra el Genocidio de 1948 impone a los Estados partes diversas obligaciones, como la de prevenir y sancionar su comisión (artículo I), la adopción de las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de sus disposiciones y el establecimiento de sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III (artículo V) y la de conceder la extradición cuando proceda, de conformidad con su legislación y los tratados vigentes (artículo VII). Se trata claramente de obligaciones impuestas a los Estados y no a los individuos.

Sin embargo, de ningún artículo surge expresamente que los Estados tengan, además, la obligación de no cometer el crimen de genocidio. En consecuencia, y a la luz del rechazo de la propuesta de enmienda del Reino Unido de incluir al Estado entre los sujetos pasibles de cometer genocidio durante la discusión de Sexto Comité en 1948, se sostenía que la Convención solo imponía la obligación de no cometer genocidio a los individuos, y no a los Estados. Recién casi 60 años después de la adopción del tratado, la Corte Internacional de Justicia afirmó, por primera vez, que del artículo I surge implícitamente la obligación para el Estado de no cometer el crimen, lo que será analizado en el apartado siguiente.

Con relación a las obligaciones que expresamente surgen del artículo I cabe señalar, en primer lugar, que durante la negociación de la Convención, las delegaciones expresaron de forma inequívoca que uno de los objetivos indiscutibles era la prevención de nuevos genocidios, pero no lograron explicitar claramente los mecanismos para lograrlo,[198] con excepción de una referencia general a "los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III", prevista en el artículo VIII, que no parece sumar demasiado a lo ya previsto por la propia Carta.

Si bien en la época en la que fue adoptada la Convención contra el Genocidio el derecho internacional de los derechos humanos se encontraba en un estado embrionario, puede pensarse que el deber de prevención del genocidio es similar al deber de prevenir violaciones de derechos humanos previstas en los tratados internacionales.[199]

198. Gattini (2007b: 700); Aquilina y Mulaj (2018: 128); Ventura (2019b: 164 y 166).

199. Seibert-Fohr (2009: 364); Aquilina y Mulaj (2018: 127). Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos incluido en el artículo 1.1. implica el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos. *Cf.* Corte

El contenido y alcance de la obligación de prevenir el genocidio fueron delineados por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2007. Allí afirmó que el cumplimiento de dicha obligación depende de la capacidad del Estado de influir de forma efectiva en las acciones de las personas que podrían cometer genocidio o que ya se encontraran cometiéndolo, y que eso varía de un Estado a otro.[200] Esa capacidad está sujeta a la distancia geográfica entre el Estado concernido y los eventos, a la fuerza de los vínculos políticos, y a la relación entre las autoridades estatales y los actores presentes en tales eventos.[201] A ello agregó un criterio jurídico, afirmando que, para prevenir el genocidio, el Estado solo puede actuar dentro de los límites del derecho internacional. Asimismo, señaló que no se trata de una obligación de resultado, en el sentido de que no se le exige tener éxito en la prevención de la comisión del crimen, sino que lo que debe hacer es usar todos los medios razonablemente a su alcance, adoptando así un deber de debida diligencia que debía ser analizado en cada caso en concreto.[202] Por otro lado, indicó que solo se considera que existe una violación del deber de prevención si el genocidio se ha cometido,[203] siguiendo lo establecido por el artículo 14.3 de los Artículos de la CDI.[204] En este sentido, afirmó que la obligación de prevenir y el correspondiente deber de actuar surgen en el instante en que el Estado se entera, o debería normalmente haberse enterado, de la existencia de un riesgo serio de que un genocidio será cometido. Desde ese momento en adelante, si el Estado cuenta con los medios con efectos disuasivos sobre aquellos sospechosos de preparar un genocidio o razonablemente sospechosos de tener la intención específica, tiene el deber de usar esos medios en la medida en que las

---

Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit. párr. 166, entre muchos otros.

200. De esta manera, la Corte independizó el deber de prevención del vínculo territorial y del concepto de jurisdicción y lo vinculó con la noción de "capacidad de influir efectivamente". *Cf.* Gattini (2007b: 700). Ello parece ir en contra de la jurisprudencia de tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha vinculado el deber de debida diligencia para garantizar los derechos humanos con la jurisdicción del Estado sobre ciertas personas o territorio, acercando el deber de prevención a la noción de "responsabilidad de proteger". *Cf.* Milanovic (2007a: 686-687).

201. Se ha observado que esta capacidad no debe confundirse con el requisito de control. *Cf.* Vashakmadze (2012: 7).

202. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 430.

203. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

204. Este artículo dispone: "La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación".

circunstancias se lo permitan.[205] En este sentido, como se verá, la Corte dispuso un estándar para determinar la responsabilidad del Estado por la omisión de prevenir más bajo que el que utilizó para la responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio, ya que no requirió prueba concluyente del conocimiento del riesgo por parte del Estado más allá de toda duda razonable.[206]

Resulta interesante señalar que la Corte distinguió entre la violación del deber de prevenir y la complicidad en la comisión del crimen de genocidio. Indicó que la complicidad siempre requiere alguna forma de acción positiva para proporcionar ayuda o asistencia a los perpetradores del genocidio, mientras que la violación del deber de prevención surge de la mera omisión de adoptar e implementar medidas adecuadas para prevenir la comisión del genocidio. Agregó que, en el caso de la complicidad, los órganos del Estado deben haber tenido un conocimiento completo de los hechos, mientras que, en el caso de la obligación de prevención, ella existe aun cuando el Estado no tenga certeza, en el momento que debió haber actuado, de que el genocidio estaba a punto o en vías de ser cometido, porque resulta suficiente que conociera o que debía haber conocido el peligro serio de que actos de genocidio serían cometidos.[207]

En el caso de 2007, la Corte concluyó que, en virtud de la influencia indiscutible, de la información y de las expresiones de preocupación manifestadas por las autoridades de Serbia, estas debieron haber realizado sus mejores esfuerzos dentro de su poder para tratar de prevenir los trágicos eventos, cuya escala no podrían haber previsto, pero sí, quizás, conjeturado, y, sin embargo, no demostraron haber tomado ninguna iniciativa o acción para ello.[208]

En segundo lugar, la Corte Internacional de Justicia también se refirió a la obligación de sancionar a aquellas personas que hayan cometido genocidio vinculándola con los criterios de jurisdicción previstos en el artículo VI de la Convención. En consecuencia, adoptando una interpretación restrictiva de la norma, la Corte afirmó que, como el genocidio no se había cometido en el territorio de Serbia, entonces no podría exigirse que ese Estado enjuiciara a los acusados en sus tribunales.[209] De todas maneras, cabe señalar que, por fuera del caso de Serbia, la Corte reconoció que, a pesar de que la Convención solamente hace referencia al criterio de jurisdicción territorial, nada impide que los Estados decidan disponer en su legislación interna la jurisdicción de sus tribunales sobre

205. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

206. Seibert-Fohr (2009: 358).

207. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.

208. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 438.

209. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 442.

la base de otros criterios, como el de nacionalidad.[210] Se ha sostenido también que los Estados podrían, incluso, establecer la jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio,[211] aunque en ninguno de los casos ello surja de una obligación convencional, sino, más bien, de una facultad que tienen los Estados.

Por otro lado, observó que el artículo VI también menciona como posible medio de castigo a un tribunal penal internacional, que en el caso de 2007 era el TPIY. En ese sentido, la Corte sostuvo que Serbia debió haber cooperado con el tribunal internacional para cumplir con la obligación de sancionar a los responsables de haber cometido genocidio,[212] entre ellos, el General Ratko Mladic, cuyo paradero había sido localizado en Serbia.[213] Esta interpretación del deber de castigar, que incluye el deber de cooperación con un tribunal internacional y de entrega de personas acusadas, resulta un desarrollo novedoso de la Corte, pues dicha obligación no está contenida expresamente en la Convención –pero podría deducirse del artículo VI– y parece ir más allá de lo previsto por los Estados negociadores.[214]

3.1. La prohibición de cometer genocidio como una obligación consuetudinaria

Antes de entrar en el análisis de los casos de la Corte Internacional de Justicia relacionados con la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen de genocidio, resulta adecuado señalar que, en virtud de las dificultades interpretativas que surgen de la Convención de 1948 con respecto a la existencia de una obligación estatal de no cometer genocidio, se ha sugerido que, en realidad, la fuente de esa obligación sería consuetudinaria.[215] Esta postura puede simplificar

210. Corte Internacional de Justicia, Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007, párr. 442. La Corte menciona solamente la nacionalidad como una base alternativa de jurisdicción.

211. Ben-Naftali (2009: 48). La implementación de jurisdicción universal respecto del crimen de genocidio también podría desprenderse de la naturaleza imperativa de la prohibición de cometer genocidio. *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hertzog y otros vs. Brasil*, cit. párr. 232. Cabe mencionar también que el borrador de la Resolución AG 96/I propuesto por India, Cuba y Panamá establecía la jurisdicción universal respecto del crimen de genocidio. *Cf.* Schabas (2012: 10). Hoy podría afirmarse que existe consenso respecto de que el crimen de genocidio está sujeto a la jurisdicción universal. *Cf.* Schabas (2009[2]: 648).

212. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 443 y 445.

213. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 448.

214. Ben-Naftali y Sharon (2007: 863).

215. Gaeta (2007: 642); Seibert-Fohr (2009: 354); Clearwater (2009: 9); Shany (2009: 19-20) y Mettraux (2019: 18). Se ha sostenido que, además de la obligación de no cometer genocidio, la prohibición de complicidad en el genocidio prevista en el artículo III también tiene

las discusiones relativas a la interpretación de la Convención, pero, al mismo tiempo, se convierte en un obstáculo para que la Corte Internacional de Justicia asuma jurisdicción en casos de genocidio sobre la base de la cláusula compromisoria del artículo IX.

Este argumento se apoya en una postura más amplia que considera que existe una definición consuetudinaria del crimen de genocidio que coexiste con la definición del artículo II de la Convención. Ello se ha sostenido desde los primeros años de vigencia del tratado en virtud de que, en la ya mencionada opinión consultiva sobre reservas a la Convención de Genocidio de 1951, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los principios allí receptados eran reconocidos como vinculantes por las naciones civilizadas para todos los Estados, aun sin una obligación convencional.[216] Sin embargo, lo cierto es que en su decisión, la Corte no mencionó explícitamente la expresión "costumbre internacional". Por ello, ha sido observado que, quizás, la Corte, al incorporar una mención las naciones civilizadas, podría haber buscado referirse a los principios generales de derecho,[217] ya que el lenguaje utilizado se corresponde mejor con el inciso c) del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[218] De hecho, la opinión consultiva fue emitida el mismo año en que entró en vigor la Convención contra el Genocidio y no menciona evidencia de práctica anterior –la práctica en materia general de derechos humanos era escasa–[219] ni tampoco sostiene que se tratara de una "costumbre instantánea".[220] y, por lo tanto, resultaba difícil afirmar la existencia de una prohibición consuetudinaria del crimen de genocidio.

Recién en 2006 el tribunal aclaró que esa afirmación implicaba entender que las obligaciones que nacen de la Convención tienen carácter *erga omnes*[221] y en 2007, que la definición cumplía con los requisitos de una norma consuetudinaria.[222]

---

naturaleza consuetudinaria. *Cf.* Jackson (2015: 204). Por otro lado, se ha señalado que, si bien la obligación pudo tener un origen consuetudinario, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia expandieron el ámbito del artículo I de la Convención de 1948 y la convirtieron en una obligación convencional, aunque sin suficiente fundamentación, lo que, de todos modos, es beneficioso desde una perspectiva de derechos humanos. *Cf.* Cassese (2009b: 538).

216. Corte International de Justicia *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23.

217. Schabas (2009[2]: 4).

218. Akhavan (2005: 990).

219. Pinto (2012: 13).

220. Akhavan (2005: 991). Cabe señalar, no obstante, que Bin Cheng ha sugerido que la Resolución AG 96(1) puede ser considerada como una resolución creadora de derecho, pues evidenció la *opinio iuris* de los miembros de las Naciones Unidas. *Cf.* Cheng (1997: 141).

221. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit., párr. 64.

222. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio 2007*, párr. 161. En 2015, la Corte señaló que la Convención protege principios que también forman parte del derecho internacional consuetudinario. *Cf. Caso de la Convención contra el Genocidio 2015*, párr. 87. Esta conclusión fue criticada por el juez *ad hoc* Kreća en su Opinión Separada,

Ello, a pesar de que cuenta con 153 Estados partes, que resulta un número bajo en comparación, por ejemplo, con la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que tiene 182 partes, o la Convención sobre los Derechos del Niño, con 196 Estados partes.[223] En todo caso, la identificación de la norma consuetudinaria no se basaría exclusivamente en su relación con la Convención,[224] sino más bien en la práctica estatal de introducir legislación interna de la definición de la Convención.[225] En este sentido, se trata de una práctica consistente[226] que evidencia el estatus consuetudinario de los artículos II y III.[227] Si bien la definición del crimen de genocidio contenida en el artículo II[228] de la Convención ha sido receptada *verbatim* en los estatutos de los tribunales penales internacionales e internacionalizados creados desde entonces,[229] de manera paralela se ha desarrollado una definición de naturaleza

sosteniendo que la afirmación no tiene sustento. *Cf.* párrs. 98-99. Por otro lado, cabe señalar que, en sus comentarios al proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, la CDI afirmó que la definición del artículo II estaba ampliamente aceptada y generalmente reconocida como autoridad respecto de la definición del crimen de genocidio. *Cf.* A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]),* p. 44.

223. Información disponible en https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en (último acceso: 20/02/2024).

224. Schabas (2009²: 649).

225. De hecho, Estados que no son partes –o no lo eran en ese momento– de la Convención contra el Genocidio han incorporado la figura en sus legislaciones nacionales. *Cf.* Heller (2019: 536).

226. Quigley (2006: 56).

227. Schabas (2009²: 648). Aunque vale la pena mencionar que algunas de las legislaciones nacionales han incluido definiciones del crimen de genocidio algo diferentes de la de la Convención a fin de incluir grupos no mencionados o mejorar la redacción de algunas disposiciones. *Cf.* Fernández Pacheco Estrada (2012: 457), como, por ejemplo, la ley francesa –que incluye a los grupos determinados a partir de un criterio arbitrario– o la ley de Lituania. En el último caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Vasiliauskas* consideró que una definición que incluye grupos políticos no coincide con la definición consuetudinaria. *Cf.* Bellivier, Eudes y Fouchard (2018: 156-158). Cabe indicar que, en un caso posterior, el Tribunal Europeo entendió que una condena por genocidio contra grupos políticos en Lituania no violaba el principio de legalidad. *Cf. Drélingas vs. Lituania* (Application 28859/16), sentencia del 12 de marzo de 2019.

228. Cabe señalar que, a diferencia de los estatutos del TPIY y del TPIR, el Estatuto de Roma no incluye una referencia al artículo III. Al mismo tiempo, el artículo 25 menciona expresamente la instigación directa y pública al genocidio y contiene referencias generales a la tentativa y a la complicidad –aunque con otros términos–, dejando afuera la asociación ("*conspiracy*") para cometer genocidio.

229. La definición del crimen de genocidio también fue discutida en el marco del trabajo de la CDI sobre el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad mencionado en el capítulo 2 de este libro. Allí, si bien se realizaron sugerencias diferentes a la Convención de 1948, finalmente se decidió mantener la misma definición prevista en el artículo II. *Cf.* Schabas (2009²: 91-99). Cabe recordar que, en su informe sobre el Estatuto para el TPIY del 3 de mayo de 1993, el Secretario General de la ONU había considerado que la Convención

consuetudinaria, potencialmente más amplia que la convencional,[230] y hasta quizás superadora de algunos de sus defectos.[231]

Resulta de particular interés para esta investigación señalar que varios de los/as autores/as que sostienen la existencia de una definición consuetudinaria del genocidio afirman que esta se relaciona específicamente con la responsabilidad del Estado, pues consideran que la definición convencional solamente genera responsabilidad penal individual,[232] fundamentándolo, entre otras razones, en el hecho de que los negociadores se inspiraron en la sentencia de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que hizo hincapié en la responsabilidad internacional de los individuos. En este sentido, se sostiene que, como los hechos internacionalmente ilícitos son cometidos, por definición, por entidades colectivas como los Estados, sería difícil –casi imposible– establecer responsabilidad internacional de los Estados aplicando la definición del artículo II de la Convención, que está concebida para generar responsabilidad penal de los individuos.[233]

Si entonces se tratara de dos regímenes de responsabilidad diferentes, la pregunta que sigue es si también se trata de dos conductas distintas y, si ese fuera el caso, si los elementos objetivos y subjetivos en uno y otro caso podría no ser iguales,[234] y, en el supuesto de los Estados, incluir otros que no surgen de la Convención.[235] Como ejemplo, puede mencionarse el elemento de un ataque sistemático a los derechos humanos o una práctica sistemática contra la dignidad humana, tal como se requería en el borrador del artículo 19 del Proyecto de Artículos de la CDI de 1976,[236] lo que no aparece en el artículo II de la Convención, mientras que el dolo especial sería necesario para establecer responsabilidad individual, lo

para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 era un instrumento que tenía naturaleza consuetudinaria. *Cf.* Consejo de Seguridad, Informe S/25704, 3 de mayo de 1993.

230. Van Shaack (1997: 2262); Jessberger (2009: 88); Shany (2009: 25). En contra, Ratner, Abrams y Bischoff consideran que la práctica estatal es insuficiente para sostener la existencia de una definición consuetudinaria más amplia que la convencional, entre otras razones, porque durante la negociación del Estatuto de la Roma, los Estados volvieron sobre la definición de 1948 y porque, con algunas excepciones, las legislaciones nacionales adoptaron la tipificación convencional. *Cf.* (2009: 44),

231. Shany (2009: 25).

232. Cassese (2009b: 537); Shany (2009: 25); Cassese y Gaeta (2013[3]: 112-113). Sin embargo, como se verá en este capítulo, la Corte Internacional de Justicia entendió que la comisión del genocidio tal como está definido en el artículo II y con los modos de autoría y participación e infracciones imperfectas enumerados en el artículo III podía generar tanto responsabilidad internacional del individuo como del Estado.

233. Gaeta (2007: 635).

234. Gaeta (2007: 637); Cassese y Gaeta (2013[3]: 113).

235. Shany (2009: 19-20).

236. Gaeta (2007: 642). En la misma línea, en los comentarios al Proyecto elevado a la Asamblea General en 2001, la CDI señaló que entre las normas imperativas previstas en el artículo 40 se encuentra la prohibición de genocidio que, por su propia naturaleza, requiere una violación intencional en gran escala. *Cf.* A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2) (A/56/10), p. 121.

que reforzaría la dimensión colectiva de la conducta del Estado y la independizaría de la responsabilidad individual.[237]

Sin embargo, como se analizará en la Parte III, no existe consenso al respecto, ya que, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad del Estado, a los fines de probar el elemento subjetivo se ha utilizado tanto el método de demostrar un plan o política estatal como el de identificar el dolo especial en los agentes estatales que lo cometen.[238]

3.2. Los casos de la Ex Yugoslavia en la Corte Internacional de Justicia

Si bien la primera oportunidad en la que la noción de crimen internacional de un Estado fue discutida en la etapa de fondo por un tribunal internacional fue en el *Caso sobre la aplicación de la Convención contra el Genocidio* entre Bosnia Herzegovina y Serbia, cuya sentencia fue dictada en febrero de 2007, la Convención de 1948 había sido invocada con anterioridad en un caso contencioso ante la Corte Internacional de Justicia.

En 1973, Pakistán había demandado a la India ante la Corte sobre la base del artículo IX de la Convención contra el Genocidio argumentando que la transferencia de población hacia Bangladesh constituía una violación a la Convención. Asimismo, había alegado que la intención de Bangladesh de enjuiciar a dichas personas por la comisión de genocidio también configuraba una violación de la Convención debido a que, sobre la base del artículo VI, solamente Pakistán tenía, en todo caso, el derecho de ejercer su jurisdicción.[239] Sin embargo, el caso fue resuelto antes de que la Corte entendiera sobre el fondo de asunto.[240]

En 1999, la entonces República Federal de Yugoslavia inició un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia contra cada uno de los Estados miembros de la OTAN argumentando una violación a la prohibición del uso de fuerza por el bombardeo a Kosovo que había tenido lugar en marzo de ese año. Entre los títulos jurisdiccionales de la Corte, invocó el artículo IX de la Convención contra el Genocidio. Las medidas provisionales solicitadas fueron rechazadas en junio de 1999 y la acción principal fue finalmente desestimada en 2004 porque

237. Gaeta (2007: 643-644).

238. Shany (2009: 25).

239. Schabas (2009^2: 500-501).

240. Seibert-Fohr (2009: 356). Como fuera mencionado en el apartado 1, en una de las reuniones del Comité *ad hoc* del Consejo Económico y Social en el contexto de la negociación de la Convención, su presidente fue informado de ciertos actos de genocidio que se estaban cometiendo contra la población musulmana de la India y que, en consecuencia, la delegación de Pakistán señaló la necesidad de apresurar la preparación de la Convención. *Cf.* UN Doc. E/AC.25/9, 14 de abril de 1948.

la Corte consideró que en 1999 Serbia y Montenegro no eran Estados miembros de las Naciones Unidas y, por lo tanto, tampoco partes en su Estatuto,[241] así que, finalmente, la Corte no ingresó en el análisis de los argumentos relacionados con la Convención de 1948.

El asunto incoado en 2002 por la República Democrática del Congo contra Ruanda incluía alegaciones relacionadas con la violación de la Convención contra el Genocidio, pero fue rechazada en la etapa de las excepciones preliminares, por lo que la Corte Internacional de Justicia no entró allí tampoco en la consideración de las cuestiones de fondo.[242]

3.2.a) El caso de Bosnia Herzegovina

El caso presentado por Bosnia Herzegovina el 20 de marzo de 1993[243] en el contexto del conflicto armado de la ex Yugoslavia, que comenzó con el desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia,[244] fue el primero en el que la Corte tuvo la oportunidad de entrar en el análisis de los méritos y, por lo tanto, de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio.

En su presentación, Bosnia Herzegovina alegó, entre otras cosas, que la campaña generalizada contra su población, en particular contra la comunidad musulmana, constituía una violación a la Convención contra el Genocidio, afirmando que dicha conducta encuadraba en la definición allí provista. En efecto, Bosnia Herzegovina consideraba que la campaña había sido llevada adelante por el Estado a través de sus líderes y sus órganos[245] con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal y que, en ese contexto, se habían cometido los actos mencionados el artículo II de la

241. Schabas (2009²: 508-509).

242. A pesar de ello, en esa decisión la Corte afirmó por primera vez de forma expresa que la prohibición de genocidio tiene naturaleza de norma imperativa, pero sin referirse a los sujetos obligados por dicha obligación. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Case* concerning *Armed Activities on the Territory of Congo* (new application: 2002) (República Democrática del Congo v. Ruanda), cit., párr. 64.

243. Junto con la presentación inicial, Bosnia Herzegovina también presentó una solicitud de medidas provisionales. El 8 de abril de 1993, la Corte Internacional de Justicia dictó una resolución en la que ordenada la adopción de ciertas medidas para evitar la comisión de genocidio. El 27 de julio de 1993, Bosnia Herzegovina presentó un nuevo pedido de medidas provisionales, al que la Corte hizo lugar, reafirmando su orden previa, en fecha 13 de septiembre de ese año.

244. Para más información sobre el conflicto, Véase, entre muchos otros, Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 232-241; Dimitrijevic y Milanovic (2008).

245. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 155.

Convención: 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 y d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, (así como los enumerados en el artículo III: a) genocidio, b) asociación para cometer genocidio,; c) instigación directa y pública para cometer genocidio, d) tentativa de genocidio y e) complicidad en el genocidio).[246] Para ello, argumentó que el artículo IX de la Convención imponía al Estado una obligación directa de no cometer genocidio y de no asistir en su comisión.[247]

En su contestación, Serbia[248] rechazó la aplicación de una sanción a la conducta estatal por la comisión del crimen de genocidio. Este Estado sostuvo que las únicas obligaciones que emanaban de dicho instrumento se limitaban al deber de prevenir y sancionar la comisión del crimen, pero que de ninguna manera ello implicaba, además, la obligación en cabeza del Estado de no cometer genocidio. Esto porque, en su opinión, la Convención solo prevé de forma expresa que los individuos acusados de cometer genocidio podrán ser juzgados por un tribunal del Estado en cuyo territorio hubiera sido cometido o por un tribunal penal internacional y que los Estados tienen el deber de prevenir y sancionar su comisión, sin hacer referencia a la responsabilidad del Estado por la comisión de dicho crimen.[249] De forma subsidiaria, Serbia sostuvo que, en todo caso, para que un Estado pudiera ser considerado responsable de cometer genocidio, por tratarse de un crimen, primero debía determinarse su configuración sobre la base de las reglas de derecho penal. En consecuencia, debía establecerse que el Estado cometió genocidio más allá de toda duda razonable.[250]

246. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 64.

247. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 155.

248. El caso fue originalmente presentado contra el Estado que entonces se denominaba República Federal de Yugoslavia compuesta por Serbia y Montenegro y que se había declarado sucesora de la República Federal Socialista de Yugoslavia, lo que, finalmente y luego de una larga discusión en el seno de las Naciones Unidas, no fue aceptado por la Organización, y el Estado demandado fue denominado Serbia y Montenegro, de conformidad con la adopción de una nueva Carta Constitucional. En 2006, Montenegro se separó de Serbia. Por lo tanto, desde ese año, el Estado demandado se llamó la República de Serbia. En consecuencia, como la sentencia se dictó en 2007, este libro se referirá al Estado demandado como la República de Serbia o Serbia. Para más información, véase Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 32, 67, 88-99 y Dimitrijevic y Milanovic (2008).

249. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 156.

250.Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 157.

En su decisión de 1996 sobre excepciones preliminares, incluso sin entrar en el fondo de la discusión, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la referencia del artículo IX a la "responsabilidad del Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III", no excluye ninguna forma de responsabilidad estatal y que dicha responsabilidad por la conducta de los órganos del Estado tampoco está excluida del artículo IV, en tanto contempla la comisión de actos de genocidio por parte de gobernantes o funcionarios.[251]

Si bien en su sentencia de 2007 la Corte reiteró que el artículo IX le otorga jurisdicción sobre controversias relacionadas con la responsabilidad del Estado,[252] a los fines de determinar la existencia de la obligación de no cometer genocidio, se apoyó principalmente en el artículo I de la Convención y utilizó el artículo IX para confirmar sus conclusiones.

Para su análisis, la Corte recurrió a la regla de interpretación de los tratados receptada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,[253] que requiere que sean leídos de buena fe, según el significado ordinario de los términos dentro de su contexto y a la luz de su objeto y fin.[254] En este sentido, observó que la Convención contra el Genocidio contiene dos proposiciones que sostienen la existencia de dicha obligación. La primera es la afirmación de que el genocidio es un crimen internacional, lo que ya había sido sostenido por la Asamblea General en su Resolución AG 96 (I), anterior a la Convención, y reforzado en su opinión consultiva de 1951, cuya prohibición había considerado de naturaleza imperativa.[255] La segunda se refiere al compromiso de los Estados partes de prevenir y sancionar el genocidio. La Corte entendió que las obligaciones que surgen del artículo I –prevenir y sancionar– son diferentes de aquellas que surgen del resto de los artículos.[256]

Asimismo, citando los trabajos preparatorios, recordó que, en 1947, cuando la Asamblea General le solicitó al Consejo Económico y Social que presentara

251. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia), Excepciones Preliminares, Sentencia del 11 de julio de 1996, *I.C.J. Reports, p. 595*, párr. 32. Corresponde señalar que los jueces Shi y Vereshchetin, en su declaración conjunta, rechazaron esta afirmación, afirmando que la Convención solamente preveía la responsabilidad internacional penal del individuo

252. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 159.

253. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) UNTS Vol. 1155, p. 31.

254. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 160.

255. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 161.

256. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 162.

un borrador de tratado sobre el genocidio, declaró que se trataba de un crimen internacional que involucraba tanto la responsabilidad internacional y nacional de los Estados como la de los individuos.[257]

De esta manera, determinó que la Convención contra el Genocidio contiene una dualidad de responsabilidades,[258] una característica constante del derecho internacional, reflejada, tanto en el artículo 25.4 del Estatuto de Roma como en el artículo 58 de los Artículos de la CDI.[259] La Corte, sin embargo, no profundizó en el significado de esta dualidad, por lo que su sentido y alcance serán examinados en la Parte III.

La Corte notó que *prima facie* el texto del tratado parece sugerir que, mientras los individuos tienen la obligación de no cometer genocidio, los Estados solo tienen el deber de prevenirlo y castigarlo, pero no de abstenerse de cometerlo. No obstante, afirmó que, a la luz del objeto de la Convención, el artículo I también prohíbe a los Estados cometer genocidio, ya que lo califica como un crimen internacional, término que conlleva de forma inherente la prohibición de su comisión.[260] Además, sostuvo la Corte,

> Sería paradójico si los Estados tuvieran la obligación de prevenir, en la medida de su poder, la comisión del genocidio por personas sobre las cuales ejercen cierta influencia, pero no estuviesen vedados de cometer dichos actos a través de sus órganos o de personas sobre las cuales ejercen un control firme tal que su conducta resultaría atribuible al Estado concernido, de acuerdo con el derecho internacional.[261]

257. *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 163. Hace referencia aquí a la Res. AG 180 (II).

258. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 163.

259. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 173. El párrafo original dice: "The Court observes that that duality of responsibility continues to be a constant feature of international law".

260. Gaeta observó que, en realidad, como la obligación de prevenir el genocidio es de conducta y la obligación de no cometer el crimen es de resultado, se trata de obligaciones con contenido diverso, es decir, de dos normas primarias diferentes. En este sentido, señaló que, de conformidad con el razonamiento de la Corte, el deber de prevención carecería de sentido en los casos en los que agentes estatales cometen genocidio ya que el Estado sería responsable y, por lo tanto, habría incumplido la obligación de prevenirlo, que quedaría absorbida en la obligación de no cometer el crimen. Así, parecería, aunque la Corte no lo dijo, que el deber de prevención solo aplicaría en caso de conducta de actores privados. *Cf.* Gaeta (2007: 638-640).

261. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 166: "It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law" (traducción propia).

Asimismo, afirmó que esta obligación de no cometer genocidio se extiende a las otras modalidades y actos mencionados en el artículo III: a) asociación para cometer genocidio, b) instigación directa y pública a cometer genocidio, c) tentativa de genocidio y d) complicidad en el genocidio, mencionados expresamente en el artículo IX.[262]

En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia propuso una interpretación expansiva de las obligaciones de la Convención de 1948 usando la regla general y los medios complementarios de interpretación. Este razonamiento parece alejar a la Corte de una postura completamente positivista y westfaliana del derecho internacional, descripta por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *S.S. Lotus*, en el que célebremente afirmó que "las restricciones a la independencia de los Estados no pueden ser presumidas", ya que las reglas del derecho internacional debían emanar exclusivamente de su libre voluntad.[263]

En este sentido, parece entonces que la interpretación del artículo I propuesta por la Corte sigue una metodología teleológica relacionada con el objetivo de la Convención de liberar a la humanidad del flagelo del genocidio para ampliar su alcance, reconociendo que ciertas normas son más importantes que otras. Como fuera mencionado, la Corte eligió apoyarse en el artículo I más que en el artículo IX, invocado por Bosnia Herzegovina, que, quizás, ofrecía una fundamentación textual más firme.[264] La Corte, sin embargo, consideró que, como se trataba de una disposición esencialmente jurisdiccional, debía primero identificar si la obligación sustantiva de no cometer genocidio surgía de otros artículos de la Convención.[265] De todas formas, se refirió al artículo IX a fin de confirmar sus conclusiones, observando que dicha norma contenía dos términos inusuales en las cláusulas compromisorias. En primer lugar, a la tradicional frase de este tipo de cláusulas ("las controversias relativas a la interpretación o aplicación" de la Convención), se le adicionó el término "ejecución" ("*fulfillment*").[266] En segundo lugar, observó que el artículo agrega la frase "incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los

262. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 167.

263. Corte Permanente de Justicia Internacional, *The Case of the S.S. Lotus* (Francia/Turquía), Series A, N.° 10, sentencia del 7 de septiembre de 1927, p. 18. Allí señaló que, frente a la presentación de Francia respecto de que Turquía había ejercido su jurisdicción contra un nacional francés en violación del derecho internacional, lo que el Tribunal debía resolver era si existía alguna norma que impedía a Turquía ejercer su jurisdicción y no, como sostenía Francia, si el Estado demandado había actuado sobre la base de algún criterio jurisdiccional reconocido por el derecho internacional.

264. Jackson (2015: 205).

265. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 166.

266. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 168.

otros actos enumerados en el artículo III", ampliando el tipo de disputas que pueden ser llevadas a su jurisdicción.[267]

En línea con una perspectiva tradicional del derecho internacional, a pesar de reconocer que el Estado puede cometer el crimen de genocidio y de que los actos mencionados en el artículo III responden a la lógica del derecho penal y la responsabilidad individual,[268] sostuvo que la obligación de no cometerlo no tenía naturaleza penal, pues se trata de una obligación que surge del derecho internacional.[269] En consecuencia, entendió que no era posible invocar las discusiones que tuvieron lugar en el Sexto Comité para oponerse a sus conclusiones, ya que lo que allí se había rechazado era el concepto de responsabilidad penal de los Estados.[270]

Sin perjuicio de ello, como será analizado en la Parte III, es interesante remarcar que, en su sentencia, la Corte, quizás en virtud de la gravedad de las alegaciones, no solamente aplicó nociones de derecho penal –como por ejemplo, complicidad, instigación, *mens rea*– sino que, además, aceptó como prueba las resoluciones y conclusiones de un tribunal penal que, sin dudas y como resulta natural, se basó en criterios penalistas al adoptarlas.[271] Si bien afirmó que tenía la capacidad de hacer sus propias determinaciones respecto de la configuración del crimen de genocidio,[272] el caso presentaba una particularidad: otro tribunal ya había analizado los mismos hechos, por lo que sus decisiones resultaban pertinentes para la Corte.[273] Esto, como se verá, asistió a la Corte en su decisión, pues en general los casos que se le someten versan sobre cuestiones jurídicas y

267. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 169.

268. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 167.

269. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 170.

270. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 178.

271. Seibert-Fohr (2009: 360).

272. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 181.

273. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 212. En su Opinión Separada, el juez Tomka reconoció que, sin el trabajo previo del TPIY, habría sido mucho más difícil para la Corte Internacional de Justicia llevar a cabo su tarea, pues los casos que involucran la responsabilidad del Estado por genocidio son demasiado graves como para ser decididos solamente sobre la base de las alegaciones de las partes. En este sentido, entendió que la actividad de la Corte complementó la tarea judicial del TPIY, *cf.* párrs. 72-73. El juez *ad hoc* Kreća, sin embargo, observó que el derecho que aplica el TPIY no podía ser considerado equivalente al de la Convención, pues la jurisprudencia de dicho tribunal da cuenta de un desarrollo progresivo respecto de lo establecido en la Convención. *Cf.* Corte Internacional De Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 109.

los hechos no suelen ser motivo de disputa entre las partes.[274] En efecto, la Corte se refirió a las decisiones del TPIY a los fines determinar si durante el conflicto en Bosnia Herzegovina se había cometido el crimen de genocidio. Así, al igual que el tribunal penal, consideró que el único episodio donde podía probarse la comisión del crimen de genocidio fue la llamada Masacre de Srebrenica.[275]

Sin embargo, al aplicar las reglas en materia de atribución de responsabilidad del Estado, la Corte concluyó que Serbia no era responsable por la comisión del crimen de genocidio ni por los demás modos previstos en el artículo III, aunque sí le atribuyó responsabilidad por la violación del deber de prevenir la comisión de genocidio respecto de lo ocurrido en Srebrenica en 1995 y de la obligación de castigar, por no haber transferido a Ratko Mladic al TPIY.[276]

En primer lugar, la Corte rechazó el argumento propuesto por Bosnia Herzegovina de que Serbia habría aceptado responsabilidad a través de una declaración oficial de su Consejo de Ministros del 12 de junio de 2005, en la que se manifestó que aquellos que ordenaron y organizaron la masacre no representaban ni a Serbia ni a Montenegro, sino a un "régimen no democrático de terror y de muerte" al que a mayoría de los ciudadanos de Serbia y Montenegro opusieron gran resistencia.[277] En opinión de la Corte, esa declaración tenía naturaleza política y no buscaba producir efectos jurídicos, lo que, además, sería contradictorio con la posición mantenida por Serbia durante todo el procedimiento.[278]

Asimismo, la Corte consideró que las conductas que configuraron el crimen de genocidio en Srebrenica no podían ser atribuidas a Serbia sobre la base de la regla general del artículo 4 de los Artículos de la CDI por entender que no habían sido llevadas a cabo por órganos de dicho Estado y que ni la República

274. Schabas (2007a: 107).

275. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 297 y párr. 376. Se trató de la masacre de más de 7000 niños y hombres bosnio-musulmanes llevada a cabo por el ejército de la República Srpska en julio de 1995. Véase capítulo 4 de este libro para más información. Esta dependencia de las conclusiones del TPIY ha sido criticada porque resultó en una aplicación acrítica y en un traslado de los problemas de la jurisprudencia de dicho tribunal a la Corte Internacional de Justicia. *Cf.* Schabas (2007a: 113).

276. Ratko Mladic era el coronel general del Ejército serbio-bosnio de la República de Srpska que fue condenado, entre otros crímenes, por la masacre de Srebrenica. El TPIY emitió una orden de arresto en su contra el 25 de julio de 1995, que recién pudo ejecutarse el 26 de mayo de 2011. El juicio comenzó el 16 de mayo de 2012 y la Sala de Juicio dictó sentencia el 22 de noviembre de 2017. Para más información, véase https://www.icty.org/x/cases/mladic/cis/en/cis_mladic_en.pdf (último acceso: 20/02/2024) y el capítulo 4 de este libro.

277. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 377.

278. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 378. En su opinión disidente, el juez Al-Khasawneh entendió que la declaración de Serbia de 2005 era, efectivamente, un reconocimiento por parte del nuevo gobierno de los crímenes cometidos por el anterior régimen. *Cf.* Opinión Disidente del juez Al-Khasawneh, párr. 58.

de Srpska ni el ejército Serbio-Bosnio (VRS) eran *de iure* órganos de Serbia.[279] Ello, a pesar de que este Estado los había apoyado financieramente a través de, por ejemplo, el pago de salarios del VRS, pues los nombramientos y la dirección política estaban a cargo de la República de Srpska.[280]

También rechazó el argumento de Bosnia Herzegovina de considerar a la República de Srpska, al ejército Serbio-Bosnio (VRS) y a los grupos paramilitares llamados "*Scorpions*", "*Red Berets*", "*Tigers*" y "*White Eagles*" como órganos *de facto* de Serbia, por entender que no actuaban en completa dependencia del Estado demandado.[281] Si bien la Corte observó que dos casos pendientes ante el TPIY (*Stanisic* y *Simatovic*) podrían ofrecer pruebas acerca de la relación entre Serbia y el grupo *Scorpions* –aun cuando no contenían cargos por genocidio–, como todavía se encontraban en la etapa de acusación, no podía inferir ninguna conclusión de estos,[282] lo que demuestra la dependencia de la Corte respecto del TPIY para la determinación de los hechos.[283]

Finalmente, la Corte sostuvo que tampoco se habían plasmado los elementos para atribuirle al Estado la conducta de un grupo no estatal que esté bajo su dirección o control que hubiera cometido genocidio, de conformidad con el artículo 8 de los Artículos de la CDI. Para dicho análisis aplicó el llamado "test de control efectivo", reafirmando el que había desarrollado en el caso *Nicaragua* de 1986,[284] el cual requiere prueba de que Serbia había dado instrucciones respecto de cada una de las operaciones en las que se cometió el crimen de genocidio.[285] Bosnia Herzegovina había alegado que, debido a las características propias de este crimen, que está compuesto por una serie de actos separados en tiempo y espacio, resultaba más adecuado realizar el análisis en relación con todas las operaciones en su conjunto llevadas a cabo por los perpetradores directos. La Corte rechazó este argumento afirmando que las reglas de atribución no varían

279. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 386.

280. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 388. En su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou entendió que los órganos del Estado habían estado directa o indirectamente involucrados en el genocidio y, por lo tanto, que se le podía atribuir a Serbia dicha conducta. *Cf.* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 93.

281. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párrs. 393-395.

282. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 395.

283. Goldstone y Hamilton (2008: 109).

284. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), cit., párr. 115.

285. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 400.

de acuerdo con el tipo de hecho ilícito, salvo que existiera una clara *lex specialis.*[286] En esa línea también rechazó la invocación por parte de Bosnia Herzegovina de la interpretación que había hecho la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* del artículo 8 de los Artículos de la CDI que consideraba suficiente que el Estado (en el caso, Serbia) tuviese un "control global" sobre las acciones del grupo no estatal:[287]

> La Corte otorga la mayor importancia a las conclusiones fácticas y jurídicas del TPIY relativas a la responsabilidad penal del acusado y, en el presente caso, la Corte toma la máxima consideración de las sentencias de juicio y de apelación que versan sobre los hechos base de esta controversia. La situación no es la misma respecto de posiciones adoptadas por el TPIY sobre cuestiones de derecho internacional general que no encuadran dentro del ámbito específico de su competencia y que, además, su resolución no siempre es necesaria para decidir los casos penales.[288]

Así, a pesar de la importancia que tuvo la jurisprudencia del TPIY para la determinación de los hechos y para el análisis de la configuración de los elementos del crimen de genocidio, la Corte le quitó importancia en relación con el desarrollo del derecho internacional general.[289]

286. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 401.

287. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Dusko Tadic", *Judgment,* 15 de Julio de 1999, IT-94-1-T, párr. 116.

288. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 403: "As stated above, the Court attaches the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it and, in the present case, the Court takes fullest account of the ICTY's trial and appellate judgments dealing with the events underlying the dispute. The situation is not the same for positions adopted by the ICTY on issues of general international law which do not lie within the specific purview of its jurisdiction and, moreover, the resolution of which is not always necessary for deciding the criminal cases before it" (traducción propia). En su Opinión Disidente, el juez Al-Khasawneh consideró que no era adecuado aplicar el test de control efectivo desarrollado en el caso *Nicaragua*, que consideró variable, porque los hechos eran distintos. En su opinión, en el caso de Bosnia Herzegovina, el hecho de que la República Srpska y Serbia compartieran los mismos objetivos, la etnia y la ideología hacía que no fuese necesario ese grado de control. En ese sentido, entendió que cuando los objetivos comunes se referían a la comisión de crímenes internacionales, el umbral del test de control efectivo resultaba demasiado alto porque les permitía a los Estados llevar a cabo políticas criminales a través de actores no estatales sin incurrir en responsabilidad internacional. *Cf.* Opinión Disidente del juez Al-Khasawneh, párrs. 36, 36 y 39. En una línea similar, el juez *ad hoc* Mahiou observó que los vínculos entre Serbia y la República Srpska eran más que en el caso de Estados Unidos y los Contras, y sus objetivos iban más allá del derrocamiento de un gobierno. Como Serbia y la República Srpska compartían el objetivo de conformar la Gran Serbia, no era necesario probar el control efectivo en cada operación. *Cf.* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párrs. 115-117.

289. Dupuy (2016: 891).

En una demostración del vínculo entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo, la Corte Internacional de Justicia observó, además, que en ninguno de los casos del TPIY se había condenado a algún líder de Serbia y que en el Informe del Secretario General de las Naciones no se había determinado ninguna participación directa del Presidente Milosevic en la masacre de Srebrenica.[290] En el mismo sentido, entendió que de la prueba presentada en el caso *Milosevic* ante el TPIY tampoco surgía que Serbia tuviera control o hubiera dirigido las operaciones.[291] Por lo tanto, concluyó que la comisión del crimen de genocidio no podía ser atribuida a Serbia como Estado.[292]

3.2.b) El caso de Croacia

En 2015, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales, en el marco de la controversia entre Croacia y Serbia por la alegada violación de la Convención contra el Genocidio, también en el contexto del conflicto de los Balcanes de la década del 90. Croacia había iniciado un caso contra la entonces República Federal de Yugoslavia el 2 de julio de 1999 y fundamentó la jurisdicción de la Corte en el artículo IX de la Convención contra el Genocidio.[293] Allí había alegado que Serbia había violado los artículos I, II incisos a), b), c) y d), III, incisos a), b), c), d) y e) IV y V de la Convención.

290. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 408. En su Declaración, el juez Benouna observó que como los casos contra Milosevic y contra Mladic ante el TPIY no estaban terminados, la Corte le otorgó el beneficio de la duda a Serbia, *cf.* p. 361.

291. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 412.

292. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 415. En contra de esta decisión, el juez Al-Khasawneh criticó la metodología utilizada por la mayoría de la Corte. Así, observó que si el Tribunal hubiera hecho lugar a la solicitud de Bosnia Herzegovina de ordenar que Serbia presentase una serie de documentos considerados confidenciales, estos habrían contribuido a clarificar cuestiones relacionadas con la intención y la atribución. Asimismo, afirmó que, como el genocidio es un crimen complejo que necesita de un grupo de personas y órganos actuando de forma conjunta, su análisis no debía ser realizado de forma inconexa. *Cf.* Opinión Disidente del juez Al-Khasawneh, párrs. 35 y 49, respectivamente.

293. Serbia interpuso tres excepciones preliminares. La Corte rechazó dos de ellas, aclarando que aquella vinculada a la exclusión de su jurisdicción respecto de los hechos acaecidos antes del 27 de abril de 1992 –fecha en la que la República Federal de Yugoslavia nació como un Estado nuevo– sería analizada en la etapa de fondo. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia vs. Serbia), Decisión sobre excepciones preliminares, 18 de noviembre de 2008, *I.C.J. Reports 2008, p. 412.*

Serbia presentó una reconvención el 4 de enero de 2010 en la que argumentó que Croacia había violado las obligaciones que emanan de la Convención de 1948 en la llamada Operación Tormenta ("*Storm*") de agosto de 1995, en particular, del artículo II, incisos a), b) y c), con la intención de destruir una parte del grupo nacional y étnico serbio que vivía en la región de Krajina, en Croacia y, de manera alternativa, que Croacia había conspirado (asociación) para cometer genocidio. Como argumento subsidiario, alegó que Croacia había violado sus obligaciones de prevenir y castigar tales actos.

En su sentencia, la Corte retomó los conceptos que había desarrollado en la decisión de 2007 y afirmó que la tendría en cuenta porque allí se habían considerado cuestiones similares, pero que, al mismo tiempo, ello no le impediría elaborar nuevos argumentos, si fuese necesario.[294] En este sentido, a pesar de las opiniones disidentes adjuntadas a la sentencia de 2007 –que se analizarán a continuación–, cabe señalar que la Corte no volvió sobre la discusión acerca de la obligación convencional del Estado de no cometer genocidio, sino que implícitamente dio por sentada su existencia y prosiguió con el análisis de la responsabilidad de Croacia y de Serbia por la comisión del crimen.

Con ese fin, la Corte adoptó una metodología similar a la desarrollada en 2007, determinando, en primer lugar, si se habían configurado los elementos objetivos de los actos de genocidio establecidos en el artículo II de la Convención, y, en caso positivo, si se habían llevado a cabo con el dolo especial requerido del genocidio.[295] Para ello, decidió no analizar por separado cada uno de los incidentes mencionados en el memorial, sino hacerlo por localidades que representaran, según Croacia, ejemplos de actos sistemáticos y generalizados cometidos contra un grupo protegido, de los que fuera posible inferir la intención específica.[296] Al igual que en 2007, se apoyó en las determinaciones fácticas realizadas por el TPIY,[297] y sostuvo que se habían cometido matanzas y lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo.[298]

294. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 125.

295. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 201.

296. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 203. Esta decisión fue criticada por el juez Cançado Trindade, quien consideró que la mayoría no debió haber excluido de su análisis los incidentes en algunas municipalidades sin justificarlo de manera suficiente, pues, en su opinión, se debió haber hecho un examen exhaustivo y no selectivo. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 425-426.

297. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 208, 300, 335, 353, 371, 376, 384, 387, 392, entre otros.

298. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 401.

No obstante, la Corte llegó a la conclusión de que el elemento subjetivo de dolo especial de genocidio no podía establecerse respecto de Serbia ni de Croacia, por lo que rechazó la acción original y la reconvención. Con relación a la primera, Croacia había alegado que los crímenes cometidos por el ejército yugoslavo (JNA) y las fuerzas serbias configuraban un patrón de conducta del que, por su escala y naturaleza, la única conclusión razonable que podía inferirse era la intención de destruir en parte al grupo croata.[299] Ello fue rechazado por la Corte sobre la base de jurisprudencia del TPIY, por considerar que el objetivo de los líderes de Serbia y de los serbios en Croacia era el de crear un Estado serbio étnicamente homogéneo, pero que ello no implicaba la intención de destruir a los croatas, sino forzarlos a abandonar la región[300] y castigarlos por poseer el estatus de enemigos en un sentido militar.[301]

Por lo tanto, la Corte no ingresó en el análisis de la atribución de responsabilidad a Serbia por la comisión del crimen de genocidio, ni tampoco por la violación del deber de prevenir y sancionarlo, como lo había hecho en su sentencia de 2007.

Con respecto a la reconvención interpuesta por Serbia relativa a las acciones de Croacia en la denominada Operación Tormenta de agosto de 1995, la Corte examinó la cuestión de la relación entre la responsabilidad del Estado y del individuo, señalando que el hecho de que el TPIY no hubiera condenado por genocidio a ningún oficial de alto rango militar o civil croata no resultaba un obstáculo para que la Corte pudiera eventualmente determinar que Croacia tenía responsabilidad internacional,[302] reiterando su postura de 2007 en el sentido de que no es necesario que medie una condena individual para atribuir responsabilidad a un Estado. Sobre la base de la prueba presentada, la Corte concluyó que se habían configurado los elementos objetivos del crimen de genocidio de matanza[303] y de lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo,[304] pero no los del supuesto del sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física, total o parcial.[305]

299. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 408.

300. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párrs. 426 y 428.

301. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 429.

302. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 461.

303. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 485 y 493.

304. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 496.

305. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 480 y 498.

Sin embargo, al igual que en el caso de Croacia, la Corte entendió que no se había probado la existencia del dolo especial del genocidio,[306] incluso invocando un patrón de conducta, pues los actos de genocidio probados no habían sido cometidos en una escala de tamaño suficiente tal que solo pudiera afirmarse la configuración del dolo especial.[307]

Por lo tanto, la Corte no ingresó en el análisis de la atribución de responsabilidad a Croacia por la comisión del crimen de genocidio ni por asociación para cometerlo, ni tampoco por la violación del deber de prevenir y sancionarlo, como lo había hecho en su sentencia de 2007.[308]

3.2.c) La contribución de las opiniones disidentes y separadas

Si bien luego de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia es posible afirmar que la responsabilidad del Estado por la comisión de un crimen está reconocida por el derecho internacional –aun cuando la Corte no retomó la noción de crimen propuesta por Roberto Ago en 1976 en el seno de la CDI–, persiste todavía la discusión acerca de su origen, naturaleza y alcance, así como de su relación con la responsabilidad del individuo, punto que será analizado en la Parte III. Ello surge claramente de las opiniones disidentes y separadas de los jueces de la Corte en los dos casos resueltos de la Convención contra el Genocidio.

En primer lugar, resulta interesante advertir que varios de los votos individuales coinciden en el rechazo de la interpretación de la mayoría respecto de que la Convención contra el Genocidio contiene de forma implícita la obligación de los Estados de no cometer genocidio (diferente de las obligaciones de prevención y sanción, incluidas expresamente). Esta posición, que considera la Convención de 1948 como un instrumento de derecho penal, refleja las discusiones conceptuales y las dificultades que surgieron durante la negociación.[309] Ese fue el caso del juez Tomka, quien afirmó que se trataba de una Convención de derecho internacional penal y que, por lo tanto, versaba sobre la responsabilidad de los individuos por la comisión del genocidio, no de los Estados.[310]

306. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 507 y 515.

307. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 512.

308. El juez *ad hoc* Kreća consideró que se había configurado un supuesto de instigación directa y pública al genocidio en virtud de las declaraciones del presidente de Croacia y la ideología Ushtasha, que tenía naturaleza genocida. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párrs. 115 y 120 y ss.

309. Quigley (2008: 258).

310. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez Tomka, párr. 39.

En el marco de la sentencia de 2007, el juez Owada aclaró que tal rechazo no implicaba necesariamente que los Estados tuvieran libertad de cometer genocidio, sino que esa obligación no surgía de la Convención, y, con cita del caso *Lotus*, agregó que resultaba imposible inferirla de su texto, pues guardaba silencio al respecto.[311] Por otro lado, admitió que ello no implicaba que la obligación no existiera en el derecho internacional, aceptando, así, la dualidad de responsabilidades señalada por la mayoría,[312] pero sobre la base de la fuente consuetudinaria.

Esta postura parece poner en juego la jurisdicción del Tribunal, pues si hubiera determinado que la obligación de no cometer genocidio era consuetudinaria, entonces tendría que haber rechazado la presentación por falta de jurisdicción por no encuadrar en el artículo IX de la Convención de 1948. Sin embargo, el propio el juez Owada identificó una forma de superar este obstáculo afirmando que la redacción particular de la cláusula compromisoria otorgaba a la Corte, a través de la puerta de atrás, jurisdicción para entender en disputas relacionadas con la responsabilidad del Estado de conformidad con el derecho internacional general por el crimen de genocidio cometido por individuos cuyas conductas le sean atribuibles.[313] Ello quiere decir que el artículo IX ampliaría la jurisdicción de la Corte a obligaciones no contenidas en el texto de la Convención.

En segundo lugar, resulta también interesante analizar los argumentos relacionados con la discusión sobre si el Estado puede efectivamente cometer un crimen internacional o no, que se basan en el rechazo de la naturaleza criminal de la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, en su Declaración, el juez Skotnikov observó que, como no existe la responsabilidad estatal de tipo criminal, aceptar que la Convención introduce la posibilidad de que el Estado cometa genocidio resulta en la descriminalización de dicha conducta, transformándola en un hecho internacionalmente ilícito.[314] En la misma línea, haciendo referencia a las reglas clásicas de atribución de responsabilidad, el juez Tomka afirmó que la Convención le permite a la Corte determinar que un Estado debe hacerse cargo de las consecuencias de un crimen de genocidio cometido por una persona que

311. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez Owada, párr. 45. En el mismo sentido, véase Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Declaración del juez Skotnikov, p. 370.

312. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez Owada, párrs. 49 y 55.

313. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez Owada, párr. 72.

314. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Declaración del juez Skotnikov, p. 371. En ese sentido, agregó que no resultaba necesaria la noción artificial de la obligación del Estado de no cometer genocidio, pues resultaba suficiente para generar su responsabilidad que un individuo cuya conducta sea atribuible a un Estado lo hiciera, como así tampoco la Corte podía establecer la presencia o ausencia de la intención genocida, *cf.* pp. 372-373.

sea declarada penalmente responsable debido a la relación que existe entre el Estado y dicha persona, conforme las reglas de atribución de responsabilidad, lo que no significa que el tribunal pudiera determinar que el Estado, como persona jurídica, haya cometido genocidio.[315] Sostuvo que la responsabilidad de los Estados prevista por los redactores de la Convención no es de carácter penal, sino de carácter civil.[316] En la misma línea, los jueces Shi y Koroma señalaron que afirmar que el Estado podía ser directamente responsable por el crimen de genocidio era cuestionable e incompatible con el objeto y fin de la Convención, que solo establece la responsabilidad penal de los individuos, pues, al momento de su adopción no existía la noción de crimen de Estado y, en la actualidad, tampoco se prevé la responsabilidad penal estatal.[317]

Por su lado, en su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou, si bien acordó con la mayoría en el hecho de que la Convención establecía una responsabilidad directa de los Estados por la comisión de genocidio,[318] reconoció que la noción de responsabilidad penal del Estado no contaba con aceptación universal, por lo que debía considerarse que la responsabilidad internacional de Estado no tenía naturaleza criminal ni civil, sino que tomaba prestados elementos de ambas técnicas y, a su vez, poseía aspectos propios que no podían ser equiparados con categorías de los derechos internos. Incluso cuando se aceptara la noción de crimen de Estado, las consecuencias no serían las mismas que aquellas que surgen de la responsabilidad internacional de los individuos, que es adicional a la de los Estados.[319] En opinión del juez *ad hoc*, se trataba de una violación grave a una norma imperativa de derecho internacional,[320] siguiendo de esta forma los Artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

El juez *ad hoc* Kreća, en su Opinión Separada, pareció ir un poco más allá y señaló que la responsabilidad criminal de una persona jurídica, como el Estado, es una ficción y que la analogía con la responsabilidad criminal corporativa de algunos derechos internos (que la mayoría utilizó para arribar a la conclusión de que de la Convención surgía la obligación para los Estados de no cometer genocidio), violaba la garantía prevista por el propio derecho penal de no utilizar analogías in

315. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez Tomka, párrs. 55-56.

316. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Separada del juez Tomka, párr. 58.

317. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Declaración Conjunta de los jueces Shi y Koroma, párr. 1.

318. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 45.

319. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párrs. 46-47.

320. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 49.

malam partem.[321] En el mismo sentido, consideró que la interpretación extensiva que la mayoría hizo del artículo I para afirmar la existencia de la obligación de no cometer genocidio era contraria al principio de derecho internacional de que las obligaciones de los Estados no se presumen, que se veía reforzada en el área del derecho internacional penal a la luz del principio de legalidad.[322]

Si bien el juez no se opuso a la posibilidad de que en el futuro el derecho internacional reconociera la responsabilidad penal de los Estados,[323] sostuvo que en el estado actual de ese ordenamiento, la responsabilidad del Estado por genocidio –o por cualquier otra conducta considerada como un crimen– solo podía ser de carácter moral o político, y que podía combinarse con otras medidas de carácter sancionatorio tomadas dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas (en particular, las facultades del Consejo de Seguridad reguladas en el Capítulo VII). Ello, afirmó, es el resultado de la descentralización –y hasta relativa desorganización– de la comunidad internacional y de la etapa embrionaria en que se encuentra el derecho internacional penal.[324]

La posición del juez *ad hoc* Kreća resulta, al menos, cuestionable, pues mezcla principios de responsabilidad del Estado con aquellos vinculados a la responsabilidad del individuo y, además, al aplicar nociones de derecho penal, su rechazo respecto de la responsabilidad del Estado por un crimen se torna contradictoria en sí misma.

En su Opinión Separada de 2015, nuevamente designado como magistrado *ad hoc* por Serbia, afirmó que una de las razones por la cual la Corte había tomado su decisión en 2007 era porque el crimen de genocidio, dada su específica naturaleza colectiva, implica la responsabilidad cumulativa de individuos y del Estado.[325]

Por su parte, en el caso de 2015, vale la pena destacar la Opinión Disidente del juez Cançado Trindade –que es más extensa que la decisión de la mayoría– quien, cabe recordar, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló la noción de crimen de Estado.[326] El magistrado sostuvo, en primer lugar, que la Convención contra el Genocidio es un tratado de derechos humanos.[327] Esta naturaleza implica que el caso no debió haber sido resuelto

321. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 128.

322. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párrs. 126-127.

323. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 128.

324. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 135.

325. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 85.

326. Véase capítulo 1 de este libro.

327. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 32 y 55.

sobre la base de criterios como la soberanía estatal, sino sobre el imperativo de protección de la vida y la integridad de grupos humanos bajo jurisdicción de un Estado, que se encuentran en situación de alta vulnerabilidad e indefensión.[328]

En segundo lugar, afirmó que considerar que la Convención no es aplicable a los Estados la tornaría casi en letra muerta, le quitaría toda utilidad y crearía una situación de impunidad respecto de ciertas conductas estatales graves. Señaló que el genocidio es un crimen cometido bajo la dirección o complicidad del aparato estatal. De hecho, en franca oposición a la famosa frase del Tribunal de Nuremberg,[329] el juez consideró que los Estados no son precisamente entidades abstractas ya que tienen la capacidad concreta de actuar con ejecutores individuales –los llamados recursos humanos– en actos de genocidio.[330] En esa línea agregó que la historia demostraba que el genocidio había sido cometido en apoyo de políticas estatales, por lo que al convertir la aplicación de la Convención en una tarea prácticamente imposible se le quitaba toda utilidad y se aseguraba la impunidad de actos criminales de un Estado cometidos a través de aparatos y burocracia estales.[331]

328. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 145. En sentido similar, Seibert-Fohr observó que si la Corte Internacional de Justicia hubiera considerado la Convención contra el Genocidio como un tratado de derechos humanos habría evitado ingresar en el análisis de conceptos de tipo penal para determinar la responsabilidad del Estado. *Cf.* Seibert-Fohr (2009: 365). De hecho, cabe remarcar que, en la colección de tratados de las Naciones Unidas, la Convención está contenida en el Capítulo IV que incluye tratados de derechos humanos y no en el Capítulo XVIII sobre "Cuestiones Penales" pero, a su vez como observó Schabas, fue discutida en el Sexto Comité de la Asamblea General y no en el Tercer Comité, que es el que se encarga de los temas de derechos humanos. Este autor sostuvo que se debería reforzar el lugar de la Convención de 1948 dentro de los tratados de derechos humanos, especialmente en virtud de su afinidad con la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en virtud de que Lemkin concibió el crimen de genocidio vinculado a la protección de las minorías. *Cf.* Mettraux (2019: vii). De hecho, esta parece haber sido la posición del ECOSOC cuando, en 1983, solicitó a la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías la redacción de un informe sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, que se publicó en 1985, conocido como Informe "Whitaker" (una actualización de los informes preliminares de 1973 y de un estudio de 1978). *Cf.* Res. E/CN.4/Sub. 2/416, 4 de julio de 1978 y Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985.

329. Debe señalarse que ha sido observado que esa frase fue una respuesta del Tribunal a los argumentos de algunos acusados que sostenían que eran meros instrumentos del Estado y que, por lo tanto, no podían ser condenados como individuos por lo que eran, en realidad, crímenes de Estado, pero que ello no equivale a sostener que el rol del Estado es irrelevante. *Cf.* Schabas (2009[2]: 512). Asimismo, una lectura de la sentencia del Tribunal Militar Internacional da cuenta de la centralidad de la política del Estado nazi en el juicio. *Cf.* Schabas (2008a: 954).

330. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 94.

331. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 146-148.

3.3. El caso de Myanmar

El 11 de noviembre de 2019, la República de Gambia inició un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia contra Myanmar por la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.[332]

En su presentación inicial, Gambia afirmó que el gobierno de Myanmar adoptó y condonó actos contra miembros del grupo étnico, racial y religioso Rohingya, como por ejemplo, matanzas, lesiones graves contra la integridad física y mental, el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos dentro de grupo y traslados por la fuerza, es decir, todos los actos previstos por el artículo II de la Convención. Asimismo, sobre la base del artículo III, alegó que, además de la comisión de genocidio, Myanmar había incurrido en la asociación ("*conspiracy*") para cometer genocidio, la tentativa del genocidio y la instigación directa y pública a cometer genocidio, así como la complicidad y la violación del deber de prevenir y sancionar el genocidio y el deber de adoptar legislación interna para implementar las disposiciones de la Convención.

Si bien podría ocurrir que la Corte Internacional de Justicia en su composición actual decidiera modificar algunas de las conclusiones tomadas en las sentencias de 2007 y de 2015, no parecería factible que diera marcha atrás respecto de la interpretación del artículo I y de la existencia de la obligación estatal de no cometer genocidio.

Sin embargo, el memorial de Gambia presenta algunas características diferentes de los casos de la ex Yugoslavia que resultan de interés para esta investigación, pues en el caso de Myanmar no existe (aún) jurisprudencia de un tribunal penal internacional sobre la cual pueda apoyarse en materia de identificación de los hechos.

No obstante, cabe señalar que el 4 de julio de 2019, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para abrir formalmente una investigación de la situación de Bangladesh/Myanmar, que le fue otorgada el 14 de noviembre de ese año. Para ello, la Sala consideró que del material disponible surgían fundamentos suficientes para creer que, al menos desde el 9 de octubre de 2016, existieron actos de violencia generalizados y/o sistemáticos contra la población civil Rohingya, incluidos asesinatos, detenciones, torturas, violaciones, violencia sexual, y otros actos coercitivos que resultaron en deportaciones a gran escala. Asimismo, dado que muchas de las fuentes indicaron el alto involucramiento de distintas fuerzas gubernamentales

332. Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024) (en adelante, "Memorial").

y otros agentes estatales, había fundamento suficiente para creer que existió una política estatal para atacar a los Rohingya.[333]

Sin embargo, si la Corte Internacional de Justicia siguiera la metodología utilizada en los casos de la ex Yugoslavia, se toparía con un problema ya que, en principio, no parece que la Fiscalía se esté ocupando de investigar la comisión del crimen de genocidio y, como se vio en las sentencias de 2007 y 2015, la ausencia de condenas, siquiera de acusaciones por este crimen, llevaría a la Corte a determinar que no se configuró y, por lo tanto, a rechazar la responsabilidad estatal alegada. Esta parece ser la estrategia seguida por Myanmar, que ha argumentado ante la Corte que, a lo sumo, las conductas denunciadas por Gambia podrían calificarse como crímenes de lesa humanidad, pero no como genocidio.[334] No obstante, cabe indicar que la Corte Penal Internacional no ha incluido el genocidio en su investigación por razones de jurisdicción más que por la falta de configuración de sus elementos, lo que se diferencia de los supuestos de la ex Yugoslavia. En la decisión, la Sala señaló que, como Myanmar no es parte en el Estatuto de Roma, la Corte solamente podrá ejercer jurisdicción cuando alguno de los elementos del *actus reus* de los crímenes de su competencia se hubiera cometido en el territorio de Bangladesh, que sí es Estado parte,[335] pues las personas pasibles de ser acusadas son nacionales de Myanmar.[336] Al respecto, cabe observar que, si bien *prima facie* ninguno de los actos subyacentes del crimen de genocidio contiene un elemento transfronterizo (como ocurre en los casos analizados por la Sala de Cuestiones Preliminares, que incluyen el crimen de lesa humanidad de desplazamiento forzado), la propia Sala señaló que ello no limita que en el futuro, la investigación se extienda a otros crímenes. Ello, siempre y cuando se cumpla con dicho requisito.[337] Por lo tanto, no se descarta la posibilidad de que

333. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, "Situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar", *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14 de noviembre de 2019, ICC-01/19-27.

334. Corte Internacional de Justicia, Transcripción de la audiencia de fecha 11 de diciembre de 2019, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191211-ORA-01-00-BI.pdf (último acceso: 20/02/0224).

335. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, "Situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar", *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14 de noviembre de 2019, ICC-01/19-27, *cf.* párr. 124.

336. *Cf.* artículo 12 del Estatuto de Roma.

337. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, "Situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar", *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14 de noviembre de 2019, ICC-01/19-27, *cf.* párr. 126. Podría pensarse, por ejemplo, en el acto de genocidio

se dicten decisiones de la Corte Penal Internacional que resulten pertinentes para el caso ante la Corte Internacional de Justicia.

En su memorial, Gambia admitió que no existe actualmente una jurisdicción internacional que pueda juzgar a los individuos asociados con esos actos de genocidio y, por lo tanto, ofreció a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.[338] Esto es una clara referencia a los casos de la ex Yugoslavia en los que, como fuera mencionado, la Corte Internacional de Justicia se apoyó mayormente en la jurisprudencia del TPIY para la determinación de la base fáctica.

Entre las fuentes a las que Gambia refiere en su presentación, menciona varios documentos producidos por diferentes mecanismos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Relatoría Especial sobre los derechos humanos en Myanmar, el Asesor Especial sobre la Prevención de Genocidio y la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos, y corroborados por organizaciones de derechos humanos y otras fuentes creíbles.[339]

El segundo informe detallado de la Misión Internacional Independiente de Investigación, presentado en septiembre de 2019, analiza los sucesos en Myanmar desde la perspectiva de la responsabilidad de Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A tal fin, utilizó la misma metodología que el informe de 2018, que versa sobre la responsabilidad penal individual.[340] Allí, explicó que, de manera consistente con la práctica de órganos de la ONU similares, la Misión aplicó el estándar de "motivos razonables" para adoptar sus determinaciones fácticas sobre los casos individuales, los incidentes y los patrones de conducta. Consideró que dicho estándar se alcanzaba cuando existía un cuerpo de información primaria suficiente y confiable, consistente con otras informaciones, y que permitiría a una persona común y prudente concluir razonablemente que un caso, incidente o patrón de conducta tuvo lugar, indicando, además, que se trataba de un estándar

---

de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial como pasible de ser cometido en más de un Estado. Esto fue señalado por la presentación de un grupo de víctimas ante la Sala de Cuestiones Preliminares en el marco de la primera consulta que realizó la Fiscalía a la Sala de Cuestiones Preliminares antes de la decisión de abrir formalmente la investigación. *Cf.* Global Rights Compliance, *Submissions on Behalf of the Victims Pursuant to Article 19(3) of the Statute*, 30 de mayo de 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-9 31-05-2018.

338. Memorial, párr. 5. Para un relato de los hechos, véase párrs. 25 a 110.

339. Memorial, párr. 6.

340. Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/42/CRP.5, 16 de septiembre de 2019, párr. 31 (en adelante, "Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019"). Véase capítulo 4.

de prueba más bajo que el requerido en procesos penales.[341] Para su informe de 2019, llevó a cabo 419 entrevistas con víctimas y testigos y analizó imagen satelital, fotografías, videos y documentos. Asimismo, corroboró la información con fuentes secundarias consideradas creíbles y confiables.[342]

Sobre la base del estándar de motivos razonables, la Misión concluyó que la evidencia probaba la inferencia de la intención genocida y que el Estado de Myanmar había violado la obligación de no cometer genocidio a la luz de las reglas de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. En primer lugar, recordó que, en su primer informe, había determinado que los Rohingya eran un pueblo protegido por la Convención de 1948, ya que podía ser considerado como un grupo étnico, racial o religioso o una combinación de ellos. En particular, observó que el hecho de que los Rohingya recibieran un trato diferenciado a través de la adopción de leyes, políticas y prácticas apoyaba la conclusión de que se trataba de un grupo protegido.[343] En segundo lugar, señaló que habían sido víctimas de numerosos actos de genocidio, como matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; y medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. En tercer lugar, manifestó que esos actos eran atribuibles al Estado y habían sido cometidos intencionalmente; y, en cuarto lugar, infirió que el Estado había desarrollado una intención genocida de destruir total o parcialmente a los Rohingya sobre la base de un patrón de conducta.[344]

A los fines de demostrar la intención genocida, la Misión afirmó que debía probarse un plan del Estado que expresara dicha intención o un patrón de conducta que diera cuenta de ella o del que se la pudiera inferir.[345] En este sentido, observó que la jurisprudencia internacional ofrecía pocas directrices para determinar la intención genocida de un Estado, pero que de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales revisada en su informe de 2018 y de

341. Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/39/CRP.2, 17 de septiembre de 2018, párr. 10 (en adelante, "Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018").

342. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 32.

343. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1391.

344. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 220.

345. Para ello, citó el *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 373 y el *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 145.

la información recogida en el informe de 2019 era posible inferir la intención genocida del Estado de Myanmar sobre la base de motivos razonables.[346]

A falta de directrices, la Misión identificó siete factores que consideró suficientes para inferir la intención genocida de destruir al pueblo Rohingya como tal. En primer lugar, la extrema brutalidad de los ataques del Tatmadaw; en segundo lugar, la naturaleza organizada de la destrucción; en tercer lugar, la naturaleza sexual de la extensa violencia perpetrada con las mujeres y niñas durante las "*clearance operations*"; en cuarto lugar, las expresiones insultantes, discriminatorias, racistas y de exclusión de los funcionarios de Myanmar y otros antes, durante y luego de las operaciones; en quinto lugar, la existencia de planes y políticas discriminatorias, como la Ley de Ciudadanía, y los esfuerzos del gobierno de limpiar, confiscar y construir sobre la tierra de los Rohingya con miras a cambiar la composición demográfica y étnica del estado de Rakhine y reducir la proporción de Rohingya; en sexto lugar, la tolerancia del gobierno frente a la retórica pública de odio y desprecio respecto de los Rohingya y, en séptimo lugar, el hecho de que el Estado no investigó ni enjuició las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[347] Todo ello permitía concluir, como única inferencia posible, que el patrón de conducta del Estado daba cuenta de una intención genocida.[348]

En cuanto a la atribución, la Misión consideró suficiente demostrar que el genocidio era atribuible a un órgano del Estado, como un ministerio o las fuerzas de seguridad, sin necesidad de identificar a los individuos específicos responsables o de probar que todo el Estado de Myanmar estaba involucrado. Entre los órganos, señaló particularmente al Tatmadaw por su rol en las "*clearance operations*" que comenzaron en agosto de 2017. Asimismo, consideró que el Estado proveyó de recursos y dio direcciones a miembros de grupos étnicos y grupos armados informales que actuaron junto con, y de manera complementaria, el Tatmadaw y otras fuerzas de seguridad. Además, de forma previa a los ataques genocidas, funcionarios gubernamentales se basaron en leyes y políticas discriminatorias para justificarlos y luego, el Estado adoptó e implementó planes y políticas que efectivamente apoyaron todo lo que había sucedió, negando cualquier hecho ilícito, destruyendo evidencia, rechazando investigaciones efectivas y confiscando propiedad y construyendo sobre la tierra de la que habían sido desplazados los Rohingya, asegurándose que estos no pudieran regresar.[349]

Así, surge que, a pesar de no existir sentencias judiciales, la Corte Internacional de Justicia contará con las conclusiones fácticas (y jurídicas) de mecanismos de investigación creados en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de

346. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 223.

347. *Idem,* párr. 224.

348. *Idem*, párr. 225.

349. *Idem*, párr. 222.

la ONU. En consecuencia, la Corte deberá revisar su metodología para valorar tales conclusiones en virtud de que estas no pasaron por el procedimiento de admisibilidad de la prueba aplicable en un proceso penal en el que se apoyó la Corte en sus sentencias de los casos de la ex Yugoslavia, lo que será analizado en el capítulo 5 de este libro.

Otra de las particularidades que presenta este caso es que la legitimación de Gambia no surge del hecho de que se trata de un Estado lesionado, de conformidad con el artículo 42 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, como ocurría en los casos de Bosnia Herzegovina o de Croacia, sino que ha basado su legitimación en la naturaleza de norma imperativa de la prohibición de genocidio y en las obligaciones *erga omnes partes* que surgen de la Convención.[350] En su presentación, Gambia señaló que ambos Estados son partes en la Convención contra el Genocidio y no han reservado la cláusula compromisoria del artículo IX. Además, a los fines de establecer la existencia de una controversia, Gambia indicó que en varias oportunidades había expresado preocupación por lo que estaba ocurriendo en Myanmar.[351]

Al igual que en los casos de la ex Yugoslavia, en su memorial Gambia solicitó medidas provisionales a la luz de los daños severos e irreparables que se están causando al pueblo Rohingya,[352] señalando que Myanmar había negado cualquier hecho ilícito de su parte y había resistido los llamados de Gambia y de la comunidad internacional para frenar y aliviar la destrucción y el sufrimiento de los Rohingya, así como que también había destruido prueba para encubrir los crímenes. Gambia afirmó que, de esta forma, buscaba salvaguardar los derechos de los Rohingya en el territorio de Myanmar como un grupo protegido por la Convención contra el Genocidio, y los derechos *erga omnes partes* que tiene de conformidad con la Convención, que son la contracara de las obligaciones *erga omnes partes* de Myanmar, resaltando que la Corte ya había afirmado el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación requerida para liberar a la humanidad de este flagelo. El 9 de diciembre de 2019, Gambia solicitó una medida provisional adicional por la cual requirió que la Corte ordenara a Myanmar que otorgase acceso y cooperase con los órganos de investigación de las Naciones Unidas.[353]

En su resolución de fecha 23 enero de 2020, como comentario preliminar, la Corte señaló que debía entenderse por miembros del grupo Rohingya a todas aquellas personas que se identificaban como tales y que poseían una relación de

350. Memorial, párr. 15.

351. Memorial, párr. 21.

352. Memorial, párrs. 113-134.

353. Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia v. Myanmar). Medidas provisionales. Orden del 23 de enero de 2020, *I.C.J. Reports 2020, p. 3* (en adelante, "*Orden del 23 de enero de 2020*"), párr. 10.

larga data con el estado de Rakhine, parte de la Unión de Myanmar.[354] Luego, analizó los requisitos para el dictado de las medidas provisionales.

En primer lugar, a los fines de interpretar el artículo IX de la Convención contra el Genocidio, examinó si existía una controversia respecto de la interpretación o aplicación de dicho tratado, pues Myanmar había afirmado que no existía una disputa entre las partes porque Gambia actuaba como un intermediario de la Organización para la Cooperación Islámica y no en su propio nombre[355] para evitar el obstáculo del artículo 34 y la competencia contenciosa personal de la Corte. Al respecto, la Corte observó que, en su informe de 2019, la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU afirmó que Myanmar era responsable por la violación de la Convención contra el Genocidio y agradeció los esfuerzos de Gambia, Bangladesh y la Organización para la Cooperación Islámica.[356] Asimismo, sostuvo que, en una situación en la que se alegan violaciones graves del derecho internacional, la existencia de una disputa puede inferirse de la falta de respuesta por parte de un Estado en un contexto en el que resulta necesario que se pronuncie, haciendo referencia a varias instancias en las que Gambia había protestado por la conducta de Myanmar.[357]

Con respecto a los requisitos, la Corte afirmó que en la etapa de medidas provisionales no era necesario determinar si se había configurado la intención genocida, sino que bastaba con que algunos de los actos alegados por Gambia fueran susceptibles de ser encuadrados en la Convención contra el Genocidio.[358]

Por otro lado, la Corte examinó el argumento de Myanmar que sostenía que dentro del artículo VIII[359] de la Convención contra el Genocidio, respecto del cual había formulado una reserva, se debía incluir a la Corte Internacional de Justicia. Al respecto, el Tribunal entendió que la cláusula se refiere a los órganos que pueden tomar medidas para la prevención y represión, pero no para la resolución jurisdiccional ("*adjudication*"), lo que está regulado expresamente en el artículo IX, que no había sido reservado por Myanmar.[360] En consecuencia, consideró que existía jurisdicción *prima facie*.[361]

En cuanto a la legitimación de Gambia, la Corte, sobre la base de su Opinión Consultiva de 1951, sostuvo que a la luz de los valores compartidos todos los Estados

354. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 15.
355. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 23.
356. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 27.
357. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 28.
358. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 30.
359. El artículo VIII dispone: "Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III".
360. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párrs. 35-36.
361. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 37.

partes en la Convención tienen un interés en asegurar la prevención de los actos de genocidio y que, si ocurren, sus autores no queden impunes. Ese interés común implica que las obligaciones les son debidas a todos los Estados partes por todos los Estados partes en la Convención, por lo que no se requiere que el Estado esté especialmente afectado para invocar las violaciones de dichas obligaciones.[362] Por lo tanto, concluyó que Gambia estaba legitimada *prima facie* para presentar el caso.[363]

En cuanto a los derechos involucrados, la Corte observó que existía una correlación entre los derechos de los miembros de los grupos protegidos por la Convención, las obligaciones de los Estados que la ratificaron y el derecho de cada uno de ellos de buscar que los demás Estados partes cumplan con sus disposiciones.[364] Asimismo, afirmó que, sobre la base de los informes mencionados anteriormente, existía fundamento suficiente para concluir que los derechos invocados por Gambia respecto de los cuales buscaba protección eran verosímiles a los fines del dictado de la medida provisional,[365] lo que, por otro lado, no equivalía a concluir que se había violado la Convención contra el Genocidio.[366]

En lo referido a la urgencia, observó que, en vista de los valores fundamentales que busca proteger la Convención contra el Genocidio, los derechos concernidos en el caso, (en particular, el derecho del grupo Rohingya en Myanmar y sus miembros de ser protegidos contra asesinatos y otros actos que amenacen su existencia como grupo) son de una naturaleza tal que un perjuicio contra estos es capaz de causar un daño irreparable.[367]

En consecuencia, de las cinco medidas provisionales solicitadas por Gambia, la Corte encontró que solo tres de ellas se relacionaban directamente con la necesidad de preservar derechos protegidos por la Convención.[368] Por ello, la Corte ordenó que Myanmar tomara todas las medidas en su poder para prevenir

362. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 41.

363. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 42. Myanmar había argumentado que, si bien la Convención contiene obligaciones *erga omnes* partes, ello no equivalía a afirmar que estas le confirieran *ius standi* a Gambia, pues no se encontraba especialmente afectada por las violaciones alegadas, *cf.* párr. 39. En este punto, cabe indicar que la jueza Xue señaló que la referencia de Gambia y de la propia Corte al precedente de *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica vs. Senegal) como un caso en el que se había utilizado la naturaleza especial de las obligaciones para afirmar la jurisdicción de la Corte no era pertinente porque, en ese caso, Bélgica había requerido la extradición de Hissène Habré a Senegal y, por lo tanto, tenía algo más que un mero interés común como Estado parte en la Convención contra la Tortura. En ese sentido, agregó que debía diferenciarse entre tener un interés en el cumplimiento de obligaciones *erga omnes partes* y la capacidad para iniciar un procedimiento ante la Corte. *Cf. Orden del 23 de enero de 2020*, Opinión Separada de la vicepresidenta Xue, párrs. 4-5.

364. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 52.

365. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 56.

366. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 66.

367. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 70.

368. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 61.

la comisión de actos del artículo II de la Convención contra el Genocidio;[369] para asegurar que los militares, las unidades armadas irregulares que puedan ser dirigidas o apoyados por el Estado y cualquier organización o persona que esté sujeta a su control, dirección o influencia, no cometan genocidio, conspiración para cometer genocidio, incitación pública y directa para cometer genocidio, tentativa de cometer genocidio o complicidad en el genocidio contra los miembros del grupo Rohingya que se encuentran en su territorio;[370] y que tomara medidas efectivas para prevenir la destrucción y asegurar la preservación de cualquier prueba relacionada con las alegaciones de comisión actos del artículo II de la Convención.[371] Asimismo, dispuso que Myanmar debía informar a la Corte del estado del cumplimiento de esas medidas en un plazo de cuatro meses desde la orden, y luego, cada seis meses hasta el dictado de la sentencia final. Esos informes serían transmitidos a Gambia, quien podrá presentar comentarios.[372]

Hay que señalar que dos jueces de la Corte emitieron opiniones separadas, mientras que el juez *ad hoc* Kress formuló una declaración individual. Por un lado, la jueza Xue señaló que tenía reservas respecto de la verosimilitud del caso a la luz de la Convención contra el Genocidio, pues consideró que la prueba presentada daba cuenta más bien de una situación gravísima de violaciones de derechos humanos y de maltratos prolongados contra minorías étnicas, que de la comisión de un genocidio. Refirió en apoyo a esa conclusión el hecho de que Bangladesh, un Estado cuyos intereses están especialmente afectados por la crisis, manifestó su intención de buscar una solución duradera a una cuestión que la jueza consideró como de reconciliación nacional y de la igualdad de minorías étnicas.[373]

Por su parte, el juez Cançado Trindade realizó un examen de las órdenes anteriores de la Corte Internacional de Justicia en las que se había analizado la solicitud de medidas provisionales sobre la base de la Convención contra el Genocidio, hizo hincapié en la situación de vulnerabilidad de las personas como criterio para ordenar medidas provisionales[374] y criticó el uso del elemento verosimilitud porque se trata de derechos fundamentales, incluidos el principio de

369. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 79.
370. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 80.
371. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 81.
372. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, párr. 82.
373. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, Opinión Separada de la vicepresidenta Xue, párr. 3.
374. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 72.

igualdad y no discriminación. Es decir, estaban involucradas normas imperativas de derecho internacional[375] y no de derechos verosímiles.[376]

Finamente, en su Declaración, el juez *ad hoc* Kress hizo referencia a que Myanmar consideró que el requisito de la verosimilitud se aplica también a los elementos subjetivos del crimen, pues, como se trata de un caso que involucra alegaciones de excepcional gravedad, la Corte debería aplicar un estándar más estricto. Al respecto, el juez *ad hoc* sostuvo que acordaba con el rechazo de este argumento por parte de la Corte y, de hecho, se preguntó si en un caso como este, en el que estaban en juego valores fundamentales, el estándar no debería incluso ser más bajo. En este sentido, observó que, precisamente, la Corte aplicó un estándar bajo de verosimilitud con relación a la intención genocida y señaló que, incluso con este estándar bajo, tenía dudas respecto de la configuración de la intención genocida.[377]

El 22 de julio de 2022 la Corte dictó su decisión sobre las cuatro excepciones preliminares que interpuso Myanmar.[378] Allí retomó algunas de las cuestiones que había examinado *prima facie* en la orden de medidas provisionales y rechazó la presentación de Myanmar abriendo de esta forma la etapa de fondo del caso.[379] En primer lugar, consideró que Gambia se presentaba en nombre propio y que el hecho de que hubiera aceptado una propuesta de una organización intergubernamental como la Organización para la Cooperación Islámica de llevar el caso a la Corte o de que hubiera recibido apoyo financiero o político

375. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 87.

376. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 77 y ss., en particular, párr. 79.

377. Corte Internacional de Justicia, *Orden del 23 de enero de 2020*, Declaración del juez *ad hoc* Kress, párr. 5.

378. El 20 de enero de 2022, Myanmar presentó un escrito alegando cuatro excepciones preliminares respecto de la jurisdicción de la Corte: 1) Gambia no es el solicitante real, sino que está actuando en nombre de la Organización para la Cooperación Islámica y, por lo tanto, la Corte no tiene competencia personal sobre el asunto; 2) Gambia no tiene legitimación para incoar la acción porque no es un Estado lesionado y la Corte no acepta las *actio popularis* y porque, además, Bangladesh, quien gozaría de dicha legitimación, ha hecho una reserva al artículo IX de la Convención contra el Genocidio; 3) la reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención contra el Genocidio impediría que la Corte ejerza su jurisdicción y 4) no existe una controversia real. *Cf. Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf (ultimo acceso: 20/02/2024). El 20 de abril de 2022, Gambia presentó su respuesta solicitando el rechazo de las cuatro excepciones preliminares.

379. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar). Decisión de 22 de julio de 2022. La Corte fijó determinó que Myanmar deberá presentar su contramemorial el día 24 de abril de 2023. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, Orden del 22 de julio de 2022.

de dicha organización no afectaba su estatus como demandante.[380] En segundo lugar, entendió que se había configurado una controversia internacional puesto que identificó una oposición de posturas relativas a si el tratamiento del grupo Rohingya era conforme a las obligaciones de Myanmar a la luz de la Convención contra el Genocidio.[381] En tercer lugar, la Corte afirmó que la reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención contra el Genocidio no era un obstáculo para su jurisdicción, pues esta surgía del artículo IX. Al respecto, sostuvo que la frase "órganos competentes" de la disposición reservada no incluía a la Corte Internacional de Justicia porque se refería a los órganos políticos de las Naciones Unidas.[382] Finalmente, la Corte sostuvo que el hecho de que Gambia no fuera un Estado especialmente afectado (o directamente lesionado) no impedía que invocara la responsabilidad de Myanmar ante el tribunal puesto que la Convención contra el Genocidio contenía obligaciones *erga omnes* partes. Con cita de la Opinión Consultiva de 1951, la Corte afirmó que todos los Estados parte de la Convención tienen un interés común de asegurar la prevención y sanción del genocidio. Estos intereses comunes implican que las obligaciones les son debidas por cualquier Estado parte a todos los Estados partes.[383] Agregó que, a fin de incoar una acción, el Estado no debe demostrar que sus nacionales se encuentran afectados por el crimen de genocidio, observando que, frecuentemente, las víctimas del crimen son nacionales del propio Estado presuntamente involucrado.[384]

Resta por ver si la Corte, en su análisis sobre el fondo del caso, reformulará la metodología planteada en los casos de la ex Yugoslavia en lo que se refiere al vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad en ausencia de sentencias judiciales relativas a la responsabilidad individual.

3.4. El caso de Ucrania

El 26 de febrero de 2022, Ucrania introdujo una solicitud ante la Corte Internacional de Justicia contra la Federación Rusa basada en la violación de la Convención contra el Genocidio. La solicitud presenta algunos aspectos novedosos para la Corte, pues, a diferencia de los casos anteriormente desarrollados, el planteo no requiere que decida si la Federación Rusa ha cometido genocidio, sino que, por el contrario, Ucrania ha requerido que la Corte declare que este

380. *Idem*, párr. 44. Se usa el término "demandante" porque es el utilizado en la traducción oficial al castellano del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. *Cf.* https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court//rules-of-court-es.pdf (último acceso: 20/02/2024).

381. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar). Decisión de 22 de julio de 2022, párr. 73.

382. *Idem*, párr. 88.

383. *Idem*, párrs. 106-107. La jueza Xue emitió un voto en disidencia con relación a este punto.

384. *Idem*, párr. 109.

Estado no es responsable por la comisión del crimen. En consecuencia, el segundo planteo sostiene que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en Lugansk y Donetsk a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio.[385] Ucrania aseveró en su presentación que ello configuraba una violación de la Convención contra el Genocidio, pues se trataba de una aplicación abusiva y de mala fe de las obligaciones previstas en el artículo I.[386] Así, justificó la jurisdicción de la Corte en el hecho de que se había configurado una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención –que ambos Estados habían ratificado–, de conformidad con la cláusula compromisoria prevista en el artículo IX.

De forma similar a los casos de Bosnia Herzegovina y Myanmar, en su presentación, Ucrania solicitó el dictado de medidas provisionales. Si bien la Federación Rusa no asistió a la audiencia celebrada el 7 de marzo de 2022, presentó un escrito en el que cuestionó la jurisdicción de la Corte y señaló que la Convención contra el Genocidio no regula el uso de la fuerza entre Estados ni el reconocimiento de los Estados y afirmó que la operación militar especial rusa se fundamentaba en la legítima defensa del pueblo ruso y de las Repúblicas Populares del Donbass que habían solicitado su asistencia. Agregó que una referencia al crimen de genocidio no equivale a la invocación de la Convención o a la existencia de una controversia porque la noción de genocidio existe en el derecho internacional consuetudinario y en los derechos internos de Ucrania y la Federación Rusa independientemente de la Convención.[387]

Tan solo 20 días después de la acción incoada por Ucrania, el 16 de marzo de 2022, la Corte publicó una orden por la que hizo lugar a las medidas provisionales requeridas.[388] De acuerdo con el pedido, ordenó que la Federación Rusa suspendiera las operaciones militares hasta el dictado de la sentencia de fondo y que asegurara que cualquier unidad armada militar o irregular que sea dirigida y apoyada por dicho Estado o cualquier organización o personas que estén sujetos a su control, dirección o influencia no tomase acciones para promover dichas

385. En su Solicitud, Ucrania citó una serie de frases de Vladimir Putin y de otros funcionarios de la Federación Rusa que afirmaban que Ucrania había cometido actos de genocidio en las provincias ("*oblasts")* de Luhansk y Donetsk para justificar sus operaciones militares. *Cf.* Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, párr. 8. En adelante "Solicitud de Ucrania". Disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024).

386. Solicitud de Ucrania, párrs. 26-27.

387. Federación Rusa, Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged "lack of jurisdiction" of the Court in the case, 7 de marzo de 2022, párrs. 12, 15 y 20. Disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024).

388. *Cf.* Acta de la audiencia disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf (último acceso: 20/02/2024).

operaciones.[389] Asimismo, indicó una medida provisional adicional requiriendo que ambas partes en la disputa aseguraran que la controversia no se agravara.[390]

Se trata de una orden interesante ya que las medidas no mencionan expresamente el crimen de genocidio, sino que se refieren a la operación militar de manera general. Ello se debe al hecho de que, como fuera explicado, el planteo de Ucrania es un planteo invertido en el sentido de que, a diferencia de casos anteriores, no se solicita que la Federación Rusa se abstenga de cometer el crimen, sino que se declare que Ucrania no ha cometido actos de genocidio.[391] Al constituir la base de su jurisdicción, la Corte analizó los requisitos de las medidas provisionales a la luz de la Convención de 1948.

En primer lugar, consideró que la prueba presentada demostraba que las declaraciones hechas por las partes se refirieron al objeto de la Convención contra el Genocidio de forma suficientemente clara para generar una controversia, permitir que Ucrania invocara el artículo IX[392] y establecer la jurisdicción *prima facie* de la Corte. Al respecto, señaló que no era necesario que los Estados se refirieran a algún tratado específico en sus intercambios para poder invocar su cláusula compromisoria, sino que debían aludir con suficiente claridad al tema regulado en el tratado. En este sentido, entendió que las declaraciones indicaban una divergencia de posiciones relativas a si ciertos actos cometidos por Ucrania en las regiones de Luhansk y Donetsk podían ser considerados como genocidio en violación de las obligaciones de la Convención de 1948, así como si el uso de fuerza de la Federación Rusa para el invocado propósito de prevenir y castigar el genocidio alegado era una medida que podía ser tomada para cumplir con las obligaciones de prevenir y sancionar el crimen contenidas en el artículo I de la Convención.[393]

En segundo lugar, sostuvo que Ucrania tenía un derecho plausible a no ser sometida a operaciones militares para prevenir o sancionar un supuesto genocidio en su

389. Corte Internacional de Justicia, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa). Medidas provisionales. Orden del 16 de marzo de 2022, párr. 81 (en adelante, "*Orden del 16 de marzo de 2022*").

390. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 82

391. A modo de ejemplo, cabe recordar que en la controversia entre Bosnia Herzegovina y Serbia y Montenegro, la Corte ordenó como medida provisional que el gobierno de Serbia y Montenegro tomara todas las medidas en su poder para prevenir el genocidio, que garantizaran que ninguna unidad militar o paramilitar, o unidades armadas irregulares que pudiera dirigir o apoyar, así como otras organizaciones o personas bajo su control, dirección o influencia, no cometieran actos de genocidio de los artículos II y III de la Convención, y que no tomara ninguna acción y asegurara que no se tomaría ninguna acción que pudiera agravar la disputa relativa a la prevención y sanción del crimen o que dificultara su solución. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro). Medidas provisionales, Orden del 8 de abril de 1993, I.*C.J. Reports 1993, p. 3*.

392. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 44.

393. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 45.

territorio[394] y que las dos primeras medidas provisionales solicitadas se vinculaban con la preservación de dicho derecho.[395] En esa línea, observó que la prueba presentada en el caso no sostenía las alegaciones de la Federación Rusa respecto de la comisión de genocidio en territorio ucraniano y que resultaba dudoso que, a la luz del objeto y fin de la Convención, este tratado autorizara el uso de fuerza unilateral en el territorio de otro Estado para prevenir o sancionar un supuesto genocidio.[396]

En tercer lugar, la Corte consideró que el derecho de Ucrania era de naturaleza tal que un perjuicio a este era capaz de causar un daño irreparable de pérdidas de vida, daños mentales o físicos y a la propiedad y medio ambiente.[397] Agregó que la población civil afectada por el conflicto es extremadamente vulnerable y que los ataques habían generado un gran daño material y creado condiciones de vida cada vez más difíciles.[398] En consecuencia, consideró cumplido el requisito del riesgo real e inminente de un daño irreparable.[399]

A pesar de que existen informes que mantienen que la Federación Rusa estaría cometiendo genocidio en el contexto del conflicto armado con Ucrania,[400] en su presentación Ucrania no solicitó expresamente que la Corte realice dicha determinación. Sin embargo cabe observar que, en su Solicitud, este Estado señaló que las falsas alegaciones rusas resultaban más ofensivas e irónicas por el hecho de que parecía que era este Estado quien estaba planificando actos de genocidio en Ucrania en razón de las matanzas y serias lesiones infringidas a miembros de la nacionalidad ucraniana y que estos actos, vistos de manera conjunta con las declaraciones del presidente Putin, sugerían una intención genocida.[401] Cuando la Corte ingrese en el análisis del fondo de la Solicitud, salvo que en sus futuras presentaciones Ucrania incluya una petición concreta en ese sentido, en principio

394. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 60.
395. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 62.
396. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 59.
397. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 74.
398. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 75.
399. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 77.
400. Véase, por ejemplo, New Lines Institute for Strategy and Policy & Raoul Wallenberg Centre for Human Rights (2022). Cabe señalar que este Informe señala que, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, en su análisis, el Instituto aplicó el estándar de "motivos razonables para concluir" similar al de los órganos de investigación de derechos humanos. Respecto de la prueba, véase capítulo 5, apartado 2 de este libro. Entre aquellos que cuestionan que las acciones de la Federación Rusa puedan calificarse como genocidio, véase Moses (2022).
401. Solicitud de Ucrania, párr. 24. La Solicitud en inglés dice: "In short, Russia has turned the Genocide Convention on its head – making a false claim of genocide as a basis for actions on its part that constitute grave violations of the human rights of millions of people across Ukraine. Russia's lie is all the more offensive, and ironic, because it appears that it is Russia planning acts of genocide in Ukraine. Russia is intentionally killing and inflicting serious injury on members of the Ukrainian nationality –the actus reus of genocide under Article II of the Convention. These acts must be viewed together with President Putin's vile rhetoric denying the very existence of a Ukrainian people, which is suggestive of Russia's intentional killings bearing genocidal intent".

no examinaría la responsabilidad de la Federación Rusa por la comisión del genocidio, sino por un ejercicio de las obligaciones de prevenir y sancionar dicho crimen contrario al derecho internacional.[402]

La Corte Internacional de Justicia parece consciente de las características especiales del caso, ya que, antes de ingresar en el análisis de los requisitos para el dictado de las medidas provisionales, se refirió a la magnitud de la tragedia humana que está teniendo lugar en Ucrania y se mostró muy preocupada por la continuación de las pérdidas de vidas y del sufrimiento humano.[403] Además, expresó su profunda preocupación por el uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa en Ucrania, que consideró que generaba cuestiones graves de derecho internacional. En ese sentido, recordó los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y su propia responsabilidad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y de la resolución pacífica de controversias, subrayando que todos los Estados deben actuar de conformidad con la Carta y otras normas de derecho internacional, incluyendo el derecho internacional consuetudinario.[404] Sin perjuicio de ello, admitió que

402. Cabe señalar que, a diferencia del caso de Myanmar, *sí* existe un tribunal penal internacional que se encuentra investigando la situación y que podría incluir cargos por genocidio. La Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional se encuentra investigando la comisión de crímenes de competencia de la Corte en el territorio de Ucrania. Este Estado no ha ratificado el Estatuto de Roma, sino que en 2014 y 2015 depositó dos declaraciones de conformidad con el artículo 12.3 de dicho instrumento, que permite que los Estados que no sean partes del Estatuto consientan la competencia de la Corte de modo específico o *ad hoc* con respecto a los crímenes del artículo 5. Si bien a la fecha no se cuenta con información acerca de los crímenes concretos bajo investigación, de acuerdo con los parámetros jurisdiccionales generales conferidos a través de estas remisiones, el alcance de la situación abarca posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona a partir del 21 de noviembre de 2013.

403. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 17. Tan consciente estaba de dicha situación, que uno de los jueces señaló que, si bien no estaba convencido de que la Convención contra el Genocidio había sido concebida para permitir que los Estados discutan cuestiones relativas al uso de fuerza, se sintió compelido a votar a favor de las medidas provisionales en razón del sufrimiento terrible que estaba siendo infligido en el pueblo ucraniano para unirse a la Corte en su pedido para que finalizara la guerra. *Cf.* Declaración del juez Bennouna, párrs. 1-2.

404. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 18. La importancia de este caso para la comunidad internacional también se refleja en la declaración de intervención de 33 Estados como terceros sobre la base del artículo 63 del Estatuto de la Corte en tanto Estados partes de la Convención contra el Genocidio. En todos los casos, la Corte invitó a Ucrania y a la Federación Rusa a presentar observaciones escritas sobre las declaraciones de intervención. Véase https://www.icj-cij.org/en/case/182/intervention (último acceso: 20/02/2023). Por su parte, el 18 de agosto de 2022, la Unión Europea presentó a la Corte información relativa al caso de conformidad con el artículo 34.2 del Estatuto. *Cf.* https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220818-PRE-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024). El 5 de junio de 2023 la Corte emitió su decisión respecto de las declaraciones de intervención, autorizando a todos los Estados a presentar observaciones sobre el artículo IX de la Convención, con excepción de los Estados Unidos en virtud de la reserva que este Estado mantiene respecto de esa disposición.

el caso presentado por Ucrania tenía un alcance más limitado restringido a la Convención contra el Genocidio.[405]

4. Recapitulación

Como se ha estudiado en este capítulo, la descripción de las discusiones acerca de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio da cuenta de la falta de consenso acerca de su naturaleza y de la existencia de ciertos interrogantes sobre su alcance. Por otro lado, si consideramos –siguiendo a la Corte Internacional de Justicia– que no se trata de una responsabilidad civil ni penal, sino que es de "carácter internacional", ¿qué es lo que significa exactamente? Finalmente, ¿cómo impacta en la relación con la responsabilidad del individuo la manera en que se califica la naturaleza de la responsabilidad del Estado?

En primer lugar, cabe señalar que la responsabilidad del Estado mencionada en la cláusula compromisoria del artículo IX la Convención contra el Genocidio solamente puede referirse al tipo de responsabilidad que puede declarar la Corte Internacional de Justicia. En su declaración en la *Decisión sobre Excepciones Preliminares del Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, el juez Oda observó que la inclusión en una cláusula compromisoria de la frase "responsabilidad del Estado" resultaba extraña e innecesaria ya que todas las controversias llevadas ante la Corte Internacional de Justicia se relacionan con dicha responsabilidad.[406] El

Cf. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa). Orden del 5 de junio de 2023, párr. 102.

405. *Orden del 16 de marzo de 2022*, párr. 19. De hecho, cabe señalar que la decisión sobre excepciones preliminares dictada con posterioridad a la defensa de la tesis sobre la que se basa este libro ha limitado aún más el caso, puesto que la Corte aceptó la segunda excepción preliminar interpuesta por la Federación Rusa referida a la falta de competencia material para analizar la legalidad de las operaciones militares rusas a luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario. Esta excepción se vinculaba con el segundo aspecto de la presentación de Ucrania que planteaba que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en Lugansk y Donetsk a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio. De esta manera, el caso actualmente versa únicamente sobre el primer planteo de Ucrania, que se refiere a la solicitud de declaración que este Estado no es responsable por la comisión del crimen de genocidio. Corte Internacional de Justicia, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa). Excepciones preliminares. Decisión de 2 de febrero de 2024, en particular, párrs. 146-147.

406. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia), Excepciones preliminares, sentencia del 11 de julio de 1996, *I.C.J. Reports, p. 595*, Declaración del juez Oda, párr. 5.

análisis de los trabajos preparatorios de la Convención da cuenta de que la razón de la inclusión de dicha frase se debió, precisamente, a que la propuesta del Reino Unido de mencionar al Estado dentro de los sujetos pasibles de cometer genocidio en el actual artículo IV había sido rechazada y, por lo tanto, recurrió al artículo IX para no dejar dudas acerca de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, a lo que, vale la pena subrayar, los demás Estados no se opusieron.[407]

En segundo lugar, esta naturaleza de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio surge claramente del proyecto de Artículos que adoptó la CDI en 2001. De hecho, el Relator Especial James Crawford entendió que en el contexto del derecho internacional la responsabilidad de los Estados no es de naturaleza penal ni de naturaleza civil, sino simplemente de carácter internacional, admitiendo que el término "crimen" podría resultar confuso.[408]

En tercer lugar, algunos jueces consideraron necesario aclarar que la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio surge de la atribución de conductas individuales, lo que, en realidad, no aporta demasiado a la discusión, ya que en la propia sentencia se sigue precisamente ese camino. De hecho, sería extraño que el Estado no resulte responsable del crimen de genocidio si la conducta de individuos que sea pasible de serle atribuida de acuerdo con las reglas desarrolladas por la CDI encuadrara en la definición de dicho crimen. Las únicas excepciones posibles, que serán analizadas en la Parte III de este libro, serían considerar que los elementos de la conducta ilícita varían según se trate del individuo o del Estado o que existan diferencias procedimentales que obstaculizaran ambas conclusiones.[409]

En cuarto lugar, dicha afirmación, no obstante, no implica exigir que debe establecerse la responsabilidad penal de esos individuos para generar la responsabilidad del Estado. Incluso cuando resulte imposible juzgar penalmente a los individuos, será posible atribuir responsabilidad al Estado por un hecho internacionalmente ilícito.[410] El obstáculo concreto que surge en este sentido es la dificultad de la Corte Internacional de Justicia de llevar adelante una investigación

407. Cabe observar que, mientras de manera similar la versión en español dice "en materia de genocidio" y en francés "*en matière de genocide*", en el texto en inglés se lee "*for genocide*", lo que no es exactamente lo mismo. En la misma línea, la versión rusa ("*za sovershenie genotsida*") se traduce como "por la comisión de genocidio". Las traducciones al inglés y al ruso ofrecen así un mayor apoyo a la inclusión de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio.

408. A/CN.4/490 y Add. 1-7, "Primer informe sobre responsabilidad del Estado", *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II)*, p. 13. En el mismo sentido, Pellet (2001: 108).

409. Autoras como Asuncion (2009-1204) o Jørgensen (2000: 153) sostienen que no parecen existir razones jurídicas que justifiquen que la calidad jurídica de los actos del Estado no sea idéntica a los de los actos del agente.

410. Seibert-Fohr (2009: 363). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada en el apartado 4.3 del capítulo 1 da cuenta precisamente de esta situación y del hecho de que no llevar adelante juzgamientos de dichas personas puede, a su vez, comprometer la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los deberes de investigar y juzgar violaciones graves de derechos humanos.

de los hechos autónoma, pues, como se advierte en los casos de la ex Yugoslavia, hasta el momento la Corte se apoyó casi exclusivamente en las investigaciones y las sentencias del TPIY.

El único voto que parece ir un poco más allá de esta concepción es la Opinión Disidente del juez Cançado Trindade en 2015, en la que examina el aporte del aparato estatal a las conductas individuales, es decir, hace el camino contrario o, en todo caso, analiza las dos direcciones juntas: cómo influye la conducta de los individuos en la responsabilidad de Estado y cómo influye el Estado en la conducta de los individuos. Este juez ya había sostenido que la responsabilidad del Estado contiene, a la vez, elementos de naturaleza civil y de naturaleza penal y, por lo tanto, debía considerarse como una responsabilidad unificada, que debía ser acompañada por la responsabilidad internacional penal del individuo.[411] De hecho, calificó la doctrina internacionalista que rechaza la responsabilidad del Estado en materia de crímenes internacionales como petrificada por el fantasma de la soberanía estatal.[412]

Se considera que la interpretación correcta es la que sugiere que hablar de crimen de Estado no implica, necesariamente, afirmar que la responsabilidad que surja tenga naturaleza penal en el sentido en que es usado en el derecho doméstico. Tampoco resulta del todo convincente el término "genocidio civil", ya que, de alguna manera, parece plantear dos tipos de definiciones del crimen y reducir su gravedad en casos de responsabilidad estatal.[413] Por ello, se estima que la analogía que se plantea entre los conceptos del derecho internacional y del derecho interno muchas veces resulta perjudicial para una comprensión adecuada del primero. Entender el crimen de genocidio como un hecho internacionalmente ilícito que amerita un régimen de responsabilidad agravada ofrece mayor claridad y evita confusiones terminológicas y conceptuales que afectan la efectividad de la Convención contra el Genocidio,[414] sin perjuicio de que, como fuera explicado en el capítulo 1, dicho régimen se encuentra regulado de forma bastante escueta en los Artículos de la CDI y solamente impone nuevas obligaciones a los terceros Estados, mas no agrava la situación del Estado responsable.[415] De todas maneras, cabe advertir que este régimen ha tenido una aplicación concreta en el caso de

411. Cançado Trindade (2005: 257). En un sentido similar, Jørgensen ha propuesto que un enfoque alternativo a la dualidad de responsabilidades sería reconocer la responsabilidad criminal del Estado y asumir la naturaleza penal de las obligaciones que surge de la Convención contra el Genocidio. *Cf.* (2011: 273).

412. Cançado Trindade (2005: 268).

413. Asuncion (2009: 1206).

414. Se ha propuesto denominar la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales como una responsabilidad *sui generis*. *Cf.* Webb (2012: 121).

415. *Cf.* artículos 40 y 41 de los Artículos de la CDI. Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 que, de todos modos, parece regular una situación diferente ya que no requiere una violación "grave" de una norma imperativa. Véase al respecto capítulo 1 de este libro.

Myanmar, pues se aceptó, la legitimación amplia para invocar responsabilidad en estos supuestos, prevista por el artículo 48, de Gambia.

No obstante, este régimen de responsabilidad agravada puede resultar difícil de compaginar con el análisis que llevó adelante la Corte Internacional de Justicia, pues incorporó conceptos relacionados con una responsabilidad de tipo penal. En consecuencia, en casos como estos, en los que está en juego la responsabilidad del Estado por conductas consideradas crímenes internacionales, resulta necesario ofrecer un marco de análisis que permita compatibilizar ambos regímenes, cuestión que se desarrollará en la Parte III.

Por otro lado, también se estima que la postura del juez Cançado Trindade no debe descartarse completamente, pues es la que presenta más claramente la interrelación entre la conducta individual y la colectiva.

Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 2007 y 2015 configuran un gran avance del derecho internacional en la medida en que por primera vez se afirma que un Estado puede ser responsable por el crimen de genocidio, cuestión que no había quedado establecida con claridad luego de la adopción de la Convención en 1948.

Sin embargo, las dos decisiones han resultado insuficientes ya que en ningún caso se determinó que los Estados demandados eran efectivamente responsables por el crimen, es decir, que en la práctica habría sido lo mismo que la Corte hubiera interpretado que del artículo I solamente surgen el deber de prevenir y de castigar, pero no la obligación de no cometer el crimen de genocidio, por lo que la determinación de la Corte quedó limitada a una conclusión de tipo teórica. En virtud del alcance restringido de las sentencias se ha observado que, en realidad, estas deben ser consideradas como la segunda muerte de la noción de "crimen de Estado", luego de que la CDI rechazara incluirla dentro de los Artículos de 2001.[416] Esta posición resulta un poco exagerada, ya que, sin perjuicio de no haber determinado la responsabilidad de Serbia en los casos concretos, de todas formas, las sentencias han contribuido a afianzar una interpretación de la Convención de 1948 que, hasta entonces, no había contado con demasiado consenso relativa a la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen de genocidio.[417]

Por otro lado, cabe señalar que el hecho de que, en su trabajo sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la CDI haya excluido las normas primarias tuvo como resultado que cuestiones como la culpa o el elemento subjetivo dependan del contenido de estas y no sean un elemento regulado por los Artículos de 2001. Consecuentemente, al analizar la responsabilidad del

416. Dupuy (2016: 880).

417. Por otra parte, cabe señalar que aún está pendiente la resolución del caso incoado por Gambia en la que eventualmente podría determinarse la responsabilidad de Myanmar por la comisión del crimen de genocidio, así como el caso contra Israel presentado por Sudáfrica en diciembre de 2023.

Estado por el crimen de genocidio, la Corte debió determinar la configuración del elemento subjetivo por fuera de las normas secundarias desarrolladas por la CDI y apoyarse en las conclusiones de un tribunal penal internacional con competencia para juzgar individuos cuya conducta podría atribuirse al Estado, cuestión que sí forma parte de la regulación de la CDI.[418] Las particularidades de la norma primaria llevaron a la Corte a acercarse a un análisis de tipo penal de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, y atento la centralidad de la que gozó la jurisprudencia del TPIY en las sentencias de 2007 y 2015, es menester examinar con detalle las resoluciones de los tribunales penales internacionales en los casos en los que la conducta de los individuos se enmarca en una criminalidad sistémica en un aparato estatal a fin de construir una matriz de análisis de los puntos en común del régimen de responsabilidad del Estado y del régimen de responsabilidad del individuo por crímenes internacionales, como el genocidio.

418. Milanovic (2006: 561).

Capítulo 4
El genocidio como crimen del individuo

En este capítulo se estudian las sentencias dictadas por los tribunales penales internacionales en los que se analizó la conducta individual del crimen de genocidio, con el fin de identificar los elementos colectivos que fueron tomados en consideración. El objetivo no es ofrecer un estudio exhaustivo de estas decisiones, sino hacer hincapié en aquellos elementos que demuestran los vínculos de las conductas individuales con el aparato del Estado. Esto permitirá avanzar en la fundamentación de que el crimen de genocidio representa una instancia de criminalidad sistémica que requiere que las conductas individuales sean examinadas a la luz del contexto colectivo en el que fueron realizadas y en la determinación de los vínculos entre el régimen de responsabilidad internacional del individuo y el régimen de responsabilidad internacional del Estado.

Este capítulo también hace referencia a la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, creada por el Consejo de Seguridad.[1] Si bien no constituye una instancia jurisdiccional, el mandato otorgado por el Consejo disponía que debía investigar "de inmediato todas las denuncias de transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes" y constatar "si se han producido o no actos de genocidio", así como identificar "a los autores de tales transgresiones a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos".[2] En su informe, la Comisión incluyó, de manera reservada, los nombres de posibles acusados por violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, que eran oficiales del gobierno de Sudán, miembros de las milicias, de los grupos rebeldes y

1. A través de la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Consejo de Seguridad, Resolución 1564 (2004), párr. 12.

de ciertos oficiales de ejércitos extranjeros actuando en su capacidad personal.[3] Asimismo, como fuera señalado en el capítulo 3, aunque su mandato no incluía expresamente el análisis de la responsabilidad de Sudán como Estado, la metodología utilizada en su informe tuvo como resultado que la Comisión analizara la existencia de una política genocida llevada adelante por el gobierno sudanés, lo que podría impactar en la responsabilidad estatal, aceptando de forma implícita que un crimen internacional frecuentemente implica la acción de agentes estatales o, al menos, su complicidad.[4]

De manera similar, en este capítulo se examina también el informe de 2018 de la Misión Internacional Independiente de Investigación de Myanmar, creada por el Consejo de Derechos Humanos con el mandato de "determinar los hechos y las circunstancias de las presuntas violaciones recientes de los derechos humanos por las fuerzas militares y de seguridad y de los abusos cometidos en Myanmar, especialmente en el estado de Rakhine, que incluyen entre otras cosas detenciones arbitrarias, torturas y tratos inhumanos, violaciones y otras formas de violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados y la destrucción ilícita de bienes, con miras a garantizar la plena rendición de cuentas de los responsables y la justicia para las víctimas".[5] En dicho informe, la Misión llegó a la conclusión de que estaban presentes los elementos que configuran el crimen de genocidio en Myanmar contra la minoría rohingya e incluyó una lista de personas pasibles de ser investigadas penalmente.[6]

1. La referencia al contexto histórico-colectivo en las sentencias individuales

En razón de su competencia personal, las sentencias de los tribunales penales internacionales presentan un análisis de la conducta de un individuo para determinar si puede ser encuadrada en la tipificación de un crimen internacional y si se le puede imputar responsabilidad por dicho crimen. Sin embargo, como se verá en este apartado, las características de los crímenes internacionales –por caso, el genocidio– requieren que el tribunal examine primero el contexto colectivo antes de ingresar en el análisis de la conducta individual. Así, en todas ellas se encuentra, en mayor o menos medida, una introducción del contexto general de comisión de los crímenes.

3. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 514.

4. Loewenstein y Kostas (2007: 848).

5. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 34/22 del 24 de marzo de 2017, punto resolutivo 11.

6. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018.

1.1. Ruanda

El TPIR fue el primer tribunal penal internacional que dictó una condena por el crimen de genocidio. En sus primeras sentencias se advierte ya la importancia del contexto colectivo. Las Salas de Juicio comenzaron con un análisis fáctico (y en oportunidades jurídico) del contexto, para luego entrar en el examen de la conducta individual de la persona acusada que allí se insertaba. Esta metodología fue matizándose con el paso del tiempo para hacer mayor hincapié en el aspecto individual. De todas formas, como se verá, ello responde a que la Sala de Apelaciones constató judicialmente ("*judicial notice*") que en 1994 había ocurrido un genocidio en Ruanda, de manera que las Salas de Juicio pudieron concentrarse solamente en las acciones de los/as acusados/as.

La metodología original se observa claramente en los casos *Akayesu* y *Kayishema y Ruzindana*. Allí, las Salas de Juicios comenzaron con un análisis de la configuración del crimen de genocidio de manera general, sin entrar en la conducta de los acusados. En el caso de *Kayishema* y *Ruzindana* la Sala aclaró que ello permitiría una mejor comprensión del contexto en el que los acusados habrían cometido los crímenes incluidos en los cargos.[7]

En el caso *Akayesu*, en primer lugar, se consideró probado el acto de matanza de miembros de un grupo protegido[8] y luego, a fin de comprobar la configuración del dolo especial independientemente de la conducta del acusado o de otra persona, señaló que la innegable escala y naturaleza sistemática y atroz de las masacres podían evidenciar la intención de los perpetradores de causar la desaparición completa de los Tutsi.[9] En segundo lugar, se apoyó en dos hechos que, en su opinión, daban cuenta de que el grupo de los Tutsi era el blanco del ataque: por un lado, la identificación de las personas miembros de ese grupo a través de una revisión sistemática de los documentos de identidad, en donde figuraba su pertenencia, y la separación de esas personas para su detención o su asesinato, y, por el otro, la campaña de propaganda llevada a cabo antes y durante los hechos en medios de comunicación pública.[10] La Sala llegó entonces a la conclusión de que las víctimas habían sido atacadas en razón de su pertenencia al grupo étnico Tutsi, no porque fueran combatientes del grupo opositor (el Frente Patriótico Ruandés o "FPR") –ya que mujeres embarazadas y niños también fueron atacados–, sino porque lo que se buscaba era el exterminio del grupo.[11] En consecuencia, la Sala

7. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 274.

8. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 116.

9. *Idem*, párr. 118.

10. *Idem*, párr. 123.

11. *Idem*, párrs. 124-125.

concluyó de forma general que en el año 1994 en Ruanda[12] se había cometido un genocidio contra el grupo Tutsi meticulosamente organizado,[13] antes de entrar en el análisis de la conducta individual del acusado en el caso.

En la sentencia de *Kayishema* y *Ruzindana*, la Sala comenzó por el análisis de la existencia de un plan genocida que existía al momento del derribamiento del avión en el que viajaba el presidente de Ruanda el 6 de abril de 1994, sobre la base de ciertos indicadores, como, por ejemplo, listas de personas a ser ejecutadas pertenecientes a la elite Tutsi, la propagación de una ideología extremista a través de los medios de comunicación, el uso de un programa de defensa civil y de distribución de armas a la población civil y la identificación de personas en los retenes que cortaban los caminos, que fueron instalados con gran velocidad luego de la caída del avión.[14] En este caso, además de un análisis de los hechos a nivel nacional, la Sala de Juicio examinó el contexto colectivo en la Prefectura de Kibuye, de la cual Clément Kayishema era el prefecto y en donde residía y ejercía sus negocios Obed Ruzindana. Al respecto, observó que allí las masacres habían sido planificadas con antelación a través de, por ejemplo, el envío de listas por parte de los burgomaestres de personas que serían blanco de los ataques. Indicó además que algunas de las masacres más brutales habían ocurrido luego de reuniones organizadas por las autoridades de la Prefectura a las que habían asistido autoridades del gobierno nacional interino y/o ciudadanos de la Prefectura para discutir cuestiones de seguridad.[15] Así, llegó a la conclusión de que el plan genocida había sido llevado a cabo por funcionarios públicos y personas con autoridad a través de discursos de odio y la movilización de sus subordinados contra la población Tutsi en razón de su etnia.[16]

Tanto en el caso de *Akayesu*[17] como en el caso de *Kayishema* y *Ruzindana* se incluye un relato detallado de los antecedentes históricos que precedieron a los eventos que dieron lugar a la creación del TPIR e incluso una referencia a hechos

12. A pesar de que los actos imputados al acusado habían tenido lugar en una de las comunas del Estado.

13. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 126.

14. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 275.

15. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párrs. 309-310.

16. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 312.

17. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párrs. 31-54.

previos a la independencia de Ruanda en el caso de *Akayesu*, a pesar de que la Sala de Juicio II en el caso de *Kayishema* y *Ruzindana* manifestó que no buscaba con eso explicar los nexos causales entre la historia de Ruanda y los eventos de 1994.[18] En ese caso, la Sala de Juicio observó, luego del relato histórico, que las tensiones étnicas fueron usadas por las personas que ejercieron el poder en 1994 a fin de llevar a cabo el plan genocida contra los Tutsi.[19]

Para llegar a estas conclusiones, las Salas no se refirieron a la conducta individual de ninguna persona en particular, sino que concluyeron de manera general que se había configurado el crimen de genocidio. En este punto, cabe preguntarse por qué la Corte Internacional de Justicia eligió no seguir esta metodología. Como se vio en el capítulo 3, para afirmar la comisión del crimen de genocidio en Bosnia Herzegovina y en Croacia, la Corte se apoyó en las conclusiones del TPIY basadas en el análisis de las conductas individuales. La Corte podría haber seguido la metodología del propio TPIR y determinar la configuración del crimen de genocidio sin ingresar en un análisis individual, sobre la base de indicadores generales, lo que habría modificado la relación entre ambos regímenes de responsabilidad[20] y, quizás, en el caso de 2015 podría haber arribado a una conclusión diferente.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, al ser el TPIR un tribunal que establecía la responsabilidad penal de los individuos, luego de determinar la comisión en general del crimen de genocidio, en *Akayesu*, la Sala aclaró que ello no influiría en el caso del acusado, pues debía examinar la prueba presentada por la Fiscalía en relación con los cargos, de forma desapasionada, a la luz de la presunción de inocencia en respecto del juicio justo y de los derechos de la persona acusada.[21] En la misma línea, en el caso *Kayishema* y *Ruzindana*, la Sala manifestó que la conclusión de que había ocurrido un genocidio en Ruanda no resolvía la pregunta sobre la inocencia o culpabilidad de los acusados.[22] En efecto, como surge de la jurisprudencia, a pesar de considerar que a nivel colectivo se había cometido un genocidio, en varias ocasiones, las Salas dictaron absoluciones debido a la imposibilidad de probar la responsabilidad del acusado a través de alguna de las modalidades previstas, mayormente por falencias relacionadas con la prueba del dolo especial.

18. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 32.

19. *Idem*, párr. 54.

20. De hecho, cabe señalar que la página web del TPIR incluye un relato general del genocidio en Ruanda. Disponible en https://unictr.irmct.org/en/genocide (último acceso: 20/02/2024).

21. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 129.

22. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 273.

En los casos siguientes, si bien las Salas no volvieron a calificar en el nivel colectivo la plataforma fáctica como un genocidio, de todas maneras, incluyeron una descripción del contexto nacional y/o regional, dependiendo del caso, antes de entrar en el análisis de las conductas individuales.

En el caso *Nahimana et al.*, fueron los propios acusados los que introdujeron información sobre la historia de Ruanda argumentando que era importante conocer las relaciones e identidades inter-étnicas a fin de comprender los eventos de 1994. La Sala de Juicio observó que en los primeros fallos del TPIR se había examinado en detalle el período precolonial de Ruanda y que aceptaba la importancia de esa historia.[23] Al respecto, luego de citar el desarrollo histórico realizado en la sentencia de *Akayesu*, la Sala concluyó que las identidades de los grupos étnicos Hutu, Tutsi y Twa y el prejuicio resultante de la distribución diferenciada de privilegio social y político habían sido alentados por y durante el dominio colonial y que las fuerzas políticas habían contribuido a la transformación de la conciencia étnica en odio étnico.[24] En ese caso, también se incluyó un análisis de la historia reciente de Ruanda, en particular, de los hechos que tuvieron lugar entre 1990 y 1994, señalando ciertos eventos como la formación y entrenamiento de la milicia juvenil conocida como Interahamwe, la importación de machetes y documentos sobre el uso de la propaganda contra la población Tutsi.[25] Asimismo, la Sala incluyó un resumen de los desarrollos que tuvieron lugar desde la muerte del Presidente el 6 de abril, que, nuevamente antes de entrar en el análisis de las conductas individuales de los acusados, calificó de genocidio por matanzas sistemáticas y generalizadas contra la población Tutsi,[26] en el que, *inter alia*, mencionó: el asesinato de los políticos de oposición y de los prefectos y burgomaestres que se opusieron a las matanzas, el ataque a la operación de la Misión de Asistencia para Ruanda de las Naciones Unidas (UNAMIR) desplegada en el terreno, la asunción de un nuevo gobierno interino con Jean Kambanda como primer ministro, las instrucciones transmitidas a la población de ir a trabajar con sus herramientas –lo que significaba el asesinato de la población Tutsi con machetes– y las distintas estrategias que para ello se fueron llevando a cabo (retenes en los caminos para la identificación de la población Tutsi, reunirla en lugares como iglesias, escuelas y otros lugares públicos para luego atacarla y, luego, la búsqueda de aquellos/as que se habían escondido).[27]

Ya en el sexto caso en el que el TPIR analizó cargos de genocidio, el caso *Musema*, se adoptó una perspectiva menos colectiva, pero no por eso se dejó de lado el contexto en el que se cometieron los crímenes. Así, la Sala de Juicio comenzó

23. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment*, 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T, párrs. 105-106.

24. *Idem*, párr. 108.

25. *Idem*, párrs. 110-116.

26. *Idem*, párr. 121.

27. *Idem*, párr. 114.

por observar que el acusado había participado en ataques contra la población Tutsi, que esos ataques eran parte de la comisión generalizada y sistemática de otros actos criminales contra dicho grupo. Asimismo, señaló que el mismo Alfred Musema había admitido que se había configurado un genocidio en Ruanda durante el tiempo de esos incidentes en los mismos lugares mencionados en la acusación,[28] por lo que encuadró sus acciones individuales en dicho crimen.

Tres años más tarde, en el caso contra Elizaphan y Gérard Ntakirutimana, también de manera más restrictiva, limitando el contexto colectivo a un incidente concreto y sin mencionar el genocidio a nivel nacional, y antes de entrar en la conducta individual de los acusados, la Sala de Juicio entendió que el hecho de que el ataque contra el Complejo Mugonero hubiera generado cientos de víctimas, que fueron atacadas por ser Tutsi, sin perjuicio de su sexo o edad, solamente por razones de su etnicidad, que hubiera sido llevado a cabo con carácter sistemático y generalizado y hubiera resultado en una masacre no dejaba dudas respecto a que había sido llevado a cabo con la intención de destruir totalmente la población Tutsi presente en el Complejo.[29]

En el caso contra Laurent Semanza, de manera previa a la sentencia, la Sala de Juicio había realizado una constatación judicial en el sentido de que entre el 6 de abril y el 17 de julio de 1994 tuvieron lugar en Ruanda ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil basados en su pertenencia a la etnia Tutsi.[30] Sin embargo, consideró que la prueba presentada por la Fiscalía no era suficiente para que la Sala sacara conclusiones sobre la política oficial de gobierno de Ruanda,[31] sino que limitó sus conclusiones a los lugares en donde tuvieron lugar los incidentes mencionados en los cargos, afirmando que allí se había cometido el crimen de genocidio.[32]

En el caso de Emannuel Ndindabahizi, la Sala enmarcó los ataques en los que participó el acusado en un contexto más amplio de masacres motivadas por razones étnicas de Tutsi a lo largo de Ruanda, incluyendo, en particular, la Prefectura de Kibuye[33] y afirmó que conocía que sus expresiones y acciones eran parte de ese contexto más amplio.[34]

28. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párrs. 903-932.

29. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana", *Judgment*, 21 de febrero de 2003, ICTR-96-10-T & ICTR-96-17-T, párr. 785.

30. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Laurent Semanza", *Judgment*, 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T, párr. 227.

31. *Idem*, párr. 279.

32. *Idem*, párr. 424.

33. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Emmanuel Ndindabahizi", *Judgment*, 15 de julio de 2004, ICTR-2001-71-I, párr. 460.

34. *Idem*, párr. 462.

Contrariamente, la Sala de Juicio en *Gacumbitsi* se negó a expedirse sobre una parte de la acusación en la que se hacía referencia al contexto general porque no se hacía mención concreta del acusado ni de su conducta.[35]

En esa línea, como fuera mencionado, si bien en la mayoría de las sentencias subsiguientes se abandonó la metodología de realizar primero una referencia al contexto general en Ruanda y de calificarlo como genocidio y se comenzó a ingresar directamente en la descripción de los hechos relacionados con los cargos y con la persona acusada, ello ocurrió como consecuencia de una nueva táctica de la Fiscalía: solicitar la constatación judicial del crimen de genocidio. Como se verá más adelante, en el caso *Karemera et al.*, la Sala de Apelaciones realizó una constatación judicial en el sentido de que en Ruanda había ocurrido un genocidio y ello fue luego citado en las sentencias subsiguientes, obviando así la necesidad de una referencia genérica al genocidio cometido en dicho país.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que cuando las personas acusadas habían ocupado cargos públicos prominentes, las Salas de Juicio consideraron que el contexto colectivo resultaba importante para comprender la prueba presentada por las partes. En particular, ello ocurrió en los casos llamados "*Military*" o "*Government*", es decir, cuando el aparato del Estado había jugado un rol en las conductas individuales de las personas acusadas.

En el caso *Bagosora et al.* (*"Military I"*), la Sala de Juicio reconoció que resultaba imposible para un tribunal penal describir la imagen completa de lo que había ocurrido en Ruanda, incluso en un caso de la magnitud como el que tenía bajo examen, pues su tarea se encontraba limitada por los exigentes estándares de prueba y el enfoque en los acusados y en la prueba específica presentada ante ella.[36] Sin embargo, dado el perfil de los acusados y su rol en el gobierno, al comienzo de su sentencia, la Sala ofreció un breve relato de los hechos que comenzaron el 6 de abril con el derribamiento del avión del presidente Habyarimana,[37] así como de los que tuvieron lugar con anterioridad, como la firma de los Acuerdos de Arusha, las características y organización de las fuerzas armadas ruandesas y del Ministerio de Defensa y de la UNAMIR, que utilizó como antecedentes de

35. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", *Judgment*, 17 de junio de 2004, ICTR-2001-64-T, párrs. 31-32. La acusación afirmaba que, luego del derribamiento del avión en el que viajaba el presidente Habyarimana y luego del establecimiento de un gobierno interino el 8 de abril, se lanzó una campaña nacional de movilización de las fuerzas armadas, las milicias civiles, la administración local y los ciudadanos para luchar contra el FPR, un grupo opositor político-militar predominantemente Tutsi. Las fuerzas armadas y los Interahamwe atacaron específicamente población civil Tutsi como cómplices de un ejército invasor o como enemigos domésticos. Bajo la excusa de la defensa nacional, ciudadanos ordinarios, principalmente Hutu, fueron enlistados en una campaña nacional de saqueo y pillaje, matanzas, violación, tortura y exterminación de los Tutsi.

36. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párr. 5.

37. *Idem*, párrs. 15-25.

sus conclusiones fácticas.[38] La misma técnica utilizó en el caso *Agustin Ndindiliyimana et al.* (*"Military II"*), que involucraba a militares de alto rango, incluidos miembros del Comité de Crisis formado luego de la muerte del presidente Habyarimana y las discusiones que tuvieron lugar allí.[39] Incluyó además un análisis del funcionamiento de la gendarmería nacional.[40] En ese caso, en virtud del cargo de conspiración para cometer genocidio –que luego fue desestimado– la Sala también analizó acontecimientos políticos desde 1990, como la llamada Comisión del Enemigo[41] y examinó las características del gobierno interino, afirmando que el hecho de que estuviese formado por políticos que apoyaban la ideología extremista Hutu y que se oponían implacablemente a los Acuerdos de Arusha y a la colaboración con el FPR dio ímpetu a las matanzas generalizadas de Tutsi y disminuyó la resistencia a las masacres en el gobierno, incluso cuando no concluyó que los acusados habían colaborado con el gobierno como parte de la conspiración para cometer genocidio.[42]

En el caso *Bizimungu et al.*, que involucraba a cuatro ministros del gobierno interino, la Sala de Juicio incluyó al comienzo de la sentencia una descripción de la violencia anterior a 1994 supuestamente cometida por extremistas Hutu en represalia por las incursiones o la infiltración encubierta del FPR, pero observó que la Fiscalía no había probado el vínculo de los acusados con esos ataques. También se refirió al entrenamiento de milicias juveniles de varios partidos políticos entre 1990 y 1994 pero no encontró prueba que implicara a los acusados, aunque consideró que ello era altamente relevante para entender las matanzas masivas de Tutsi y Hutu moderados que tuvieron lugar luego del derribamiento del avión del presidente.[43]

En la sentencia en el caso *Nyiramashuhuko et al.* –que versó sobre hechos llevados a cabo en el marco del aparato gubernamental de la Prefectura de Butare– la Sala discutió brevemente la estructura administrativa de Ruanda, las características geográficas y poblacionales de la Prefectura de Butare y algunos eventos históricos claves que resultaban relevantes para las conclusiones fácticas, como los Acuerdos de Arusha, el ataque del FPR o la creación del Gobierno interino, entre otros.[44]

38. *Idem*, párrs. 139-193. La Sala también analizó los hechos generales en virtud de la teoría propuesta por la defensa. *Cf.* párrs. 1987-1992.

39. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", *Judgment*, 17 de mayo de 2011, ICTR-00-56-T, párrs. 635-650.

40. *Idem*, párrs. 105-225.

41. *Idem*, párrs. 232-245.

42. *Idem*, párr. 650.

43. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungo *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párrs. 180-184. 188-199

44. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párrs. 217-245.

La misma línea siguió el caso *Karemera et al.*, en el que los acusados tenían un alto cargo en el *Mouvement Révolutionnaire Nationale pour le Développement* ("MRND"), que había sido un partido estatal durante muchos años, cuyo presidente era el presidente del Estado y que, hasta 1990, había sido el único partido político autorizado. En dicha sentencia se incluyó, además de una referencia a los Acuerdos de Arusha, una descripción del MRND y del sistema de partidos políticos en Ruanda y la formación de la milicia juvenil Interahamwe como parte del MRND, pero ello ya en relación con la conducta de uno de los acusados.[45] La Sala también hizo mención de la influencia que tenían los líderes del MRND sobre las decisiones que tomaba el Gobierno interino.[46]

1.2. La ex Yugoslavia

El trabajo del TPIY tiene algunos puntos en común con la metodología seguida por el TPIR en el sentido de que en las sentencias se incluyeron referencias al contexto colectivo en el que se cometieron los crímenes, como el desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia.[47] Sin embargo, en general el análisis se limitó al conflicto armado en Bosnia Herzegovina, pues las condenas por genocidio fueron dictadas con relación exclusiva a los hechos conocidos como la masacre de Srebrenica.[48]

45. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T, párrs. 118-152 y párrs. 196-358.

46. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T, párr. 946. Sin embargo, la Sala de Apelaciones no consideró suficiente esta conclusión general para condenar al presidente del Comité Ejecutivo del MRND, Matthiue Ngirumpatse, por conspiración para cometer genocidio. El otro acusado, Karemera, sí fue condenado por dicho crimen como miembro de gobierno interino. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-98-44-A, párr. 649.

47. Véase, por ejemplo, TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 6; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párrs. 24-25. En dichos fallos se señala que en decisiones anteriores ya se había incluido un relato de ese evento histórico en mayor detalle.

48. Se trata de un pueblo al este de Bosnia Herzegovina que durante el período entre 1992 y 1995 funcionó como un enclave del Ejército bosnio, en el que residían miles de bosnio-musulmanes de áreas vecinas. El Consejo de Seguridad lo declaró "zona libre de ataques armados o actos hostiles" en 1993 bajo la protección de la Misión de Naciones Unidas UNPROFOR ("UN Protection Forces"). Se trataba de una zona clave para los serbio-bosnios ya que el control de esa región era necesario para alcanzar el objetivo de formar una entidad política serbio-bosnia homogénea, de acuerdo con uno de los Seis Objetivos Estratégicos de la dirigencia serbio-bosnia. Entre 1992 y 1995 se llevaron adelante fuertes combates en la zona, lo que causó que los bosnio-musulmanes se desplazaran hacia Srebrenica y aumentara significativamente su población y, en consecuencia, empeoraran las condiciones de higiene y alimentación, agravadas por las acciones de las fuerzas armadas serbio-bosnias ("VRS") que,

Si bien la Fiscalía había presentado cargos de genocidio en relación con otras municipalidades de Bosnia Herzegovina, las Salas entendieron que solamente en el caso de Srebrenica se había configurado el dolo especial requerido por el crimen. Así, por ejemplo, en los casos de *Karadzic* y *Mladic*, el primer cargo presentado en la acusación fiscal se refería a hechos que tuvieron lugar en siete municipalidades contra los grupos bosnio-musulmanes y bosnio-croatas en 1992. Las Salas observaron que, si bien surgía un patrón claro de intimidación, violencia, matanzas y expulsiones generalizadas de bosnio-musulmanes y bosnio-croatas en 1992 y hasta en 1993, la inferencia razonable que surgía era que se cometieron para asegurar la remoción de tales grupos de las municipalidades.[49] Asimismo, se sostuvo que la prueba presentada no daba cuenta de suficientes conexiones o afiliaciones y coordinación entre los diferentes autores materiales ("*physical perpetrators*") y que la escala de los actos prohibidos cometidos varió significativamente.[50] Si bien en algunas de las municipalidades los autores materiales actuaron con intención genocida, la parte del grupo atacada no constituía una parte sustancial del grupo protegido y, por lo tanto, no se configuraban los elementos del crimen.[51]

A tal fin, no obstante, las sentencias incluyeron relatos del proceso político que llevó a la declaración de independencia de Bosnia Herzegovina y de los desarrollos

entre otras cosas, limitaron el apoyo de la UNPROFOR a la población. En julio de 1995, Srebrenica cayó bajo el VRS y, en los días que siguieron, se implementó un plan para matar a más de 7000 hombres y niños bosnio-musulmanes, enterrarlos en fosas comunes y expulsar a las mujeres y niñas del enclave hacia Potocari y luego, hacia territorio bosnio-musulmán en Bosnia Herzegovina. *Cf.* TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 2359-2362, párrs. 2443-2456, párrs. 2556-259, párrs. 2562-2571 y párr. 3547.

49. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 2623-2624; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 4235-4237. Esta diferenciación entre las diferentes municipalidades ha sido criticada por la doctrina. Schabas, por ejemplo, ha señalado que resulta incoherente concluir que, en el contexto de un conflicto armado de tres años de conflicto armado, solamente se hubiera cometido una masacre genocida en pocos días. El genocidio aparece así como un hecho aislado en el marco de la política llevada adelante por la dirigencia serbio-bosnia. *Cf.* Schabas (2009^2: 459).

50. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3504-3505. Resulta interesante observar que, en el caso Milosevic, la Sala de Juicio consideró en la instancia prevista por la Regla 98bis que existió una empresa criminal conjunta que incluía miembros de la dirigencia serbio-bosnia que tenían la intención de destruir parte de la población bosnio-musulmana y que se cometió genocidio en municipalidades diferentes a Srebrenica en 1992. *Cf.* TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal,* 16 de junio de 2004, párr. 246, IT-02-54-T.

51. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párr. 3535.

relativos al pueblo serbio-bosnio y a la creación de la República Srpska, en particular, los llamados "Seis Objetivos Estratégicos" de la dirigencia serbio-bosnia.[52]

A comparación del TPIR, el TPIY ha sido mucho más cauteloso con la presentación de cargos de genocidio,[53] por lo que su jurisprudencia incluye un número bastante menor de casos de interés para este libro que el TPIR. Se ha observado que una de las razones para ello es que existían diferencias de opinión dentro de la Fiscalía respecto de si la situación podía efectivamente ser calificada como genocidio o si se trataba de una "limpieza étnica" que no daba cuenta de la intención específica del genocidio.[54] De hecho, en algunas sentencias, se absolvió a los acusados del crimen argumentando que no se había probado el dolo especial, pues el traslado forzoso de la población civil no era por sí solo un acto genocida.[55] Otra de las razones se vincula con una decisión de la propia Fiscalía que, por ejemplo, luego de haber incluido el crimen en la acusación, en el contexto

52. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párrs. 41-43; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Momcilo Krajiskic", *Judgment*, 27 de septiembre de 2006, IT-00-39-T, párrs. 57-58, 67, 98, 103, 131, 137; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 86-90; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 53-158; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3589.

53. *Cf.* Schabas (2009[2]: 456-457).

54. Schabas (2008a: 955).

55. Véase, por ejemplo, TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párr. 133; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 824; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 739. En este caso, la Sala aclaró que, en ciertas circunstancias, el traslado forzoso podía causar el acto genocida de lesiones graves a la integridad física o mental, en particular si la operación de traslado fue realizada en circunstancias que llevaran a la muerta de parte de la población desplazada. Una posición parecida fue adoptada por la Sala de juicio del caso Karadzic: TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 545. De forma similar, la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur consideró que no podía inferirse la intención genocida de una situación de expulsión de población para vaciar los pueblos, pues podía entenderse que ello se llevó adelante para evitar que los rebeldes se escondieran o recibieran apoyo en dichos pueblos. *Cf.* Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 514. Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional afirmó que el traslado forzoso podía configurar el acto de genocidio de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial si, como en el caso, se llevaba a cabo junto con el reasentamiento de otras tribus en las tierras de las que los grupos atacados habían sido desplazados. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's* Application for a Warrant of Arrest, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 38.

de un acuerdo de responsabilidad ("*plea bargaining*"), ese cargo fue retirado[56] o que, después de la absolución por genocidio, la Fiscalía no apeló la decisión.[57]

Como se vio en el capítulo anterior, estas decisiones fiscales tuvieron un impacto directo en la determinación de la responsabilidad del Estado en los casos ante la Corte Internacional de Justicia en razón de la metodología elegida por la Corte para considerar configurado el crimen de genocidio.

En los casos en los que sí se incluyeron cargos de genocidio, las Salas de Juicio dedicaron una parte de la sentencia a describir el contexto en el que se habían cometido los crímenes antes de ingresar en el análisis de la conducta individual del acusado, pero limitándolo a la región de Bosnia Herzegovina relevante. En algunos casos, hasta se incluyeron referencias a eventos de la Segunda Guerra Mundial.[58] Así, por ejemplo se relataron de manera general las intervenciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la evacuación de las mujeres, niños y adultos mayores, la separación de los hombres bosnio-musulmanes del resto de la población y la matanza de más de 7.000 hombres que llevó a cabo el ejército serbio-bosnio luego de la toma de Srebrenica en julio de 1995.[59] Cabe observar que, si bien las Salas no calificaron jurídicamente dichos actos en esa parte de la sentencia, sí se incluyeron expresiones de tipo emocional que, de alguna manera daban cuenta de la gravedad de las acciones y del impacto que estos habían tenido en el tribunal, al tiempo que buscaron ser cautas y respetar el principio de culpabilidad individual. Así, por ejemplo, en el caso *Krstic*, la Sala de Juicio manifestó que los eventos del 6 al 15 de julio de 1995 fueron "nueve días del infierno" que desafiaron su descripción por su horror y sus implicaciones para la capacidad de la humanidad para cometer actos de brutalidad bajo la tensión del conflicto y que miles de vidas se extinguieron irreparablemente. Al mismo tiempo, afirmó que le dejaba a los historiadores y psicólogos sociales el análisis de ese episodio del conflicto de los Balcanes, porque su tarea era más modesta: determinar a partir de la evidencia presentada en juicio qué había pasado y si el

56. Véase, por ejemplo, los casos contra Biljana Plavsvic (IT-00-39 & 40/01), Momir Nikolic (IT-02-60/1) y Dragan Obrenovic (IT-02-60/2).

57. Véase, por ejemplo, el caso de Radoslav Brdanin (IT-99-36) o de Momcilo Krajisnik (IT-00-39).

58. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párr. 23; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Judgment*, 1° de septiembre de 2004, IT-99-36-T, párrs. 53-64.

59. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 2; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 17 de enero de 2005, IT-02-60-T, párrs. 168-206; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 191-606; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párrs. 213-565; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 2359-3007.

General Krstic era penalmente responsable.[60] En una línea similar, la Sala de Juicio del caso *Popovic et al.* se refirió a las cicatrices físicas, emocionales y psicológicas de los horribles actos que se cometieron luego de la caída de los enclaves de Srebrenica y Zepa, pero señaló que la Sala tenía un rol limitado y definido con exclusiva relación a la responsabilidad individual de los siete acusados, y calificó el plan para asesinar a los hombres bosnio-musulmanes como "monstruoso".[61]

1.3 Camboya

El único caso de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (en adelante, "SECC") en el que se discutió la responsabilidad de dos acusados por el crimen de genocidio también comienza por una explicación del contexto general en el que se cometieron los crímenes, en particular, por un relato de la formación del partido comunista de Kampuchea en el que participaron los dos acusados,[62] y que tomó el poder del Estado durante el período de los crímenes de competencia del tribunal (17 de abril de 1975 al 6 de enero de 1979). Incluyó también una descripción de las estructuras administrativas de la República Democrática de Kampuchea y del Partido Comunista como único partido que tomaba todas las decisiones relativas al gobierno y a las fuerzas militares.[63] Asimismo, la Sala de Juicio identificó la existencia de una política del Partido Comunista que atacó a los Cham como un grupo étnico que evolucionó a una intención genocida[64] y otra política para destruir al grupo de vietnamitas calificado como enemigo y que implementó matanzas sistemáticamente organizadas y dirigidas contra ese grupo,[65] para luego ingresar en el análisis de las conductas individuales.

1.4. Darfur

Si bien la Comisión Internacional de Darfur no analizó públicamente la conducta de personas individualizadas (pues mantuvo sus identidades de manera confidencial), su Informe incluye un relato de los antecedentes históricos y sociales de Sudán y de la región de Darfur y, además, una explicación del conflicto en

60. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 2.

61. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 1 y 2 y 1410.

62. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párrs. 192-273.

63. *Idem*, párrs. 341-454.

64. *Idem*, párr. 3346.

65. *Idem*, párrs. 4003 y 3516.

Darfur.[66] Siguiendo la metodología del TPIR, la Comisión analizó de forma general si se había cometido un genocidio en Darfur, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la escala de las atrocidades y la naturaleza sistemática de los ataques, las matanzas, desplazamientos y violaciones, así como declaraciones motivadas racialmente de los perpetradores que atacaron tribus africanas, concluyendo que el gobierno de Sudán no llevó adelante una política genocida.[67]

La situación en Darfur está actualmente bajo investigación de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.[68] A la fecha, no se han dictado sentencias sobre el crimen de genocidio en ningún asunto y el único caso en el que se han incluido cargos de genocidio es el del ex presidente Omar Hassan Ahmad Al Bashir, que no ha podido avanzar hacia la etapa de juicio en razón de que la orden de arresto no se ha ejecutado y el acusado tampoco ha comparecido de manera voluntaria. Por lo tanto, en este libro se han examinado la solicitud de la Fiscalía de una orden de arresto y las decisiones que al respecto dictaron la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Apelaciones. Recién la segunda decisión sobre el dictado de una orden de arresto de la Sala de Cuestiones Preliminares, y a instancias de una decisión de la Sala de Apelaciones, consideró que había "motivos razonables para creer" que se había cometido un genocidio en Darfur y que el acusado podía tener responsabilidad penal.[69] Al tratarse de una decisión tomada en una etapa temprana del proceso, no se incluyen demasiados desarrollos sobre el contexto general, más allá de lo necesario para analizar si resultaba admisible el dictado de la orden de arresto, en particular –como será desarrollado *infra*– para analizar el elemento de una pauta manifiesta de conducta similar, requerido por los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

1.5. Myanmar

Al igual que la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar no analizó la conducta de individuos en particular, pero sí hizo pública una lista no exhaustiva

66. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párrs. 40-72

67. *Cf.* Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párrs. 513 y 518.

68. Fue remitida a la Fiscalía por el Consejo de Seguridad a través de la Res. S/1593 (2005), cuyo preámbulo se refiere al Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, en el que se incluyó una recomendación para la remisión de la situación de Darfur a la Corte Penal Internacional. *Cf.* Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 647.

69. Se trata de un umbral de prueba más bajo que el de "más allá de toda duda razonable", pues se aplica en uno de los primeros momentos del proceso penal, de conformidad con el artículo 58 del Estatuto de Roma. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94.

de personas pasibles de investigación penal por la comisión de crímenes internacionales, como, por ejemplo, miembros del Tatmadaw (las fuerzas armadas de Myanmar) y de otras fuerzas de seguridad, como el Comandante en Jefe de los Tatmadaw, el General Min Aung Hlaing, o el Comandante de la Oficina de Operaciones Especiales, Teniente General Aung Kyaw Zaw.[70] Antes de ingresar al análisis de los elementos del crimen de genocidio, el Informe de la Misión realiza un relato del dominio militar en Myanmar y su rol en el sistema político y en el gobierno, así como de la composición étnica y religiosa.[71] La Misión aplicó el instrumento de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional y consideró que las conductas que configuraba actos de genocidio se habían cometido en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar (lo que excluía actos aislados).[72] Si bien aplicó un umbral más bajo que los tribunales penales (motivos razonables),[73] concluyó que los factores que permitían la inferencia de la intención genocida estaban presentes y que correspondía a un tribunal investigar y decidir los casos contra individuos determinados.[74] Sin embargo, al mismo tiempo señaló que la comisión de genocidio no podía ser determinada en abstracto porque el elemento subjetivo implicaba necesariamente un análisis de si un perpetrador particular o grupo de perpetradores poseían la intención específica de cometer genocidio.[75] En este sentido, la metodología aplicada por la Misión parece una combinación de la aplicada por el TPIR en sus primeras sentencias y la de la Corte Internacional de Justicia: identifica la existencia de los elementos materiales y subjetivos del crimen de genocidio pero, en ausencia de un examen de conductas individuales, no declara definitivamente su comisión.

2. El rol de la política estatal

Como surge del apartado anterior, la mayoría de las sentencias dictadas por tribunales penales internacionales contra individuos cuya conducta podía ser

70. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párrs. 1553-1555.

71. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párrs. 71-92.

72. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1393.

73. Se trata del umbral de prueba utilizado por los órganos de investigación de derechos humanos. Véase capítulo 5, apartado 2 de este libro.

74. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1441.

75. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1417.

atribuida al Estado de conformidad con los Artículos de la CDI incluyó en su análisis el contexto histórico-colectivo de forma previa al examen de la responsabilidad individual, enmarcando la conducta de la persona acusada dentro de las actividades del aparato estatal, señalando en varias oportunidades la existencia de una política de Estado relacionada con el genocidio.

2.1. Ruanda

Este elemento resultó clave en las sentencias dictadas por el TPIR que, a la fecha, es el tribunal penal internacional que más condenas ha emitido por el crimen de genocidio. En efecto, tal como fuera explicado, el relato de lo ocurrido en ese Estado en 1994 se apoya concretamente en una campaña genocida planificada y ejecutada en los niveles más altos del gobierno y del Ejército.[76] Así lo afirmó la Sala de Juicio en el caso de *Kayishema* y *Ruzindana*, donde sostuvo que las masacres de la población Tutsi habían sido meticulosamente planificadas y sistemáticamente coordinadas por extremistas Hutu de alto nivel del gobierno ruandés en el momento de los hechos.[77] A pesar de que el genocidio no es necesariamente un crimen de liderazgo –como sí lo es el crimen de agresión–, la posición de la persona acusada en la organización del Estado ha sido tomada en cuenta y examinada por las diferentes Salas.[78]

Si bien la mayoría de los casos del TPIR se relacionaron con hechos cometidos en el contexto de las divisiones políticas de Ruanda (las Prefecturas o las Comunas), las sentencias incluyeron un análisis de la política nacional. Para ello, las sentencias (y con mayor detalle, las primeras) dedicaron varios párrafos a explicar las divisiones administrativas de Ruanda.[79] En la comisión del crimen de genocidio en Ruanda también participaron miembros de la milicia Interahamwe. Si bien no había un vínculo oficial entre el Interahamwe y el Ejército ruandés,

76. Véase también Schabas (2009²: 459).

77. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 289.

78. Cupido (2014: 389-391).

79. Existen 11 Prefecturas que, a su vez, están divididas en Comunas. El prefecto es la autoridad más alta que representa al gobierno nacional, que controla diversas agencias y es responsable del mantenimiento de la paz, el orden público y la seguridad de las personas y de los bienes y, con ese fin, puede solicitar asistencia de la Gendarmería Nacional y el Ejército. Las Comunas están gobernadas por el burgomaestre, que es nominado por el ministro del interior y designado por el presidente del Estado, y quien controla la Policía comunal. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párrs.7-11.

los miembros del Ejército y de la Guardia Nacional entrenaron, orientaron y apoyaron al grupo paramilitar y ocasionalmente participaron en sus actividades.[80]

Entre los/as acusados/as ante el TPIR por el crimen de genocidio[81] es posible identificar individuos que cumplieron roles en el aparato estatal, en particular, en el Poder Ejecutivo o en el Ejército (aunque varios de ellos fueron absueltos, en su mayoría por falencias probatorias). Así, puede encontrarse miembros del gobierno interino, formado luego de la muerte del presidente Habyarimana, como su primer ministro, Jean Kambanda, el ministro de Educación Superior e Investigación Científica, Jean de Dieu Kamuhanda, el ministro de Transporte y Comunicaciones, André Ntagerura (quien fue absuelto) y su reemplazo, Eliézer Niyitegeka, el ministro de Finanzas, Emannuel Ndindabahizi, el ministro de Educación Primaria y Secundaria, André Rwamakuba (quien fue absuelto), la ministra de Familia y Desarrollo de la Mujer, Pauline Nyiramashuhuko, el ministro de Salud, Casimir Bizimungu (quien fue absuelto), el ministro de Comercio, Justin Mugenzi (quien fue absuelto), el ministro de Relaciones Exteriores, Jérôme-Clément Bicamumpaka (quien fue absuelto), el ministro de Servicio Civil, Prosper Mugiraneza (quien fue absuelto), el ministro del Interior y Desarrollo Comunal, Édouard Karemera, el ministro de la Juventud y Movimientos Asociativos, Callixte Nzanbonimana, y el ministro de Planificación, Agustin Ngirabatware.

Asimismo, se incluyeron funcionarios regionales y locales, como los prefectos Clément Kayishema, Emmanuel Bagambiki (quien fue absuelto), François Karera, Tharcisse Renzaho y Sylvain Nsabimana, y los burgomaestres, como Jean-Paul Akayesu, Ignace Blaglishema (quien fue absuelto), Laurent Semanza, Juvénal Kajelijeli, Sylvestre Gacumbitsi, Jean Mpambara (quien fue absuelto), Joseph Kanyabashi y Élie Ndayambaje. También fueron acusados funcionarios de distintos rangos, como Mikaeli Muhimana, consejero de una Prefectura, Siméon Nchamihigo, fiscal adjunto, Simon Bikindi, empleado del Ministerio para la Juventud y Movimientos Asociativos (además de un músico popular), Callixte Kalimanzira, funcionario de alto rango del Ministerio del Interior, Michel Bagaragaza, director general de la oficina de gobierno que controlaba la industria del té, Dominique Ntawukulilyayo, subprefecto, Jean-Baptiste Gatete, director en el Ministerio de la Mujer y Asuntos de Familia y Alphonse Nteziryayo, director de asuntos comunales (que luego fue nombrado prefecto).

Igualmente se incluyeron entre los acusados a varios miembros del ejército de Ruanda, que ocuparon diferentes cargos, como el coronel Anatole Nsengiyumva, el coronel Théoneste Bagosora (quien además tenía un cargo en el Ministerio de Defensa), el teniente coronel retirado, Aloys Simba, el teniente

80. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 12.

81. En virtud del objeto de estudio de esta investigación, se deja constancia que el análisis de los casos aquí incluidos se limitó a los cargos relacionados con el crimen de genocidio.

Samuel Imanishimwe (quien fue absuelto), el Mayor Aloys Ntabakuze, el general Gratin Kabiligi, el teniente coronel Tharcisse Muvunyi, el teniente coronel Ephrem Setako (quien además era el jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa), el comandante Idelphonse Hategekimana, el capitán Ildéphonse Nizeyimana, el general Agustin Ndindilyinana (quien fue absuelto), el general Agustin Bizimungu, el mayor François Xavier Nzuwonemeye (quien fue absuelto), el comandante Innocente Sagahutu (quien fue absuelto) y el capitán Agustin Ngirabatware.

Cabe incluir en esta lista a personas que, si bien no formaban parte del aparato estatal tenían una amplia influencia debido a que eran miembros prominentes del MNRD, como Matthieu Ngirumpatse, o de la milicia Interahamwe, como Omar Serushago o Joseph Serugendo, o líderes religiosos como Elizaphan Ntakirutimana, Athanase Seromba y Emmanuel Rukundu. Debido a sus lazos con el gobierno, también cabe mencionar a Ferdinand Nahimana, fundador de la compañía *Radio Télévision Libre de Mille Collines* SA (a quien además la Sala de Apelaciones consideró como un asesor del gobierno interino que se presentaba como un portavoz),[82] y otros empresarios influyentes como Alfred Musema o Gaspard Kanyarukiga.

Los roles que las personas acusadas tenían en el aparato estatal fueron tomados en consideración por las Salas.[83] Por ejemplo, en el caso *Kayishema*, la Sala examinó los poderes del prefecto a fin de determinar si, además de imputarle responsabilidad en virtud de haber liderado, instigado y alentado los ataques, manifestando por megáfono que desde la capital de Ruanda habían ordenado matar a la población Tutsi,[84] y ordenado masacres,[85] se le podían imputar actos de genocidio sobre la base de la responsabilidad del superior. Al respecto, entendió que Kayishema había ejercido autoridad *de jure* sobre los burgomaestres, la policía comunal, los gendarmes y otras agencias del Estado,[86] así como también una autoridad *de facto*,[87] y que, por lo tanto, conocía o tenía razones para conocer que era inminente la comisión de masacres a gran escala, que no previno, en violación de su deber de mantener el orden público.[88]

82. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment*, 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A, párr. 852.

83. Por otra parte, la Sala de Apelaciones consideró que la situación financiera de la persona acusada no sería normalmente un elemento de gran importancia para determinar su responsabilidad por genocidio. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 1° de junio de 2000, ICTR-95-1-A, párr. 169.

84. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 352.

85. *Idem*, párr. 376.

86. *Idem*, párr. 489.

87. *Idem*, párr. 501.

88. *Idem*, párrs. 509 y 513. Un análisis similar realizó en el caso del resto de los prefectos y burgomaestres.

Por otro lado, en el caso *Baglishema*, la Sala de Juicio consideró que el hecho de que el acusado tuviera vínculos con el gobierno interino de Ruanda en virtud de su posición como burgomaestre de la comuna de Mabanza, implicaba que la Fiscalía debía probar que estaba asociado a una conspiración criminal a la que asistió o de la que no pudo separarse.[89]

En el caso de *Bagosora et al.*, el contexto político previo a la muerte del presidente Habyrimana tuvo un rol importante en la sentencia, pues la Sala analizó prueba relacionada con los hechos que tuvieron lugar desde 1990 en adelante. Bagosora era el director del Gabinete del Ministerio de Defensa e inmediatamente después del derribamiento del avión, lideró las reuniones del Comité de Crisis[90] con miras a la formación del gobierno interino.[91] Si bien facilitó reuniones importantes, no se encontró evidencia concluyente respecto de que hubiera jugado un rol decisivo en su conformación o en la orientación de sus políticas.[92] Al respecto, la Sala observó que, aunque no había suficiente prueba respecto de si la motivación para formar el nuevo gobierno era perpetrar las masacres, lo cierto es que estas se produjeron durante su existencia y que varios de sus miembros habían sido condenados por genocidio, como el primer ministro Jean Kambanda, el ministro de Finanzas, Emmanuel Ndindabahizi, el ministro de Información, Eliezar Niyitegeka, el ministro de Educación Superior e Investigación Científica, Jean de Dieu Kamuhunda, mientras que dos de ellos habían sido absueltos y el resto aún debía ser juzgado.[93]

2.2. La ex Yugoslavia

Los pocos casos del TPIY en los que se discutieron cargos relacionados con el crimen de genocidio se refieren en su gran mayoría a personas que tenían posiciones políticas o altos rangos militares.[94] Entre los políticos se encuentran Radovan Karadzic, presidente de la República serbio-bosnia de Srpska y Comandante

89. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ignace Baglishema", *Judgment*, 7 de junio de 2001, ICTR-95-1A-T, párr. 146. Baglishema fue absuelto de todos los cargos por considerar que la Fiscalía no había probado más allá de toda duda razonable que había estado involucrado o que tenía suficiente control sobre las personas involucradas o que tenía conocimiento. El juez Guney falló en disidencia y consideró que el acusado era responsable por complicidad con el genocidio y por crímenes de lesa humanidad.

90. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párrs. 692-694.

91. *Idem*, párrs. 1286-1314.

92. *Idem*, párr. 1314.

93. *Idem*, párrs. 1312-1313.

94. Una excepción la configura el primer caso en el que se discutió este cargo, el caso de Goran Jelisic, quien trabajaba de guardia en el campo de detención de Luka, en Brcko, Bosnia Herzegovina.

Supremo de las Fuerzas serbio-bosnias, Momcilo Krajisnik, presidente de la Asamblea Nacional del Pueblo Serbio en Bosnia Herzegovina y miembro del Consejo Nacional de Seguridad, Milomir Stakic (quien fue absuelto), presidente de la Asamblea Municipal de Prijedor, del Comité de Crisis y del Consejo para la Defensa Nacional de esa ciudad y Radoslav Brdanin (quien fue absuelto), presidente del Comité de Crisis de la Región Autónoma de Krajina, miembro de la Asamblea de la República de Srpska y ministro para la Construcción, Tráfico y Utilidades. Cabe mencionar también el caso de Slodovan Milosevic, quien fue presidente de Serbia desde el 26 de diciembre de 1990 y luego presidente de la República Federal de Yugoslavia desde el 15 de julio de 1997 al 6 de octubre de 2000. Si bien Milosevic falleció en custodia del TPIY antes del dictado de la sentencia por parte de la Sala de Juicio, resulta pertinente su análisis pues dicha Sala llegó a emitir la decisión llamada "*Judgment on the motion to acquit*",[95] que incluye desarrollos relacionados con los temas que aquí se estudian.

Entre los militares se encuentran el General Radko Mladic, Jefe del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio, el General Radislav Krstic, Comandante del Drina Corps del VRS que actuó en el ataque a Srebrenica; el Coronel de la Brigada Bratunac del Drina Corps, Vidoje Blagojevic (quien fue absuelto por la Sala de Apelaciones); el Coronel Ljubisa Beara, Jefe de Seguridad del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio, el Teniente Vujadin Popovic, Jefe de Seguridad del Drina Corps; el Teniente Drago Nikolic, jefe de Seguridad de la Brigada Svornik del Drina Corps; el Comandante Ljubomir Borovcanin, Comandante Segundo de la Brigada Especial de la Policía de la República Srpska (quien fue absuelto); el Teniente Coronel Vinko Pandurević, Comandante de la Brigada Zvornik del Drina Corps (quien fue absuelto) y el Comandante Zdravko Tolimir, Asistente y Jefe de Sector para los Asuntos de Inteligencia y Seguridad del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio.

En varios de esos casos, se hizo referencia –como ya fuera señalado– a los desarrollos políticos de Bosnia Herzegovina que llevaron a su declaración de independencia en 1992, al desarrollo de los Seis Objetivos Estratégicos de los dirigentes serbio-bosnios y a la creación de la República Srpska. También se incluyó un relato detallado de la creación del ejército de dicha República, conocido como VRS, su organización y funcionamiento,[96] como contexto en el que

95. De conformidad con la Regla 98bis de las Reglas del Procedimiento y Prueba del TPIY, en esa instancia, se ofrece la posibilidad de evaluar si la prueba presentada por la Fiscalía es suficiente para que un tribunal pueda condenar al acusado, antes de que la defensa comience con la presentación de su caso. Véase capítulo 5 de este libro.

96. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párrs. 41-43; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Judgment*, 1° de septiembre de 2004, IT-99-36-T, párrs. 65-100; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 17 de enero de 2005, IT-02-60-T, párrs. 32-91; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Momcilo Krajisnik", *Judgment*, 27 de septiembre de 2006, IT-00-39-T, párrs. 103, 129-187; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010,

fueron cometidos los crímenes que se analizaban en cada caso, si bien todos esos desarrollos habían tenido lugar varios años antes.

El caso de Radovan Karadzic resulta particularmente interesante, pues da cuenta con claridad de cómo el aparato estatal[97] fue usado para realizar una contribución significativa a la empresa criminal conjunta relativa a Srebrenica. La Sala de Juicio entendió que, en su rol de presidente y comandante supremo, Karadzic había emitido tres órdenes que impusieron estructuras serbias que demostraban que el traslado de población bosnio-musulmana de ese enclave sería permanente[98] y que, además, tales órdenes facilitaron la ejecución de las matanzas de los hombres bosnio-musulmanes de Srebrenica.[99] Algo similar ocurrió en el caso de Slodovan Milosevic. Aunque, como fuera explicado, no se trata de una sentencia, allí se observó que, como presidente de Serbia, tenía una posición de liderazgo para el pueblo serbio, incluidos los serbio-bosnios de Bosnia Herzegovina, y promovía y apoyaba la formación de la llamada Gran Serbia. Además, ofreció el apoyo logístico y financiero de Serbia a los serbio-bosnios, todo lo cual había contribuido significativamente a la empresa criminal conjunta para destruir parte del grupo bosnio-musulmán, según surgía de la acusación fiscal.[100]

2.3. Camboya

El caso de las Salas Extraordinarias de Camboya se inserta también en esta línea, pues los acusados tuvieron altos cargos en el gobierno de la República de Kampuchea. Por un lado, Nuon Chea fue Subsecretario del Partido Comunista de Kampuchea y ocupó varios roles dentro del gobierno, como ministro de propaganda e información y primer ministro interino cuando Pol Pot tomó licencia por enfermedad. Por el otro, Khieu Samphan tuvo varios roles en el Partido Comunista de Kampuchea y, además, fue presidente del Comité de Gobierno ("*State Presidium*"). Respecto del primero, la Sala de Juicio observó que, a través de sus contribuciones en los congresos del Partido en el más alto nivel de su dirigencia, jugó un rol clave en su formulación y control del contenido de

IT-05-88-T, párrs. 86-90; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 159-214; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 91-271.

97. Es preciso tener en cuenta que, en rigor de verdad, la República Srpska no es un Estado en los términos del derecho internacional vigente, sino que hoy forma parte del Estado de Bosnia Herzegovina en tanto Estado federal. Sin embargo, a los fines del presente análisis, en la época de los hechos, contaba con una estructura asimilable a la de un Estado.

98. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 5694.

99. *Idem*, párr. 5819.

100. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 288.

la campaña de propaganda de odio hacia los vietnamitas y en la formación de cuadros políticos.[101] Con relación al segundo, al ser uno de los dirigentes más importantes, llevó adelante la implementación de varias políticas del gobierno y tenía a su cargo la supervisión del comercio, la educación política y el entrenamiento de los miembros del partido.[102]

2.4. Darfur

Si bien no tenía el mandato de determinar responsabilidades penales individuales, la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur identificó de forma reservada funcionarios del gobierno central de Sudán y del gobierno local de Darfur –civiles y miembros de las fuerzas armadas– que, en su capacidad oficial y en el ejercicio de sus funciones, contribuyeron con la comisión de crímenes internacionales.[103] En su informe, la Comisión llegó a la conclusión de que el gobierno de Sudán no había implementado una política genocida en el caso de Darfur debido a la imposibilidad de determinar la existencia del dolo especial.[104]

Esta conclusión se contradice con la posición de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, que, sobre la misma plataforma fáctica, solicitó una orden de arresto contra la cabeza del gobierno, el entonces presidente Omar Hassan Al Bashir, por el crimen de genocidio.[105] De hecho, en su solicitud, la Fiscalía afirmó que se había utilizado el aparato del Estado (varios Ministerios y el Servicio de Inteligencia) para llevar adelante, precisamente, una política genocida contra los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa.[106] En esa línea, y luego de una decisión de la Sala de Apelaciones en la que ordenó la revisión del estándar de prueba,[107]

101. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párrs. 4128 y 4136.

102. *Idem*, párrs. 4278 y 624.

103. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párrs. 542-543. Si bien la Comisión se refiere a su responsabilidad por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no descartó que en ciertos casos se pudiera probar su intención genocida. *Cf.* párr. 520.

104. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 518.

105. En su solicitud de una orden de arresto, la Fiscalía señaló de manera expresa que, contrariamente a lo afirmado por la Comisión Internacional de Investigación, la prueba recabada establecía que los grupos no habían recibido ayuda en los campos de desplazados internos, sino que habían sido atacados, lo que daba cuenta de la intención genocida de Al Bashir. *Cf.* Fiscalía de la Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58*, 14 de julio de 2008, ICC-02/05-157-AnxA 12-09-2008, párr. 22.

106. *Idem*, párr. 42.

107. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Judgment* on the appeal of the Prosecutor against the *"Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, 3 de febrero de 2010, ICC-02/05-01/09-73.

la Sala de Cuestiones Preliminares dictó una orden de arresto por el crimen de genocidio (que aún no ha sido ejecutada) observando que Al Bashir y otros líderes políticos y militares de alta jerarquía del gobierno de Sudán dirigieron las ramas del aparato del Estado de manera coordinada para implementar de forma conjunta el plan común y que, como presidente y comandante en jefe de las fuerzas armadas, Omar Al Bashir jugó un rol esencial en la coordinación, el diseño e implementación del plan.[108] Asimismo, la Sala de Cuestiones Preliminares observó que, si se probaba la intención genocida de Al Bashir, automáticamente se probaba la existencia de una campaña genocida como elemento clave de la campaña contrainsurgente del gobierno de Sudán. Si, no obstante, se determinaba que Al Bashir compartía el control del aparato del Estado con otros líderes civiles y militares, la existencia de esa campaña dependería de probar que aquellos que compartían el control del aparato del Estado acordaron que la campaña contrainsurgente del gobierno de Sudán buscaba, *inter alia*, la destrucción de esos grupos. Por lo tanto, a lo largo de la decisión, la Sala se refirió a la "intención del gobierno de Sudán",[109] expresando con claridad la relación existente entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado. El hecho de referirse a la "intención del gobierno de Sudán" como una forma de examinar las intenciones de los funcionarios muestra que cuando se comete el crimen de genocidio en el marco del aparato estatal, las intenciones individuales pueden ser entendidas como la intención de un colectivo.

2.5. Myanmar

Como fuera señalado, si bien la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar no tenía competencia para determinar la responsabilidad penal de individuos, incluyó una lista de personas pertenecientes a los más altos rangos de las fuerzas armadas pasibles de enjuiciamiento, que consideró que tenían o ejercían control efectivo sobre sus miembros y sobre otros actores armados desplegados en las operaciones militares.[110]

108. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 216 y 221.

109. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 149-151.

110. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1554

Surge claramente que los tribunales penales internacionales han analizado las conductas individuales a la luz de la estructura del Estado y de las decisiones de sus autoridades civiles y militares, lo que demuestra su trascendencia a la hora de establecer responsabilidades individuales. Por su parte, incluso cuando no poseían competencia penal, las comisiones de investigación también han examinado el funcionamiento del aparato del Estado a fin de estudiar los elementos del genocidio. La comisión de los crímenes internacionales como el genocidio no configura actos privados, sino actos públicos que no solo generan responsabilidad para las personas que los cometen, sino que, además, pueden ser atribuidos al Estado como sujeto de derecho internacional.[111]

Sin embargo, a pesar de la importancia que las diferentes Salas han reconocido al aparato estatal en la comisión del crimen de genocidio, como será analizado en detalle en la Parte III, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha considerado que un plan o política genocida no forma parte de los elementos de este crimen.[112]

3. El genocidio como hecho de conocimiento común o como un hecho probado

Como fuera adelantado, una de las herramientas con la que cuentan los tribunales penales internacionales que ha sido utilizada para dar cuenta del contexto colectivo del crimen de genocidio es lo que se conoce como una constatación judicial ("*judicial notice*"). Esta doctrina tiene su origen en el sistema jurídico del *Common Law*[113] e implica un alejamiento de las normas tradicionales en materia de prueba, pues permite que los jueces actúen sobre la base del conocimiento general de hechos o de prueba presentada por las partes en otros casos.

La Regla 94 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y del TPIR prevé dos supuestos de constatación judicial. El primero se relaciona con los llamados "hechos de conocimiento común" o "hechos notorios". Una vez que el Tribunal categoriza una serie de hechos como de conocimiento común, las partes

111. *Cf.* Spinedi (2002: 897); Gaeta (2007: 645).

112. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439.

113. Por ejemplo, se prevé en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Canadá. Australia y del Reino Unido. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C), nota al pie 46.

no deben presentar prueba al respecto. La constatación judicial no es discrecional de la Sala, pues la regla dice "A Trial Chamber shall not require proof of facts of common knowledge, but shall take judicial notice thereof". El uso del vocablo "*shall*" da la pauta de tal ausencia de discrecionalidad. Si bien los hechos de conocimiento común o hechos notorios suelen ser hechos generales de historia, geografía o leyes de la naturaleza,[114] la determinación de lo que constituye un hecho de este tipo es de carácter jurídico.[115]

El segundo supuesto se relaciona con la facultad discrecional de la Sala de Juicio, a pedido de una parte o por iniciativa propia, de realizar una constatación judicial de hechos o prueba documental que ya fueron resueltos en un caso anterior ante el mismo Tribunal ("*adjudicated facts*").[116] Se trata solamente de una presunción que libera a la Fiscalía de tener que introducir prueba al respecto, pero no de la carga de persuasión y, además, permite que la Defensa los impugne.[117]

La facultad tomar nota judicial de hechos probados y de hechos de conocimiento común se fundamenta en la necesidad de no repetir discusiones ya saldadas en casos anteriores;[118] es decir, se trata de una cuestión de economía procesal y de consistencia de la jurisprudencia que, a su vez, deben ser balanceadas con los derechos de la persona acusada,[119] que funcionan como un límite a esta facultad.[120] En el caso de la constatación judicial de hechos de conocimiento común se busca una "consistencia y uniformidad de las decisiones sobre cuestiones de hecho para las que una diversidad de resoluciones sería injusta".[121] Además de los requisitos dispuestos en la Regla 94, la jurisprudencia ha desarrollado otras

114. Sluiter y Vriend (2012:85).

115. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C), párr. 23.

116. TPIY, Reglas de Procedimiento y Prueba, IT/32/Rev.50, 8 de julio de 2051, y TPIR, Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobadas el 29 de junio de 1995, con sus enmiendas subsiguientes. Mientras que en el caso de los tribunales *ad hoc*, los jueces tienen una obligación de constatar los hechos notorios, el Estatuto de la Corte Penal Internacional les reconoce un grado de discrecionalidad al respecto en el artículo 69.6 y no dice nada respecto de la constatación judicial de hechos probados en casos anteriores *Cf.* Sluiter y Vriend (2012:85).

117. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C), párr. 42.

118. Sluiter y Vriend (2012:81).

119. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gerard Ntakirutimana", Decision on the Prosecutor's motion for judicial notice of adjudicated facts, 22 de noviembre de 2001, ICTR-96-10-T y ICTR 96-17-T, párr. 28; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C), párr. 39. Véase también Carnero Rojo (2019: 601-602).

120. Jørgensen (2007: 885-886).

121. Carnero Rojo (2019: 602).

condiciones para poder tomar nota judicial de hechos ya juzgados: debe tratarse de hechos concretos y precisos en su formulación original, deben ser relevantes para el proceso, haber sido discutidos, adjudicados y declarados definitivos en procesos anteriores y ser ajenos a la responsabilidad de la persona acusada.[122]

La constatación judicial realizada por los tribunales *ad hoc* que resulta más importante para esta investigación es la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso *Karemera et al.*, en la que tomó nota judicial de que en Ruanda había ocurrido un genocidio. Esta decisión se alejó de decisiones anteriores de las Salas de Juicio que habían rechazado las solicitudes de la Fiscalía en ese sentido. Por ejemplo, en el caso *Ntakirutimana* la Sala se había negado a constatar judicialmente como un hecho ya probado en casos anteriores la existencia de un plan genocida en Ruanda. Para ello, en primer lugar, aclaró que la constatación judicial no podía hacerse respecto de conclusiones judiciales que surgieran de decisiones basadas en reconocimientos de responsabilidad del acusado, como los casos *Kambanda* y *Serushago*.[123] Asimismo, señaló que la constatación judicial sobre cuestiones resueltas en otro caso solo podía hacerse cuando estas tuvieran una relación directa con los hechos del caso en análisis.[124] En esta decisión, la Sala de Juicio no consideró adecuado realizar constataciones judiciales relativas a tipificaciones legales o conclusiones jurídicas basadas en la interpretación de los hechos.[125] Entendió que la solicitud de la Fiscalía de tomar nota judicial de la existencia de un plan genocida no podía prosperar porque en los casos citados en su presentación (*Akayesu* y *Kayishema y Ruzindana*) no alcanzaban para constatar judicialmente la existencia de un plan genocida, su *modus operandi* y su ejecución.[126] Estimó, además, que ello podía ser perjudicial para el derecho de defensa de las personas acusadas, pues el contexto general podría ser usado como un elemento de prueba de la intención genocida (como había ocurrido en casos anteriores).[127]

122. Carnero Rojo (2019: 609).

123. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gerard Ntakirutimana", *Decision on the Prosecutor's motion for judicial notice of adjudicated facts*, 22 de noviembre de 2001, ICTR-96-10-T y ICTR 96-17-T, párr. 26. En el mismo sentido, en una decisión anterior, una Sala de Juicio había rechazado realizar una constatación judicial de la comisión de genocidio en Ruanda, a pesar de la sobreabundancia de informes oficiales, incluidos de las Naciones Unidas, porque entendió que, al tratarse de una cuestión tan fundamental, se requería prueba formal de los elementos del crimen. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Laurent Semanza", *Decisión on the Prosecution's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94 and 54*, 3 de noviembre de 2000, ICTR-97-20-I, párr. 36.

124. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gerard Ntakirutimana", *Decision on the Prosecutor's motion for judicial notice of adjudicated facts*, 22 de noviembre de 2001, ICTR-96-10-T y ICTR 96-17-T, párr. 27.

125. *Idem*, párr. 30.

126. *Idem*, párr. 43.

127. *Idem*, párrs. 44-45.

Una de las diferencias entre el caso *Ntakirutimana* y *Karemera et al.* es la posición de los acusados en el aparato del Estado. En el primero, se trataba de un pastor de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y de su hijo, un médico, mientras que, en el segundo, se trataba de dos oficiales ministeriales del gobierno interino de Ruanda y del presidente del Comité Ejecutivo del MNRD. En segundo lugar, cabe observar que en la decisión de la Sala Apelaciones del caso *Karemera et al.*,[128] la Fiscalía había solicitado la constatación judicial de la existencia de un genocidio contra el grupo étnico Tutsi entre el 6 de abril y el 17 de junio de 1994 como un hecho notorio o de conocimiento común y no como un hecho adjudicado en casos anteriores, como había sido analizado en *Ntakirutimana*. Esta solicitud había sido rechazada por la Sala de Juicio en virtud de que había considerado que, para lograr una condena por genocidio, debía probarse el dolo de la persona acusada y su participación en los hechos.[129] En su apelación, la Fiscalía argumentó que el genocidio de Ruanda de 1994 era un hecho de conocimiento universal, tal como surgía de diversos informes de las Naciones Unidas, de gobiernos, de diferentes relatos y de la propia jurisprudencia del TPIR.[130]

En su decisión, la Sala de Apelaciones le dio la razón a la Fiscalía y consideró que el genocidio de Ruanda era un hecho de conocimiento común, pues no podía negarse que había tenido lugar una campaña de asesinatos masivos que buscaba destruir totalmente, o al menos una gran parte, de la población Tutsi de Ruanda, que era un grupo protegido (sin decir, no obstante, que se trataba de un grupo étnico), incluso cuando pudiera ser también considerado una caracterización jurídica.[131] Agregó que, si bien no se conocía con exactitud el número de víctimas, la gran mayoría de los Tutsi fue asesinada y el resto fue sometida a violaciones o lesionada de alguna forma. Consideró que estos hechos eran conocidos al momento del establecimiento del tribunal y que ello fue una de las razones para su establecimiento. Por ende, concluyó que el genocidio ruandés era parte de la historia mundial y que ello lo convertía en un hecho de conocimiento común.[132]

Al mismo tiempo, aclaró que esta constatación judicial no era suficiente para lograr una condena, pues la Fiscalía debía probar la intención y actos individuales alegados en la acusación y que la campaña nacional proveía solamente el contexto para comprender la conducta individual.[133]

La forma en que el TPIR ha utilizado la herramienta de la constatación judicial demuestra que considerar que existió un genocidio en Ruanda como un hecho de conocimiento común implica admitir un vínculo entre la conducta individual

128. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C).
129. *Idem*, párr. 33.
130. *Idem*, párr. 34.
131. *Idem*, párr. 37.
132. *Idem*, párr. 35.
133. *Idem*, párr. 36.

y el contexto colectivo. En primer lugar, se establece la existencia del genocidio como fenómeno colectivo y luego, se determina la responsabilidad individual de las personas involucradas.[134]

Sin embargo, podría criticarse la decisión de la Sala de Apelaciones ya que, si se entiende que el contexto puede servir para probar el dolo genocida –como será analizado en el próximo apartado–, se estaría liberando a la Fiscalía de la prueba de uno de los elementos esenciales de la culpabilidad individual:[135] la configuración de los elementos del crimen. Por ejemplo, en los casos en los que la persona está acusada por la modalidad de haber asistido al autor principal ("*aid and abet*"), el uso de esta herramienta facilita la prueba de la intención especifica de los atacantes, y, por lo tanto, solo debería probarse que el acusado conocía dicha intención. Debe admitirse que la justificación de la Sala de Apelaciones es bastante escueta, pues no termina de explicar cómo ello no afectaría la presunción de inocencia. En efecto, podría alegarse que considerar que la campaña nacional explica la conducta individual implica asumir que una persona acusada de genocidio en el contexto de un clima genocida general tiene más posibilidades de ser encontrada culpable[136] y que se trata de un supuesto de inversión de carga de prueba, pues para impugnar un hecho previamente juzgado se debe aportar prueba en contrario.[137]

Contrariamente, podría pensarse que, como el contexto colectivo no es un elemento del crimen de genocidio, no sería relevante para el caso y, por lo tanto, no habría necesidad de una constatación judicial al respecto.[138] Esta posición deja de lado el hecho de que, incluso cuando se interprete que el contexto no es un elemento del crimen, su prueba (facilitada por una constatación judicial) puede impactar directamente en los casos individuales, aun cuando finalmente la persona acusada resulte absuelta. Asimismo, esta constatación judicial podría tener efectos en la determinación de la responsabilidad del Estado,[139] lo que será analizado en la Parte III.

En todo caso, lo cierto es que la Sala de Apelaciones entendió que un concepto jurídico, como es el crimen de genocidio, podía ser considerado un hecho histórico, apoyándose en documentos invocados por la Fiscalía que no fueron preparados con una perspectiva jurídica.[140]

134. Bonafè (2009: 107).
135. Jørgensen (2007: 891).
136. Heller (2007: 161).
137. Carnero Rojo (2019: 606-607).
138. *Cf.* Heller (2007: 159-160).
139. Bonafè (2009: 107).
140. Sluiter y Vriend (2012:89). Si bien en su escrito la Fiscalía había hecho referencia a la jurisprudencia del TPIR, también se había apoyado en publicaciones como la de Alison Des Forges (quien había actuado como perita de la Fiscalía en varios casos), "Leave none to tell the story: Genocide in Rwanda", el libro de Jean Paul Gouteaux, "La Nuit Rwandaise:

Luego de la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Karemera et al.* sobre la constatación judicial del genocidio como un hecho de conocimiento común, las Salas continuaron utilizando el contexto colectivo para probar el dolo individual.

En el caso *Rwamakuba*, primera sentencia dictada por una Sala de Juicio luego de la decisión de la Sala de Apelaciones, se aplicó la constatación judicial realizada, aclarando que ello no aliviaba la carga probatoria de la Fiscalía, la que aún debía demostrar que los eventos específicos mencionados en la acusación constituían genocidio y que la conducta y estado mental del acusado eran suficientes para establecer su culpabilidad por dichos crímenes.[141] En la misma línea, en el caso *Rukundo*, la Sala analizó la conducta del acusado en el contexto de las matanzas étnicas en Ruanda en 1994.[142] No obstante, en ese mismo caso, la Sala de Apelaciones aclaró que la constatación judicial del contexto general no podría sustituir la prueba de la *mens rea* de la persona acusada, sino solamente el marco para interpretar otros indicadores del dolo.[143] En el caso *Bagosora et al.*, la Sala de Juicio se apoyó en la constatación judicial hecha por la Sala de Apelaciones para rechazar la teoría de la defensa.[144] En este sentido, la tarea de la defensa se debe concentrar en el dolo de la persona acusada, ya que el hecho de que se hubiera constatado judicialmente la ocurrencia de un genocidio facilitaba la prueba de los elementos objetivos del crimen.

Las Salas del TPIY también realizaron una serie de constataciones judiciales, pero se limitaron cuestiones fácticas y no incluyeron calificaciones jurídicas. En caso *Karadzic*, la Sala de Juicio tomó nota de aproximadamente 2400 hechos adjudicados a pedido de la Fiscalía.[145] En caso *Mladic,* la Sala de Juicio constató

L'implication Française dans le dernier génocide du siècle" o el de Gerard Prunier, "Rwanda: le génocide". Véase nota 13 del escrito *Motion for Judicial Notice of facts of common knowledge and adjudicated facts*, 30 de junio de 2005, ICTR 98-44-PT.

141. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. André Rwamakuba", *Judgment*, 20 de septiembre de 2006, ICTR-98-44C-T, párr. 2. En este caso, el acusado fue absuelto por falta de prueba más allá de toda duda razonable de su participación en los hechos de los cargos. Las Salas de Juicio hicieron mención de la constatación judicial del genocidio como un hecho de conocimiento común. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Athanase Seromba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2006, ICTR-01-66-T, párrs. 4-5; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Protais Zigiranyirazo", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-01-73-T, párr. 10; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", *Judgment*, 27 de febrero de 2009, ICTR-2001-70-T, párr. 46; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Gaspard Kanyarukiga", *Judgment*, 1° de noviembre de 2010, ICTR-2002-78-T, párr. 638; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. François Karera", *Judgment*, 7 de diciembre de 2007, ICTR-01-74-T, párr. 536.

142. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", *Judgment*, 27 de febrero de 2009, ICTR-2001-70-T, párr. 565.

143. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", *Judgment*, 20 de octubre de 2010, ICTR-2001-70-A, párr. 63.

144. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párr. 1998.

145. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 6165.

como hecho adjudicado en casos anteriores que en Srebrenica alrededor de 7000 y 8000 hombres bosnio-musulmanes fueron sistemáticamente asesinados,[146] sin constatar que ello configuraba el crimen de genocidio, sino que luego realizó su propio análisis de la configuración de los elementos del crimen.

4. La inferencia de la intención genocida a partir del contexto histórico-colectivo

Del análisis de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* surge que estos han analizado si se configuró el dolo especial del genocidio utilizando como factor el contexto histórico-colectivo, como, por ejemplo, la existencia de una campaña colectiva de violencia. Así, se han tenido en cuenta los antecedentes políticos, el involucramiento de organizaciones estatales, la implementación de medidas discriminatorias o de un programa militar y el carácter planificado, coordinado y sistémico de los crímenes, entre otros.[147] Sin embargo, para evitar que se pudiera alegar que se estaba imponiendo un modelo de responsabilidad colectiva, los tribunales complementaron su evaluación del contexto colectivo con un análisis del dolo individual.[148] En este sentido, en virtud del principio de inocencia, requirieron que, a falta de prueba directa, la intención genocida fuera la única inferencia razonable de las pruebas circunstanciales presentadas o de presunciones de hecho.[149]

146. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3007 y 3042.

147. Cupido (2014: 385).

148. Cupido (2014: 397). La autora señala que los primeros fallos del TPIR recibieron críticas debido al peso que le otorgaron al contexto colectivo.

149. Véase, por ejemplo, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 523; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean de Dieu Kamuhanda", *Judgment*, 22 de enero de 2004, ICTR-95-54A-T, párr. 623; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", *Judgment*, 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A, párr. 40; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Emmanuel Ndindabahizi", *Judgment*, 15 de julio de 2004, ICTR-2001-71-I, párr. 461; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Aloys Simba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2005, ICTR-01-76-T, párr. 413; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Athanase Seromba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2006, ICTR-01-66-T, párr. 320; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párr. 2116; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 731; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ephrem Setako", *Judgment*, 25 de febrero de 2010, ICTR-04-81-T, párr. 467; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", *Judgment*, 17 de mayo de 2011, ICTR-00-56-T, párr. 2070; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 5732; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal

En virtud de que la definición de genocidio no contiene este tipo de elementos contextuales (pero tampoco resulta contradictoria con ellos), el crimen ofrece a los/as jueces/zas la posibilidad de aplicarlo a diversas situaciones.[150] Así, por ejemplo, si el crimen fue cometido en una situación de atrocidades y violencia en masa, seguramente los tribunales se apoyarán en el contexto colectivo, mientras que si se trata de una situación colectiva menos evidente, entonces se hará mayor hincapié en los elementos relacionados con la conducta y elemento subjetivo individuales.[151] Como fuera explicado, en general, las Salas del TPIR, del TPIY y de las SEEC han seguido una metodología similar por la que, en primer lugar, analizaron el contexto colectivo y si se configuraron los elementos del crimen de genocidio de manera general, para luego entrar en la responsabilidad individual de la persona acusada. En ese punto, las Salas vuelven sobre sus pasos para examinar la *mens rea* a la luz de sus conclusiones generales.

4.1. Ruanda

En el caso de *Kayishema* y *Ruzindana*, la Sala de Juicio admitió que, si bien el plan para destruir a un grupo no constituye un elemento del crimen de genocidio[152] (lo que será analizado en el capítulo 6), no parecía sencillo llevarlo

vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párr. 1958; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Grégoire Ndahimana", *Judgment*, 30 de diciembre de 2011, ICTR-01-68-T, párr. 804; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Nzabonimana", *Judgment*, 31 de mayo de 2012, ICTR-98-44D-T, párr. 1704; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ildéphonse Nizeyimana", *Judgment*, 19 de junio de 2012, ICTR-2000-55C-T, párr. 1492 y TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ngirabatware", *Judgment*, 20 de diciembre de 2012, ICTR-99-54-T, párr. 1307; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 745; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A, párr. 246; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 2598, 2600; SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párr. 803. Si bien aún no ha dictado sentencias condenatorias por el crimen de genocidio, la Corte Penal Internacional también ha adoptado una posición similar, aunque, en virtud de la instancia procesal, no ha exigido el estándar de más allá de toda duda razonable, sino el de motivos razonables para creer y, por lo tanto, no debe tratarse de la única inferencia razonable, sino una de las posibles inferencias razonables. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Judgment* on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 3 de febrero de 2010, ICC-02/05-01/09-73, párr. 33.

150. En este sentido, se ha definido el crimen como de "textura abierta". *Cf.* Cupido (2014: 410).

151. Cupido (2014: 411).

152. Por esa razón, no es necesaria su prueba. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment* (*reasons*), 1° de junio de 2000, ICTR-95-1-A, párr. 163.

a cabo sin un plan u organización.[153] Asimismo, consideró que la existencia de un plan constituía una prueba fuerte de la intención genocida.[154] Esta posición fue adoptada también por la jurisprudencia del TPIY y por la de las SEEC.[155]

En el caso *Rutaganda*, la Sala de Juicio agregó que pudo inferir un contexto general en el que los actos fueron perpetrados con el objetivo de destruir al grupo Tutsi y que los cargos contra el acusado fueron parte de ese contexto general, de la naturaleza generalizada de las atrocidades a lo largo del territorio ruandés y del hecho de que las víctimas hubieran sido sistemática y deliberadamente seleccionadas debido a su membresía al grupo Tutsi y a la exclusión de personas que no pertenecían a dicho grupo.[156] En dicho caso, la Sala de Apelaciones aclaró que este estándar de prueba no implicaba una culpabilidad por la membresía a un grupo.[157]

En ausencia de manifestaciones específicas de la intención del perpetrador, las Salas del TPIR aceptaron como prueba inferencias de palabras y hechos que dieran cuenta de un patrón de acción con un objetivo, como el ataque físico contra un grupo o su propiedad o el uso de lenguaje despectivo hacia los miembros de ese grupo.[158] Por otro lado, consideraron que las expresiones anti Tutsi y el hecho de estar afiliado a un grupo extremista anti-Tutsi por sí solos no alcanzaban para establecer el dolo especial.[159] En el contexto del conflicto en Bosnia Herzegovina, el TPIY no siempre consideró que el uso de terminología

153. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 94.

154. *Idem*, párr. 276.

155. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439; SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párr. 803.

156. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Georges Rutaganda", *Judgment*, 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T, párr. 400. En un sentido similar, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Laurent Semanza", *Judgment*, 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T, párr. 313.

157. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Georges Rutaganda", *Judgment*, 26 de mayo de 2003, ICTR-96-3-A, párr. 528.

158. Por ejemplo, la Sala observó que Clément Kayishema había usado frases como "remover toda la suciedad" o "los perros Tutsi", o a través de un megáfono decía "vayan a trabajar" (lo que era comprendido por los destinatarios del mensaje como "vayan a matar Tutsi". Por su parte, según los testigos, Obed Ruzindana había dicho que los Tutsi eran los enemigos. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párrs. 538-539 y 542.

159. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 160.

de odio pudiera servir de base para inferir una intención genocida,[160] aunque de manera teórica las Salas aceptaron dicha posibilidad[161] o lo consideraron como un factor relevante aunque, en sí mismo, insuficiente.[162] En el caso *Mladic*, por ejemplo, la Sala de Juicio entendió que las expresiones del acusado y de otras personas relacionadas con una limpieza étnica podrían haber estado dirigidas al enemigo como propaganda en el marco del conflicto armado y no demostrar una intención genocida.[163]

El TPIR consideró como prueba las armas empleadas, los tipos de lesiones, la forma metódica de la planificación y el modo sistemático de las matanzas y el número de víctimas,[164] y el hecho de que hubieran sido atacadas sin importar su edad o género.[165]

En la sentencia de *Baglishema*, la Sala de Juicio del TPIR aceptó la posición adoptada en el caso *Akayesu* respecto de la posibilidad de deducir la intención genocida de ciertas presunciones de hecho y del contexto de actos supuestamente culpables a falta de prueba directa, pero resaltó que ello debía ser balanceado con la conducta real del acusado; es decir, la intención debía ser inferida, principalmente, de sus palabras y hechos y surgir de patrones de acciones con un propósito.[166]

La Sala de Juicio en el caso *Seromba* retomó algunos de los indicios identificados en casos anteriores y presentó la posición que luego fue adoptada casi de forma literal por prácticamente todas las Salas de Juicio del TPIR. Afirmó que la intención específica puede probarse a través de hechos y circunstancias relevantes del caso, como el contexto general en el que tuvo lugar el crimen, el ataque sistemático de ciertas víctimas por su pertenencia a un grupo protegido y exclusión de miembros de otros grupos, la escala y el alcance de las atrocidades, la frecuencia de actos destructivos y discriminatorios, la doctrina política que dio lugar a esos actos o la perpetración de actos que violan las bases del grupo o las

160. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párr. 554.

161. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Momcilo Krajiskic", *Judgment*, 27 de septiembre de 2006, IT-00-39-T, párr. 869; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A, párr. 574.

162. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 1399.

163. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párr. 4235.

164. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 93.

165. *Idem*, párr. 532.

166. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ignace Baglishema", *Judgment*, 7 de junio de 2001, ICTR-95-1A-T, párrs. 62-63.

que sean consideradas así por el autor.[167] Esta posición fue reiterada en la mayoría de los casos[168] y sostenida también por las Salas del TPIY[169] y de las SEEC.[170]

Asimismo, las Salas de Juicio aclararon que el/la autor/a puede estar motivado por otras razones además de la intención genocida y que los motivos personales no excluyen el dolo especial[171] y que no es necesario que la intención genocida se conforme con anterioridad a los actos, sino que es suficiente con su existencia en el momento de la comisión.[172]

4.2. La ex Yugoslavia

Debido a las características del conflicto en Bosnia Herzegovina, las Salas del TPIY tuvieron en cuenta como factores relevantes –aunque no definitorios– la destrucción de bienes culturales y religiosos y de símbolos del grupo[173] o los

167. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Athanase Seromba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2006, ICTR-01-66-T, párr. 320.

168. Véase, por ejemplo, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Siméon Nachimihigo", *Judgment*, 12 de noviembre de 2008, ICTR-01-63-T, párr. 331. De forma similar, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párr. 2115; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 714; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Tharcisse Muvunyi", *Judgment*, 11 de febrero de 2010, ICTR-00-55A-T, párr. 29; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Yussuf Munyakazi", *Judgment*, 5 de julio de 2010, ICTR-97-36A-T, párr. 494; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 31 de marzo de 2011, ICTR-2000-61-T, párr. 583.

169. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 47; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 823; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párr. 468; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 745; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A, párr. 246; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 550; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párr. 3457.

170. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párr. 803.

171. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", *Judgment*, 27 de febrero de 2009, ICTR-2001-70-T, párr. 557; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 158; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Tharcisse Renzaho", *Judgment*, 14 de septiembre de 2009, ICTR-97-31-T, párr. 760; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Gaspard Kanyarukiga", *Judgment*, 1° de noviembre de 2010, ICTR-2002-78-T, párr. 636.

172. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Nzanbonimama", *Judgment*, 31 de mayo de 2012, ICTR-98-44D-T, párr. 1704.

173. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 580; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo

traslados forzosos de población.[174] Al no estar reconocido el genocidio cultural ni el traslado de población como un acto genocida, en ambos casos, se señaló que no eran elementos que por sí solos pudieran probar la intención específica, pero que, analizados en conjunto con el resto de la prueba, podían apoyar la determinación de la *mens rea* del crimen de genocidio.

Por su parte, el caso *Mladic* da cuenta de cómo la relación de cada individuo con el colectivo puede ser usada para inferir la intención genocida. Cuando la Sala de Juicio analizó el cargo 1 de genocidio, relativo a los hechos ocurridos en municipalidades de Bosnia Herzegovina diferentes de Srebrenica, señaló que empezaría por analizar la intención específica de los autores materiales de los actos prohibidos ("*physical perpetrators*"). A tal fin, entendió que, si bien el patrón y la naturaleza generalizada de los actos u omisiones en las municipalidades indicaban la gravedad de los crímenes, la prueba no permitía inferir que los autores materiales de los actos prohibidos, como individuos afiliados a unidades militares, policías o de otro tipo, compartían la intención de destruir en parte el grupo de bosnio musulmanes. Es decir, entre otros factores, la Sala tomó en cuenta la ausencia de evidencia de coordinación entre los perpetradores físicos.[175]

4.3. Camboya

En el caso de Nuom Chea y Khieu Samphan, la Sala de Juicio de las SEEC señaló que la intención de destruir el grupo Cham se cristalizó cuando se diseminaron las órdenes del Partido y comenzaron los arrestos sistemáticos y las matanzas, luego de haber restringido sus prácticas culturales y religiosas, reprimido brutalmente las "rebeliones" y dispersado las comunidades y ordenado la purga de aquellos que no fueron considerados asimilados.[176] Con respecto al grupo de vietnamitas, se apoyó en el ataque sistemático a dicho grupo, que era denominado el enemigo y cuyos eran identificados a través de la línea materna.[177]

---

de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 553; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párr. 3548.

174. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 824; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 748.

175. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3504-3505.

176. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párrs. 3345 y 3348.

177. *Idem*, párr. 3517.

4.4. Darfur

A pesar de no ser una jurisdicción penal y de no tener el mandato de determinar responsabilidades penales individuales, cabe señalar que la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur incluyó algunas consideraciones sobre la identificación del dolo especial de genocidio. Si bien aceptó que factores tales como la escala de las atrocidades, la naturaleza sistemática de los ataques, las matanzas, los desplazamientos y las violaciones y las declaraciones racialmente motivadas de los perpetradores vinculadas exclusivamente a las tribus africanas podían ser indicativos de la intención genocida, entendió que se habían configurado otros elementos que demostraban lo contrario. A modo de ejemplo mencionó el hecho de que, luego de atacar las aldeas y quemarlas, las fuerzas gubernamentales y las milicias no exterminaron a toda la población, sino solamente a un grupo de hombres jóvenes, lo que demostraba que, en realidad, la intención era la de asesinar a los hombres considerados como rebeldes y expulsar a toda la población a fin de vaciar las aldeas y evitar que los grupos rebeldes se escondieran allí.[178] Asimismo, consideró que el hecho de que los sobrevivientes de los ataques no fueran asesinados, sino forzados a abandonar sus hogares y residir en áreas seleccionadas por el gobierno también ponía en duda la intención genocida,[179] al igual que el hecho de que en los casos de aldeas de composición mixta (tribus africanas y tribus árabes) no hubieran sido atacadas.[180]

Surge entonces que, si bien llegó a la conclusión de que no se había probado la intención genocida, el análisis que llevó adelante consideró factores de tipo colectivo. De hecho, la Comisión concluyó desde una perspectiva colectiva que no se había configurado una política genocida por parte de las autoridades gubernamentales.[181]

En la misma línea, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en su primera decisión sobre el dictado de una orden de arresto el caso *Al Bashir* examinó la configuración del dolo especial a través de factores colectivos alegados por la Fiscalía, como la existencia de una estrategia del gobierno de Sudán para negar y ocultar los crímenes supuestamente cometidos en la región de Darfur contra miembros de los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, algunas expresiones oficiales y documentos públicos[182] y la naturaleza y extensión

178. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párrs. 513-514.
179. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 515.
180. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 516.
181. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 522.
182. Resulta interesante observar que, a fin de confirmar su propio razonamiento, la Sala citó la sentencia del 2007 de la Corte Internacional de Justicia en la que consideró que un documento oficial relacionado con la discriminación de los grupos atacados y su exclusión del gobierno federal no era suficiente para probar la intención genocida. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the*

de los actos de violencia cometidos contra los grupos atacados.[183] Por su lado, la Sala sumó al análisis otros factores colectivos como el hecho de que una gran mayoría de los miembros de los grupos Fur, Masalit y Zaghawa no había sido atacada y que el gobierno de Sudán no había impedido que los civiles miembros de los grupos atacados cruzaran la frontera del Estado hacia Chad.[184]Al igual que la Comisión de Investigación, la Sala entendió que de esos factores, la intención genocida no surgía como la única inferencia posible.[185]

4.5. Myanmar

A fin de llevar a cabo su tarea, y a pesar de no ser una jurisdicción penal, la Misión Internacional de Investigación de Myanmar aplicó los desarrollos jurisprudenciales del TPIY y del TPIR y concluyó de manera similar a estos que, si bien la prueba directa casi nunca existe, era posible inferirla de prueba circunstancial tomada en su conjunto. Observó que, de acuerdo con el estándar penal de "más allá de toda duda razonable", debe tratarse de la única inferencia que razonablemente se puede extraer de los hechos. Si bien la determinación de la intención genocida en casos individuales concretos excedía su mandato, la Misión examinó si los factores que permitieron esa inferencia razonable en otros contextos estaban presentes en el caso de los rohingya con miras a asistir a una futura determinación de un tribunal penal.[186]

Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 167 y nota al pie 188.

183. *Idem*, párr. 164. Con relación a este último factor, la Sala analizó alegaciones vinculadas con las condiciones de vida en los campos de desplazados internos y los obstáculos a la asistencia humanitaria supuestamente impuestos por el gobierno de Sudán (párrs. 177-189). Asimismo, se apoyó nuevamente en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 2007 para rechazar la afirmación de que un patrón de atrocidades que pudieran configurar crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad implicaba necesariamente la prueba de la intención genocida por parte de los líderes de Sudán. *Cf.* párr. 194.

184. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 196 y 198.

185. Como se verá en el capítulo 6, apartado 2 de este libro, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares fue revertida por la Sala de Apelaciones porque consideró que el estándar de prueba fijado –que la existencia de una intención genocida sea la única inferencia posible– implicaba un umbral de prueba más alto que el exigido por el Estatuto para la instancia procesal de la orden de arresto. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Judgment on the Appeal of the Prosecutor against Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 3 de febrero de 2010, ICC-02/05-01/09-73, párr. 33.

186. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1418.

Entre los factores relevantes para dicha determinación, la Misión mencionó prueba emanada del acusado, como sus manifestaciones; prueba contextual en la forma de un plan, política, preparación; el involucramiento del gobierno en los ataques, la diseminación de una ideología extremista, la selección de las víctimas sobre la base de su pertenencia al grupo protegido; y prueba de la escala de los ataques.[187] Asimismo, consideró que la prueba sobre la existencia de la intención genocida debía ser analizada de manera conjunta y no de forma compartimentada,[188] al igual que lo han sostenido las Salas del TPIY,[189] que la calificaron como una noción fluida de la intención genocida.[190]

En el caso concreto de los Rohingya de Myanmar, la Misión consideró como factores el contexto general de retórica de odio contra el grupo en el que fueron cometidos los ataques, que incluyó la estigmatización por parte del gobierno[191] y el uso de lenguaje despectivo;[192] las expresiones despreciativas y amenazas de funcionarios gubernamentales, políticos, autoridades religiosas y militares;[193] la existencia de planes y políticas discriminatorios que buscaran cambiar la composición demográfica y étnica del estado de Rakhine y reducir la proporción del grupo rohingya;[194] la existencia de un plan organizado de destrucción[195] y la extrema brutalidad de los actos y campaña contra los rohingya.[196] Sobre la base de motivos razonables,[197] la Misión concluyó que los factores que permitían la

187. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1415.

188. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1416.

189. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 820; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 772; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párr. 550; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3435.

190. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 772.

191. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1419.

192. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1421.

193. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1422.

194. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1425.

195. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1428.

196. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1432.

197. Se trata del umbral de prueba utilizado por los órganos de investigación de derechos humanos. Véase capítulo 5.

inferencia de la intención genocida estaban presentes y que correspondía a un tribunal investigar y decidir los casos contra individuos determinados.[198]

La metodología de extraer inferencias razonables de las circunstancias y hechos del caso parece adecuada en supuestos de crímenes internacionales en los que participa una gran cantidad de personas y resulta imposible identificar con certeza los nombres de todas las víctimas y perpetradores. Además, como reconoció el TPIR, a excepción del régimen nazi en el que se documentó todo meticulosamente, los organizadores de las masacres dejaron poca documentación.[199] De esta forma, la propia naturaleza colectiva del crimen sirve como indicio de la prueba de la intención específica del genocidio.

Se ha observado que este tipo de inferencias estaría más justificado en los casos de infracciones imperfectas como la conspiración para cometer genocidio, en los que, debido su naturaleza inherentemente colectiva que surge de su propia definición, la intención de los otros miembros y el colectivo pueden asistir en la prueba de la intención de la persona acusada.[200] Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia demuestra que las Salas del TPIR y del TPIY han utilizado esta inferencia en todos los casos de genocidio y lo han hecho de manera cautelosa al extraerlas de prueba circunstancial o del contexto. De esta forma, se busca un balance entre el respeto del principio de culpabilidad individual, evitando que la responsabilidad del acusado pueda ser inferida solo por su afiliación con una organización culpable,[201] y la impunidad que de otra forma prevalecería.[202] Este enfoque no libera a la Fiscalía de su carga de probar cada elemento del caso, incluida la intención genocida, sino que ofrece una forma diferente de cumplir con esa carga.[203] De hecho, la Sala de Apelaciones del TPIR ha revocado varias condenas por entender que a partir de la prueba disponible, la intención genocida no era la única inferencia razonable.[204]

198. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1441.

199. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 65.

200. Heller (2007: 161).

201. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Georges Rutaganda", *Judgment*, 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T, párr. 528.

202. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 1° de junio de 2001, ICTR-95-1-A, párr. 160.

203. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", *Judgment*, 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A, párr. 41.

204. Véase, por ejemplo, TPIR, Sala de Apelaciones "Fiscal vs. François Karera", *Judgment*, 2 de febrero de 2009, ICTR-01-74-A, párr. 212; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", *Judgment*, 20 de octubre de 2010, ICTR-2001-70-A, párr. 236; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ildéphonse Nizeyimana", *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-2000-55C-A, párrs. 152, 157 y 275; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A, párr. 1510.

5. Los modos de atribución de responsabilidad y las infracciones imperfectas

La práctica de los tribunales penales internacionales demuestra que la enumeración del artículo III de la Convención contra el Genocidio no es taxativa, sino que pueden existir otras formas de participación en la perpetración del crimen. En efecto, de la jurisprudencia estudiada, surge que se han examinado modos de responsabilidad como la orden, la planificación o la instigación del crimen, así como la responsabilidad del superior, que no están mencionados en la Convención.[205]

Como fuera planteado en el capítulo 2, los tribunales penales internacionales han desarrollado modos de atribución de responsabilidad que reflejan la relación de la conducta individual con el contexto colectivo en el que se inserta. Esto resulta importante para el relato de los hechos, ya que el derecho internacional penal solo puede ocuparse de la responsabilidad de un grupo pequeño de personas en comparación con las que realmente participan de la comisión de crímenes internacionales y porque los individuos que cometen estos crímenes raramente lo hacen por iniciativa propia o de forma aislada,[206] sino más bien como parte de una política estatal en la que participan diversos actores, precisamente en nombre de Estado.[207]

Al utilizar estos modos de responsabilidad, se refleja el aspecto colectivo de los crímenes, incluso cuando no todas sus características puedan quedar atrapadas por un enjuiciamiento penal internacional. En casos de criminalidad sistémica, el discurso tradicional del derecho penal y la extensión de sus categorías no es suficiente para dar cuenta de la complejidad de los crímenes,[208] pues atomiza la conducta del Estado como ente colectivo.[209] El hecho de enfocarse solamente en un grupo de personas a las que se les atribuye responsabilidad por los crímenes de un colectivo no logra describir de manera cabal el contexto histórico, político y económico en el que se insertan las conductas individuales[210] ni el aparato estatal que hizo posible su comisión.

205. Mettraux (2019: 347).

206. Nollkaemper (2006: 58).

207. Nollkaemper (2006: 59-60).

208. Drumbl (2004: 447). Desde la criminología, Smeulers y Haveman han observado que la concepción de responsabilidad individual de los derechos penales domésticos no resulta útil para expresar la criminalidad sistémica de los Estados. Los crímenes son conductas colectivas, en las que el nivel superior y más pequeño, formada por los líderes, posee la intención criminal y se encuentra alejada del último nivel, que comete físicamente los crímenes. *Cf.* (2008: 11).

209. Nollkaemper (2006: 61).

210. Drumbl (2004: 448).

Cuando los tribunales aplican la doctrina de la empresa criminal conjunta o del plan común o la responsabilidad del superior, puede pensarse que la acusación es grupal, pero la determinación de la responsabilidad de cada miembro es individual.[211] Lo mismo ocurre con ciertas infracciones imperfectas como la conspiración para cometer genocidio. Así se evita la responsabilidad colectiva, pero, al mismo tiempo, se advierte que la responsabilidad individual no podría establecerse sin reconocer las dinámicas grupales en las que se basa el crimen.[212]

Como se verá, las decisiones de los tribunales *ad hoc* sobre el crimen de genocidio demuestran que se trata de un crimen colectivo a través de, por ejemplo, condenas por conspiración para cometer genocidio[213] o la utilización de modos de responsabilidad como la empresa criminal conjunta o la coautoría mediata por medio del aparato del Estado.

En los casos del TPIY, la herramienta más utilizada para dar cuenta del contexto colectivo fue el modo de responsabilidad de la empresa criminal conjunta, pues solamente en pocos casos la Fiscalía incluyó dentro de los cargos una infracción imperfecta. El TPIR siguió un camino diferente ya que solo se aplicó la noción de la empresa criminal conjunta en las últimas sentencias y, por el contrario, en diversos casos se incluyeron cargos por conspiración y por instigación directa y pública para cometer genocidio. En ambos tribunales, la responsabilidad del superior fue aplicada como agravante cuando la persona acusada había sido encontrada culpable sobre la base de otros modos de responsabilidad.[214]

5.1. Infracciones imperfectas

En el caso del TPIR, es posible observar que, en las primeras decisiones, el aspecto colectivo o sistémico del crimen de genocidio se hizo explícito a través del reconocimiento de la importancia del contexto y de la estructura estatal para el análisis de la conducta individual o del cargo de conspiración para cometer genocidio, sin incluir modos de responsabilidad que reflejaran necesariamente dicho aspecto. Asimismo, la infracción imperfecta de conspiración para cometer genocidio fue utilizada en particular cuando los/as acusados/as habían tenido un rol en el gobierno o en el aparato del Estado.

Por ejemplo, en la sentencia del primer ministro del gobierno interino, Jean Kambanda, sobre la base del reconocimiento de responsabilidad del acusado, la Sala dictó una condena por conspiración para cometer genocidio por haber acordado con otros miembros del gobierno (como Pauline Nyiramasuhuko,

211. Balint (2008: 318); Mohamed (2009: 383).
212. Mohamed (2009: 363).
213. Mohamed (2009: 375).
214. Véase capítulo 7, apartado 2.3 de este libro.

Andre Ntagerura, Eliézer Niyitegeka y Edouard Karemera),[215] matar y causar lesiones graves a la integridad física y mental de la población Tutsi con la intención de destruir total o parcialmente a ese grupo como tal. Sin embargo, como se trataba de un reconocimiento de responsabilidad,[216] la Sala no ingresó en el análisis de elementos de esta infracción imperfecta.

Eliézer Niyitegeka, una de las personas mencionadas en la decisión de *Kambanda,* fue la siguiente condenada por conspiración para cometer genocidio. La Sala consideró probado que la participación del acusado en las reuniones con otros para discutir la matanza de Tutsi, su planificación de los ataques, la distribución de armas a los atacantes, sus expresiones de apoyo al primer ministro Kambanda y al gobierno interino y sus acciones o inacciones que no protegieron a la población Tutsi, así como su rol de líder en la coordinación y sus expresiones en las reuniones, evidenciaron su intención (junto con otros conspiradores) de destruir total o parcialmente el grupo Tutsi.[217]

En esa línea, Pauline Nyiramasuhuko, ministra de Familia y Desarrollo de la Mujer del gobierno interino, también fue condenada por conspiración para cometer genocidio sobre la base de su participación en las reuniones de gabinete del gobierno interino en las que fue informada sobre las masacres contra la población civil Tutsi, encuentros en los que se dictó la directiva para crear retenes en los caminos y se decidió la remoción del prefecto de Butare que se oponía a las matanzas. Asimismo, estuvo presente en discursos pronunciados por miembros del gobierno en los que se alentaba la matanza de Tutsi.[218] Igualmente en relación con la Prefectura de Butare, en el caso *Bizimungu et al.*, que involucraba a cuatro ministros del gobierno interino, dos ellos, Mugiraneza y Mugenzi, fueron condenados por la Sala de Juicio por conspiración para cometer genocidio

215. Con la excepción de André Ntagerura, todos ellos fueron condenados por la misma infracción imperfecta en casos posteriores.

216. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Kambanda", *Judgment*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23-T, párr. 40.2. Este examen fue realizado en la sentencia de primera instancia del caso *Musema*. Allí se observó que, según los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio, la conspiración para cometer el crimen se incluyó para asegurar que, dada la grave naturaleza del crimen, el mero acuerdo para cometerlo sea sancionado, aun cuando no se hubieran realizado actos preparatorios. Definió la conspiración como un acuerdo entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio que posean el dolo especial, que no requiere que el genocidio sea efectivamente cometido para ser punible. Sin embargo, decidió absolverlo apoyándose en la noción del derecho romano-germánico que dispone que en el caso de que el genocidio fuera cometido, el crimen sustantivo desplaza a la infracción imperfecta. *Cf.* TPIR, Sala de, "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párrs.185, 191-192, 194 y 196. Véase capítulo 7, apartado 3 de este libro.

217. TPIR, Sala de, "Fiscal vs. Eliézer Niyitegeka", *Judgment*, 16 de mayo de 2003, ICTR-96-14-T, párr. 427.

218. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párrs. 5676-5677.

en virtud de su participación en la decisión de remover al prefecto de Butare y facilitar así las matanzas en esa localidad.[219]

El ministro del interior y Desarrollo Comunal, Édouard Karemera, y el presidente del Comité Ejecutivo del MRND, Matthieu Ngirumpatse, también fueron condenados por conspiración para cometer genocidio sobre la base de las acciones concertadas y coordinadas de los líderes del partido MRND y del gobierno interino que crearon la política genocida.[220] Sin embargo, la Sala de Apelaciones consideró que no se había probado más allá de toda duda razonable que los líderes del MRND estuvieran vinculados con el gobierno interino e influenciaran su proceso de toma de decisiones,[221] y absolvió finalmente a Ngirumpatse de dicho cargo.

Jean-Baptiste Gatete, un funcionario del Ministerio de la Mujer y Asuntos de Familia, había sido absuelto del crimen de conspiración por la Sala de Juicio porque esta había entendido que, a pesar de que el crimen se encontraba probado, no se podía condenar a una persona por genocidio y conspiración para cometer genocidio sobre la base de los mismos hechos. Al respecto sostuvo que, como la evidencia de la empresa criminal conjunta para cometer genocidio también probaba un acuerdo para cometer genocidio, prevalecería la primera.[222] Sin embargo, la Sala de Apelaciones modificó la sentencia y lo condenó por ambos crímenes. Para ello, consideró que se trataba de dos crímenes diferentes y que la condena por genocidio no cubría la totalidad de su conducta criminal, que había incluido el acuerdo para cometer genocidio con otro funcionario y miembros de la milicia Interahamwe.[223]

Por su parte, el ministro de la Juventud y los Movimientos Asociativos del gobierno interino, Callixte Nzabonimana, también fue condenado por conspiración para cometer genocidio. A tal fin, la Sala de Juicio tomó en consideración su

219. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párrs. 1983-1984. Sin embargo, ello fue revocado por la Sala de Apelaciones por entender que no era la única inferencia razonable disponible, sino que había una posibilidad de que hubiera sido por razones administrativas o políticas. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 4 de febrero de 2013, ICTR-99-50-A, párr. 91.

220. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T, párr. 1588.

221. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-98-44-A, párr. 649.

222. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 31 de marzo de 2011, ICTR-2000-61-T, párr. 661.

223. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 9 de octubre de 2012, ICTR-2000-61-A, párrs. 260-261. Sobre este tema, véase capítulo 7, apartado 3 de este libro.

participación en diversas reuniones de gabinete y con otros funcionarios regionales con el fin de facilitar las matanzas y esconderlas de la comunidad internacional.[224]

Finalmente, cabe mencionar que en el caso *Nahimana et al.*, que versó sobre el rol de los medios de comunicación en la política genocida del gobierno interino, los tres acusados fueron condenados por conspiración para cometer genocidio en primera instancia (aunque luego fueron absueltos de ese crimen por la Sala de Apelaciones). La Sala de Juicio señaló que la conspiración podía inferirse de acciones coordinadas por individuos que tienen un propósito común en un marco unificado y la coordinación institucional puede ser la base de una conspiración entre los individuos que controlan la institución que están involucrados en una acción coordinada.[225] Si bien no se trataba de individuos que formaban parte del aparato estatal, como fuera señalado, la compañía *Radio Télévision Libre de Mille Collines* S.A. tenía un vínculo muy cercano al gobierno.

Surge con claridad que el TPIR ha aplicado la conspiración para cometer genocidio en los casos en los que estuvieron involucrados miembros del gobierno, lo que da cuenta de que esta infracción imperfecta resulta una herramienta adecuada para ilustrar la forma en que el aparato de Estado es utilizado en los casos de genocidio,[226] pues sirve de marco para la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. Los espacios estatales como un gabinete de gobierno o la comandancia de un ejército pueden resultar conducentes para llevar a cabo este tipo de conductas que requieren una coordinación.

Contrariamente, en el caso del TPIY, la conspiración para cometer genocidio fue aplicada solamente en los casos de *Popovic et al.* y de *Tolimir*. Allí, las Salas consideraron que los acusados habían celebrado un acuerdo para cometer genocidio con dolo especial en virtud de la prueba de acciones coordinadas y un marco unificado de aquellos que participaron en la operación para matar hombres musulmanes de Srebrenica en julio de 1995.[227] En este punto, aparece el interrogante respecto de la razón por la cual este cargo no fue incluido en los

224. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Nzabonimana", *Judgment*, 31 de mayo de 2012, ICTR-98-44D-T, párrs. 1158, 1578 y 1591.

225. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment*, 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T, párrs. 1047-1048.

226. La utilización de esta figura por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el del Lejano Oriente da cuenta de que se concibió como un crimen de liderazgo. *Cf.* Sato (2016: 92).

227. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 1184 (con referencia a Vujadin Popovic) y 1322 (con referencia a Ljubisa Beara) y TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 1176. Cabe señalar que en el caso de Popovic y Beara, la Sala de Juicio había decidido no dictar una condena por esta infracción imperfecta por considerar que resultaba redundante con la condena por el crimen de genocidio (cf. párr. 2125), lo que fue modificado por la Sala de Apelaciones. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párr. 537. Esta cuestión será examinada en mayor detalle en el capítulo 7, apartado 3 de este libro.

casos de *Mladic* y *Karadzic*, que formaban parte del mismo aparato estatal y ejercían los cargos de mayor jerarquía. Una respuesta posible surge del hecho de que la Fiscalía parece haber privilegiado el uso de los modos de responsabilidad, como la empresa criminal conjunta, por sobre las infracciones imperfectas para dar cuenta del aspecto sistémico del genocidio. Como se verá en el capítulo 7, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha discutido, precisamente, si una condena por genocidio a través de la empresa criminal conjunta subsume la conspiración para cometerlo.

5.2. Modos de responsabilidad

Por otro lado, en relación con los modos de responsabilidad, en las primeras sentencias del TPIR se hizo referencia a los modos de autoría y participación mencionados en el artículo 6.1 del Estatuto (planificación, instigación, orden, comisión o asistencia –"*aid and abet*"–). Así, las primeras condenas por genocidio consideraron al acusado responsable por alguna/s de esas modalidades en el marco de dicha norma sin utilizar ninguna forma que de manera particular reflejara el aspecto colectivo o, en algunos casos, como superior responsable, de acuerdo con el artículo 6.3. del Estatuto, lo que sí podía dar cuenta de una organización estatal, en especial, en los casos de miembros del ejército o de superiores civiles respecto de la policía. La noción de comisión utilizada en estos casos incluía no solamente la comisión material o física, sino los supuestos en los que las acciones del acusado fueron una parte integral del genocidio.[228]

Como fuera explicado en el capítulo 2, la empresa criminal conjunta es un modo de comisión desarrollado por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* que se aplica en supuestos en los que una pluralidad de individuos comparte un propósito criminal común y coordinan sus esfuerzos para cometer un crimen.[229] Todos los miembros de la empresa criminal conjunta serán considerados como autores principales, sin importar el rol o posición que hayan tenido en la comisión del crimen[230] porque se apoya en una posición subjetiva del concepto de autoría[231] y, por lo tanto, lo que importa es que subjetivamente compartan el propósito común. La jurisprudencia ha reconocido tres modalidades de la empresa criminal conjunta. En el modo básico, todas las personas acusadas poseen la misma intención criminal (en el caso del genocidio, el dolo especial), mientras que en el modo sistémico, el plan se institucionaliza y todos/as los/as que forman

228. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Athanase Seromba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2006, ICTR-01-66-T, párr. 161.

229. Yanev (2019: 122).

230. Cassese y Gaeta (2013³: 163).

231. Olásolo Alonso (2013: 305).

parte del campo de detención o concentración conocen y comparten la intención criminal.[232] Por su lado, la tercera categoría se utiliza para atribuir responsabilidad por crímenes incidentales o que excedieron el plan criminal común, pero que resultaban consecuencias naturales y predecibles de la ejecución de dicho plan.[233]

En la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no se encuentran ejemplos de condenas por genocidio sobre la base de la segunda categoría. La utilización de la tercera modalidad en los casos de genocidio, cuando este no forma parte del propósito común, sino que es considerado una consecuencia natural y predecible para la persona acusada que acepta el riesgo de que ocurra, ha sido discutida en relación con el dolo especial que se requiere para la configuración del crimen y el estándar más bajo de *mens rea* que acepta la tercera variante. En el caso *Brdanin*, la Sala de Juicio del TPIY había considerado que la tercera variante era incompatible con un cargo de genocidio, pero la Sala de Apelaciones lo revocó, señalando que esa postura confundía el elemento subjetivo especial del genocidio con el elemento subjetivo del modo de responsabilidad.[234] En esos casos, la consecuencia es que una persona que no posee la intención genocida puede, no obstante, ser condenada por ese crimen cuando le resultaba predecible que otra persona que participara de la empresa criminal conjunta sí tuviera esa intención y cometiera actos genocidas.

Esta cuestión, por su parte, no surgió ante las SECC porque directamente decidieron que el derecho internacional consuetudinario al momento de los hechos no reconocía la tercera categoría de la empresa criminal conjunta como un modo de responsabilidad[235] así que, por lo tanto, no se utilizó esta modalidad para ningún crimen de su competencia, incluido, por supuesto, el genocidio.

La primera vez que el TPIR debió analizar la modalidad de la empresa criminal conjunta fue en el caso de André Rwamakuba, cuya sentencia se dictó unos meses después de la decisión de *Brdanin.* Durante el juicio, la defensa del acusado había alegado que la costumbre internacional no reconocía la aplicación de la doctrina de la empresa criminal conjunta al crimen de genocidio en el año en que

232. Cassese y Gaeta (2013[3]: 163).

233. Yanev (2019: 126).

234. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Decision on Interlocutory Appeal*, 19 de marzo de 2004, IT-99.36-A, párr. 10. La misma postura fue sostenida por la Sala de Juicio en la decisión en el caso *Milosevic*. Si bien por la instancia del caso, la Sala no podía determinar con certeza la modalidad de responsabilidad, entendió que Milosevic podía ser considerado un participante en una empresa criminal conjunta para cometer otros crímenes diferentes al genocidio y que era razonablemente previsible para él que, como consecuencia de la comisión de esos crímenes, otros participantes de la empresa cometieran genocidio de parte del grupo bosnio-musulmán. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párrs. 291-292.

235. SECC, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Chea", Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 de mayo de 2010, párrs. 77-83.

se habían cometido los hechos (1994). Asimismo, argumentó que el genocidio era un crimen especial y que una condena sobre la base de la empresa criminal conjunta diluiría el estigma de dicho crimen y equivaldría a una responsabilidad penal de tipo colectiva.[236]

Al respecto, la Sala de Apelaciones observó, en primer lugar, que su par del TPIY en el caso *Tadic* ya había concluido que el derecho internacional consuetudinario reconocía la aplicación de la empresa criminal conjunta a todos los crímenes de su competencia, sin distinción. Asimismo, hizo referencia a los enjuiciamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, observando que, si bien no incluyeron formalmente cargos de genocidio, aquellos relativos a crímenes de lesa humanidad en muchos casos incluían actos de genocidio.[237] Resulta de particular interés observar que, al citar el caso del tribunal militar norteamericano de ocupación en Nuremberg conocido como *Justice* señaló que allí se afirmó que la responsabilidad por la participación en un plan criminal es tan amplia como el propio plan, incluso si ello incluye una sistema organizado por el gobierno a nivel nacional de crueldad e injusticia,[238] es decir, se aceptó que la empresa criminal conjunta es un modo adecuado para dar cuenta de la comisión del genocidio a través del aparato del Estado. En ese sentido, la Sala agregó que de los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio surgía que los negociadores dejaron en claro que los Estados buscaban asegurar que todas las personas involucradas en una campaña genocida, sin importar en qué etapa, quedaran sujetas a la responsabilidad penal.[239] Sin embargo, precisó que no surgía claramente si los negociadores consideraron que la participación en un plan común configuraba una forma de comisión, de complicidad o de conspiración para cometer genocidio, lo que, de todos modos, no afectaba sus conclusiones.[240]

La aplicación de la empresa criminal conjunta como modalidad de imputación de responsabilidad por las Salas del TPIR fue discutida en los primeros casos, pero no fue aplicada. Los votos separados en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Gacumbitsi* dan cuenta de las diferentes posiciones que se planteaban al respecto. Por un lado, el juez Schomburg hizo referencia a la doctrina de la autoría indirecta a través de una estructura organizada de poder, por la que la responsabilidad principal se transfiere a las personas que ocupan posiciones de liderazgo en esa estructura organizada de poder y son quienes deben ser consi-

236. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. André Rwamakuba", *Decision on Interlocutory Appeal regarding application of joint criminal enterprise to the crime of genocide*, 22 de octubre de 2004, ICTR-98-44-AR72.4, párr. 7.

237. *Idem*, párrs. 13, 15-24.

238. *Idem*, párr. 25.

239. *Idem*, párr. 27.

240. *Idem*, párr. 28.

deradas como autoras del crimen,[241] calificándola adecuada para las necesidades del derecho internacional penal.[242] Al respecto, señaló que los crímenes internacionales son cometidos por una pluralidad de personas cooperando entre sí y, por lo tanto, no es necesario que todas cometan el crimen por su propia mano, lo que no significa que sean menos culpables. Por el contrario, indicó que en el contexto de la macrocriminalidad, el grado de responsabilidad suele aumentar a medida que aumenta la distancia del hecho.[243] En el caso de Ruanda, las personas con mayor responsabilidad de la matanza fueron aquellas detrás de escena, que organizaron y planificaron el genocidio y que instruyeron, ordenaron e instigaron a otros a llevarlo a cabo, por lo que les cabía la calificación de "perpetradores" del genocidio.[244] Sin embargo, dicha modalidad no fue aplicada por el TPIR. Como se verá, recién sería discutida por un tribunal penal internacional en el marco del caso *Al Bashir* de la Corte Penal Internacional.

Por el otro lado, el juez Shahabuddeen observó que en los casos de crímenes de grupo existe una dificultad para cumplir con el principio de culpabilidad personal cuando la persona acusada no cometió personalmente el crimen, pues, en su lugar, debe probarse un vínculo entre esta y la comisión del crimen de forma de demostrar que este no podría haberse cometido sin su participación.[245] El juez consideró que la Sala de Apelaciones del TPIY había preferido la doctrina de la empresa criminal conjunta por sobre la de la coautoría, pero que ambas podían mostrar que la persona acusada había cometido genocidio.[246]

Si bien el TPIY fue más receptivo a la modalidad de comisión por empresa criminal conjunta, cabe señalar que la sentencia de primera instancia del caso *Stakic* constituye una excepción. Allí, la Sala de Juicio consideró que la empresa criminal conjunta era solo una opción para interpretar el término "comisión" del artículo 7.1 del Estatuto y que debían tomarse en cuenta otras definiciones de coautoría. La Sala prefirió interpretar coautoría como la participación física o de otra forma directa o indirecta del acusado en los elementos materiales del crimen a través de actos positivos u omisiones frente a un deber de actuar sea individual o conjuntamente. Para ello, resultaba suficiente que hubiera un acuerdo explícito o un consentimiento silencioso para alcanzar un objetivo común a través de la coordinación y control conjunto sobre la conducta criminal[247] y que ninguno

241. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", *Judgment*, 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A, Voto Separado del juez Schomburg, párr. 20.

242. *Idem*, párr. 21.

243. *Idem*, párrs. 2-3.

244. *Idem*, párr. 9.

245. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", *Judgment*, 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A, Voto Separado del juez Shahabuddeen, párr. 43.

246. *Idem*, párrs. 48-49.

247. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párrs. 438-440.

de los coautores pudiera haber alcanzado el objetivo por sí solo, pero sí haber frustrado el plan negándose a cooperar o denunciando los crímenes.[248] Asimismo, diferenciándose de la decisión en *Brdanin*, consideró que mezclar la tercera variante de la empresa criminal conjunta con el crimen de genocidio provocaría que se diluyera el dolo especial al punto de extinguirse. En ese sentido, manifestó que la noción del genocidio como una escalada o como una consecuencia natural y previsible de una empresa que no buscaba específicamente el genocidio no era compatible con la definición de este crimen.[249]

Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó vehementemente esta postura, ya que, de oficio, es decir, sin que ninguna de las partes lo hubiera planteado en sus agravios, cuestionó la preferencia por la coautoría por sobre la empresa criminal conjunta para evitar que la introducción de nuevos modos de responsabilidad generase confusión en la jurisprudencia. Consideró, además, que la coautoría no tenía base en la costumbre internacional ni en la jurisprudencia del TPIY.[250]

En algunos casos del TPIY, los autores materiales de los crímenes no formaban parte de la empresa criminal conjunta, sino que se determinó que había un vínculo entre ellos que permitía imputar a los participantes de la empresa crímenes cometidos por terceras personas. En el caso *Brdanin*, la Sala de Apelaciones sostuvo que, para determinar que un miembro de una empresa criminal conjunta fuera responsable por los crímenes cometidos por terceras personas, debía demostrarse que el participante utilizó al autor material actuando de conformidad con el plan común y que el vínculo entre ambos debía ser evaluado caso por caso.[251] La misma posición adoptó la Sala de Juicio de las SEEC, quien agregó que no se requería que el autor principal tuviera un control efectivo sobre el autor material o directo.[252] Esta postura expande la aplicabilidad de esta modalidad a casos en

248. *Idem*, párr. 490.

249. *Idem*, párr. 530.

250. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 22 de marzo de 2006, IT-97-24-A, párrs. 59 y 62. Cabe observar que, de todas formas, la Sala de Apelaciones llegó a la misma conclusión que la Sala de Juicio y absolvió a Milomir Stakic por el crimen de genocidio.

251. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Decision on Interlocutory Appeal*, 19 de marzo de 2004, IT-99.36-A, párr. 413. Este supuesto se discutió en el caso *Popovic et al.* respecto de los asesinatos cometidos por el grupo militar llamado *Scorpions Unit*. La Sala de Juicio había considerado como vínculo suficiente el hecho de que las matanzas se hubieran cometido después de la caída de Srebrenica en julio de 1995 contra hombres bosnio-musulmanes. Sin embargo, la Sala de Apelaciones consideró que no se habían dado suficientes motivos para establecer el vínculo entre los miembros de la empresa criminal conjunta y la *Scorpions Unit*, aunque, al mismo tiempo, notó las similitudes entre los crímenes cometidos por el grupo paramilitar y los otros crímenes cometidos por la empresa criminal conjunta. La Sala entendió que debió, por ejemplo, haberse probado una coordinación entre el VRS y los Scorpions Unit. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 1064-1067.

252. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párr. 3711.

los que no existe un acuerdo entre los autores intelectuales y los autores materiales[253] y pone en cuestión que los miembros sean autores del crimen, sino que, en realidad, hayan actuado como instigadores. Sin embargo, las Salas del TPIY y las TPIR mantuvieron a lo largo de su jurisprudencia que la participación en una empresa criminal conjunta era una forma de comisión,[254] reconociendo así la importancia de utilizar modos de responsabilidad que puedan describir de la manera más completa posible el crimen e incluir referencias a las conductas de la mayor cantidad de gente posible, más allá de la persona acusada en cada caso, reafirmando así el carácter sistémico del crimen de genocidio.

De esta forma, luego de algunas idas y vueltas, las Salas de ambos tribunales *ad hoc* acordaron que la empresa criminal conjunta era un modo válido para imputar responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio. En todos los casos en que fue aplicada se discutió la conducta de personas vinculadas de alguna manera al Estado, ya sea como funcionarios civiles o como oficiales militares.

Con relación a las autoridades militares, es posible encontrar condenas por genocidio a través de la participación en una empresa criminal conjunta en sus diferentes variantes en la jurisprudencia de ambos tribunales *ad hoc*.

El caso de Radislav Krstic resulta interesante por varias razones. En primer lugar, porque es la primera condena del TPIY por el crimen de genocidio. En segundo lugar, porque en la instancia de juicio, la Sala entendió que tenía responsabilidad como miembro de una empresa criminal conjunta debido a su amplia participación en el plan criminal para matar bosnio-musulmanes y su rol de coordinación de las matanzas.[255] Sin embargo, aclaró que el hecho de que esas matanzas llevarían a la eliminación de la comunidad bosnio-musulmana de Srebrenica era algo de lo que Krstic tenía conocimiento ("*awareness*"), pero no necesariamente intención, que la Sala entendió limitada al asesinato de hombres,[256] por lo que aplicó la empresa criminal conjunta en su tercera versión o variación extendida. Sin embargo, la Sala de Apelaciones decidió modificar la condena y calificarlo como un partícipe que asistió ("*aid and abet*") porque solamente consideró probado el conocimiento de Krstic de la intención de cometer genocidio de parte de algunos miembros del Estado Mayor del VRS,

253. Ha sido observado que ello convertiría la modalidad de la empresa crimina conjunta en un concepto que subrogaría al de la conspiración. *Cf.* van Sliedregt (2007: 200).

254. Yanev (2019: 150-151).

255. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párrs. 631 y 644.

256. "In the present case, General Krstic participated in a joint criminal enterprise to kill the military-aged Bosnian Muslim men of Srebrenica with the awareness that such killings would lead to the annihilation of the entire Bosnian Muslim community at Srebrenica. His intent to kill the men thus amounts to a genocidal intent to destroy the group in part". TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 644.

pero no su propia intención.[257] Si bien la Sala de Apelaciones no analizó expresamente la cuestión de la previsibilidad del genocidio, el cambio en el modo de responsabilidad da cuenta de la dificultad de aplicar la empresa criminal conjunta extendida a crímenes con una intención especial. La línea entre el conocimiento que Krstic tenía de que era previsible que se cometiera genocidio y el conocimiento de que los miembros de la empresa criminal conjunta tenían intención específica parece aquí muy tenue. De hecho, se ha propuesto que aquellos que participan en la tercera categoría de la empresa criminal conjunta –es decir, que poseen dolo eventual respecto de la comisión de genocidio– no sean considerados como perpetradores del genocidio, sino como participantes, aunque diferentes de quienes asisten en la comisión ("*aid and abet*").[258]

Esto se vincula con una discusión doctrinaria relativa a dos posibles enfoques para el dolo especial del genocidio, que serán analizados en el capítulo 7: el "*knowledge-based approach*" y el "*purpose-based approach*". El primero requiere que la persona acusada haya actuado con el deseo u objetivo de contribuir a la destrucción total o parcial del grupo protegido,[259] mientras que el segundo entiende que, al tratarse de un crimen sistémico, la intención genocida debe dar cuenta de un plan general en el que la persona acusada tomó parte.[260] En el caso *Krstic*, la Sala de Apelaciones eligió el primero de los enfoques y, por lo tanto, decidió modificar el modo de responsabilidad.

El caso *Popovic et al.* fue la primera vez que se confirmó una condena por la comisión de genocidio como autor principal. Allí se examinó la conducta de varios oficiales de alta jerarquía del ejército serbio-bosnio a quienes la Fiscalía había acusado de participar en una empresa criminal conjunta para la destrucción de parte del grupo de bosnios-musulmanes en Srebrenica. Dos de los acusados (Ljubisa Beara, jefe de seguridad del Estado Mayor del VRS y Vujadin Popovic, jefe de seguridad del Drina Corps) fueron condenados por genocidio a través de la modalidad de participación en una empresa criminal conjunta para asesinar hombres bosnio-musulmanes por haber contribuido significativamente desde su rol en las operaciones militares, mientras que otro (Drago Nikolic, jefe de seguridad de la Brigada Svornik del Drina Corps) fue considerado como partícipe en razón de no haberse podido probar su intención genocida, sino solamente que conocía la intención de los autores principales.[261] Un caso similar es el de Zdravko Tolimir, quien también fue condenado por genocidio a través de una participación en una empresa criminal conjunta. En las tres condenas por

257. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párr. 134.

258. van Sliedregt (2007: 205).

259. Webb (2013: 25); Kress (2015: 694).

260. Webb (2013: 26 y 28).

261. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 1180, 1318 y 1403-1415.

genocidio se hizo referencia al hecho de que, por su posición, tenían conocimiento de los detalles de las operaciones en el terreno.[262] Asimismo, en los casos de Vujadin Popovic y Ljubisa Beara la Sala de Juicio consideró que, si bien estaban configurados los elementos de la planificación del genocidio como modo de responsabilidad, su conducta se reflejaba mejor en la modalidad de comisión por empresa criminal conjunta.[263]

El militar de mayor rango del ejército serbio-bosnio, Radko Mladic, también fue condenado por participar en una empresa criminal conjunta para destruir a los bosnio-musulmanes de Srebrenica. Desde su rol como jefe del Estado Mayor del VRS contribuyó significativamente a dicha empresa, entre otras cosas, dictando órdenes para las operaciones de la toma de Srebrenica, para evitar que entraran periodistas locales y extranjeros a las zonas de combate y, además, para prohibir dar información a los medios sobre las operaciones de modo de impedir que la comunidad internacional conociera lo que estaba ocurriendo en Srebrenica.[264]

En el contexto del TPIR, el caso de Aloys Simba, un teniente coronel retirado y designado por el Ministerio de Defensa como asesor en una Prefectura, constituye la primera condena por el crimen de genocidio dictada por dicho tribunal por la participación en una empresa criminal conjunta, a través de actos de asistencia y aliento a los perpetradores físicos de los crímenes en la Escuela Técnica Murambi y en la parroquia Kaduha, entendiendo que las acciones del acusado tuvieron un efecto sustancial en las matanza y que este compartía el propósito común de matar Tutsi en esos lugares.[265] Los casos de Ildephonse Niseyimana y de Ildéphonse Hategekimana también involucran a miembros de las Fuerzas Armadas, pero de menor rango que Aloys Simba, y recibieron una condena por genocidio por su participación en una empresa criminal conjunta.[266]

Las instancias de autoridades civiles condenadas por la comisión de genocidio a través una empresa criminal conjunta incluyen a funcionarios de diferentes rangos. En el contexto del TPIY, el único civil condenado por genocidio fue Radovan Karadzic,[267] quien, vale observar, en razón de su posición como presidente de

262. *Idem*, párrs. 1180 y 1318; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 1172.

263. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 1181 y 1319, respectivamente.

264. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment*, 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párr. 5081.

265. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Aloys Simba", *Judgment*, 13 de diciembre de 2005, ICTR-01-76-T, párrs. 403 y 406.

266. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ildéphonse Nizeyimana", *Judgment*, 19 de junio de 2012, ICTR-2000-55C-T, párrs. 1498 y 1515 y TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ildéphonse Hategekimana", *Judgment*, 6 de diciembre de 2010, ICTR-00-55B-T, párrs. 676, 685 y 691.

267. Los otros civiles acusados de cometer genocidio, quienes habían ocupado posiciones en distintas estructuras gubernamentales, Milomir Stakic, Radoslav Brdanin y Momcilo Krajisnic, fueron absueltos de dicho cargo.

la República Srpska era, además, comandante supremo del ejército. La Sala de Juicio lo condenó por la comisión de genocidio a través de su participación en una empresa criminal conjunta para destruir al grupo de bosnio-musulmanes en Srebrenica. De la sentencia surge claramente cómo su rol en el aparato estatal fue clave para dicha condena. La Sala entendió que su contribución a la empresa criminal conjunta se había configurado a través de tres órdenes que implicaron el establecimiento de estructuras serbio-bosnias en Srebrenica relativas a 1) la designación de un serbio-bosnio como comisionado civil con autoridad municipal, 2) la creación de una Srebrenica serbia, 3) la disposición de que solamente el Comité de Estado aprobaría los *convoys* humanitarios previa consulta con Karadzic. Estas órdenes facilitaron la comisión del acto genocida de matanzas.[268]

Los casos del TPIR en los que se impusieron condenas por la comisión de genocidio a través de una empresa criminal conjunta son la minoría en comparación con los casos de condena sobre la base de otras modalidades.[269] En este grupo se encuentran el caso del burgomaestre Grégoire Ndahimana, en el que la Sala de Apelaciones modificó la condena dictada en primera instancia por asistencia en la comisión de un genocidio por una condena por participación en una empresa criminal conjunta, pues consideró que su participación en los eventos apoyaba la inferencia de que compartía la intención de los otros miembros de la empresa. Al respecto, la Sala sostuvo que no hacía falta analizar el *actus reus* porque estaba probada la *mens rea* del genocidio.[270] En el caso de Jean-Baptiste Gatete, el acusado, un funcionario del Ministerio de la Mujer y Asuntos de Familia, fue condenado por la comisión de genocidio por su participación en una empresa criminal conjunta, pues sus acciones contribuyeron sustancial y significativamente a las matanzas. La Sala entendió que, desde su rol prominente, Gatete había diseñado el plan y que, con su presencia, alentó a los atacantes, les proveyó armas y apoyo moral.[271]

También se incluye el caso *Bizimungu et al.*, en el que se discutía la responsabilidad de cuatro ministros del gobierno interino de Ruanda. Allí, la Sala de Juicio aceptó la aplicación de la empresa criminal conjunta, considerando que los actos que llevaron al cambio del prefecto de Butare por otro que compartiera su ideología y los discursos de miembros del gabinete nacional presentados en el acto de asunción del nuevo prefecto reflejaron la coordinación y el acuerdo para

268. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 5671, 5817 y 5819.

269. En el caso *Bikindi*, la Sala afirmó que la empresa criminal conjunta es una forma de comisión, pero que no era suficiente que la Fiscalía se refiriera de manera genérica al artículo 6.1. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Simon Bikindi", *Judgment*, 2 de diciembre de 2008, ICTR-01-72-T, párr. 398.

270. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Grégoire Ndahimana", *Judgment*, 16 de diciembre de 2013, ICTR-01-68-A, párrs. 197-198.

271. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 31 de marzo de 2011, ICTR-2000-61-T, párrs. 588-589, 599 y 606.

usar la autoridad administrativa del gobierno interino y su prominencia nacional para implementar las políticas y directivas que tenían por fin las matanzas de Tutsi en Butare, es decir que usaron su capacidad administrativa única para debilitar al gobierno local que se resistía al genocidio en Butare. Con su presencia, los acusados prestaron apoyo moral sustancial al discurso de instigación y dieron una imagen de un gobierno interino unificado, contribuyendo así al propósito criminal común.[272]

De manera similar, en el caso *Karemera et al.*, en el que se juzgaba a un ministro del gobierno interino y a uno de los mayores líderes del MRND, la Sala de Juicio entendió que se habían configurado varios supuestos de la empresa criminal conjunta respecto de diversos incidentes en los que los acusados habían participado junto con otros miembros con una intención de cometer genocidio contra la población Tutsi.[273] En su sentencia, la Sala hizo hincapié en que, en virtud de la escala masiva de las matanzas y su naturaleza sistemática y pública, y del hecho de que en razón de que las víctimas fueran predominantemente Tutsi, incluyendo mujeres, niños y ancianos que no podían ser potenciales combatientes del FPR, los miembros de la empresa criminal conjunta compartían el propósito que constituía la intención genocida.[274] Resulta interesante señalar que en este caso, los acusados fueron condenados con base en la versión extendida de la empresa criminal conjunta respecto de los actos de violaciones violencia sexual sistemáticos y generalizados contra las niñas y mujeres Tutsi con intención genocida.[275]

En el único caso de las SEEC en el que se dictó una condena por genocidio se utilizó la modalidad de la empresa criminal conjunta en su primera categoría, considerando que Nuom Chea y Khieu Samphan participaron en una empresa para cometer genocidio contra el grupo étnico, nacional y racial vietnamita y, en el caso de Nuom Chea, también consideró que tenía responsabilidad del superior respecto del genocidio cometido contra el grupo étnico y religioso Cham.[276]

Con respecto a la situación de Darfur, el Informe de la Comisión Internacional de Investigación sugiere que los 5 de funcionarios de gobierno nacional, miembros de las fuerzas armadas que operaban en Darfur o civiles del gobierno local, quienes, en su capacidad oficial y en el ejercicio de sus funciones, habían contribuido a la comisión de crímenes, podrían ser juzgados sobre la base de doctrina de la empresa criminal conjunta, al igual que 8 miembros del gobierno

272. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párrs. 1945-1946.

273. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T, párrs. 1604, 1639, 1648 y 1654.

274. *Idem*, párr. 1454.

275. *Idem*, párrs. 1688-1670.

276. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párrs. 4198, 4200 y 4326.

local y de las fuerzas armadas que actuaron en Darfur.[277] Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, siguiendo el planteo de la Fiscalía,[278] aplicó la doctrina de la autoría o coautoría indirecta, entendiendo que Omar Al Bashir y otros líderes de alta jerarquía políticos y militares del gobierno de Sudán dirigieron las ramas del aparato del Estado de manera coordinada para implementar de forma conjunta el plan común y que cada uno de ellos llevó adelante su respectiva contribución al plan común a través de otra persona.[279]

6. Recapitulación

En este capítulo se estudiaron las decisiones sobre la responsabilidad penal individual por el crimen de genocidio con el objetivo de evidenciar la importancia de considerar los aspectos colectivos del crimen cuando este es cometido a través del aparato del Estado por personas cuya conducta puede generar responsabilidad internacional a este sujeto de derecho internacional.

A fin de realizar el análisis, se identificaron ciertos ejes como la referencia al contexto colectivo antes de ingresar en el examen de la conducta individual, el rol de la política estatal, la inferencia de la intención genocida del contexto colectivo y los modos de atribución de responsabilidad y las infracciones imperfectas aplicados en cada caso. Asimismo, se estudió la herramienta de la constatación judicial como forma de reforzar la importancia del aspecto colectivo en donde se inserta la conducta individual.

Surge del examen realizado que, en algunas sentencias del TPIR, el análisis del contexto colectivo fue considerado suficiente para comprobar de forma general la

277. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párrs. 542-543. Cabe señalar que el presidente de la Comisión fue Antonio Cassese, quien había sido presidente del TPIY y juez en la Sala de Apelaciones del caso Tadic, que, como fuera explicado, desarrolló las bases de la doctrina de la empresa criminal conjunta.

278. Fiscalía de la Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58*, 14 de julio de 2008, ICC-02/05-157-AnxA 12-09-2008, párr. 42. La Fiscalía había argumentado que Al Bashir había cometido los crímenes a través de su rol en el aparato del Estado, asegurándose que todos los componentes del gobierno de Sudán trabajaran juntos para llevar adelante su plan y usando los recursos del Estado, como el aparato de inteligencia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Asuntos Humanitarios, el Ministerio de Información y Comunicación, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Finanzas y el Ministerio de Justicia.

279. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 213 y 216.

configuración de crimen de genocidio, incluso antes de ingresar al examen de la conducta de los acusados. Esta metodología contrasta con aquella adoptada por la Corte Internacional de Justicia –y explicada en el capítulo anterior– porque no sujeta la conclusión acerca de la comisión del crimen a la conducta individual, en particular al elemento subjetivo, sino que admite que los elementos del crimen pueden ser identificados sin referencia a dicha conducta. Características como la escala masiva y naturaleza sistemática y atroz de los ataques contra un grupo protegido y acciones para distinguir a sus miembros de otras personas han servido para dar por probada a nivel general la intención genocida. En ese sentido, el uso del aparato del Estado ha sido clave en los casos analizados, ya que recursos como las fuerzas armadas o de seguridad, el dictado de normativa que ampare dichas acciones, el acceso a medios de propaganda y difusión o la legitimidad que otorga una posición oficial a las personas que ejercen cargos públicos han resultado esenciales para llevar adelante los actos genocidas. En esa línea, surge de las decisiones estudiadas que el rol que las personas acusadas tenían en el Estado sea en funciones civiles o militares, fue tomado en cuenta para analizar su conducta.

La jurisprudencia de TPIY presenta menos casos con cargos de genocidio y, además, ha sido más cautelosa en su análisis del contexto colectivo. En este sentido, no se encuentran equivalentes a las sentencias del TPIR en los casos *Akayesu* y *Kayishema y Ruzindana*, en los que se calificó el contexto general como genocidio, ni tampoco un uso de la herramienta de la constatación judicial, que también permite concluir la configuración del crimen de genocidio a nivel general antes de entrar en la conducta de la persona acusada. No obstante, todas las decisiones contienen referencias al contexto en el que se cometieron los crímenes, incluyendo aspectos políticos e históricos. La misma metodología siguieron la Sala de Juicio de las SECC, la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur y la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar. Sin embargo, como fuera señalado, la Misión evitó afirmar de manera definitoria la configuración del crimen de genocidio (se limitó a señalar la presencia de sus elementos), pues consideró que la comisión de este crimen no podía ser determinada en abstracto en virtud de que el elemento subjetivo implicaba necesariamente un análisis de si un perpetrador particular o grupo de perpetradores poseían la intención específica de cometer genocidio, lo parece acercarla a la posición de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, como será desarrollado en la Parte III, en su segundo Informe, la Misión afirmó que el Estado de Myanmar era responsable por la comisión del genocidio, incluso en ausencia de sentencias condenatorias. De esta forma, surge que la cautela de la Misión en el Informe analizado en el presente capítulo se debe a que se trataba de determinar responsabilidad penal individual, no a un requisito metodológico para afirmar la configuración del crimen de genocidio.

Podría pensarse que un tribunal penal estaría actuando más allá de su competencia al incluir conclusiones de tipo general –y, de hecho, el TPIR fue matizando esta postura en las sentencias subsiguientes–, pero lo cierto es que ello da cuenta de la dificultad de analizar la comisión del crimen de genocidio de manera aislada del contexto, pues, como ya se ha explicado, el crimen de genocidio representa una instancia de criminalidad sistémica. Cuando la persona acusada tuvo un rol en la estructura del Estado, los tribunales se ven en la necesidad de examinar su conducta en el contexto, pues, de lo contrario, ello generaría un relato incompleto y hasta podría resultar en su absolución.

En efecto, el contexto histórico-colectivo no solamente explica la conducta individual, sino que ha sido utilizado para probar la responsabilidad penal. La jurisprudencia analizada demuestra que, a falta de prueba directa de la intención genocida, se ha aceptado una serie de indicios que evidencien como única inferencia razonable que las personas acusadas poseían el dolo especial requerido por el crimen. De esta forma, el contexto histórico-colectivo cumple un doble rol: en primer lugar, puede ser utilizado para concluir a nivel general que tuvo lugar un genocidio y, en segundo lugar, para probar la intención específica de la persona acusada. El rol de un plan o política genocida del Estado no ha sido considerado como un elemento del crimen, sino como un indicio del dolo especial. No obstante, el hecho de que esté mencionado en casi todos los casos permite afirmar su importancia y, en consecuencia, la importancia del aparato del Estado.

Los modos de responsabilidad han sido utilizados para reflejar el aspecto colectivo del crimen de genocidio. Como fuera explicado en el capítulo 2, el derecho internacional penal ha debido desarrollar modos de atribución propios que le permitieran dar cuenta de las características de los crímenes internacionales que los diferencian de los delitos ordinarios previstos en los ordenamientos internos. El estudio de la jurisprudencia internacional demuestra precisamente esta situación. La empresa criminal conjunta, la responsabilidad del superior y, en menor medida, la coautoría indirecta mediante el aparato del Estado han sido aplicadas en los casos de condena por el crimen de genocidio. Asimismo, la conspiración para cometer genocidio ha servido a los fines de dar cuenta del aspecto colectivo del crimen. Ambas estrategias reflejan el carácter sistémico del genocidio y la imposibilidad de enjuiciar a personas por su comisión sin tomar en consideración dicho aspecto.

En consecuencia, una vez establecido que la responsabilidad penal individual no puede determinarse sin una referencia a elementos relacionados con el aparato estatal, cabe ingresar en el análisis de la relación entre el régimen de responsabilidad del individuo y el del Estado a los fines de proponer una matriz que permita explicar sus cruces y puntos de contacto y facilite el análisis de los casos en que los que de la plataforma fáctica surjan ambas responsabilidades.

Parte III
La responsabilidad internacional por la comisión del genocidio en la encrucijada: la fragmentación secundaria

En la Parte I de este libro se demostró que, si bien el ordenamiento internacional prevé dos regímenes separados para la responsabilidad de Estado y la del individuo, estos presentan cuestiones comunes y, por ende, un vínculo cuya naturaleza necesita aún de un análisis más profundo. En la Parte II, se estudiaron los diferentes precedentes jurisprudenciales y de órganos de investigación que aplicaron dichos regímenes a casos de genocidio, que confirmaron los vínculos reales que existen, más allá de su regulación independiente. Se pudo advertir que la adjudicación de las responsabilidades se encuentra entrelazada, pues el análisis de las conductas individuales requiere considerar los aspectos colectivos del crimen y la metodología utilizada para la determinación de la responsabilidad del Estado ha tomado en cuenta elementos de la responsabilidad individual.

Las decisiones de los tribunales internacionales han alcanzado una importancia que los redactores del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional no imaginaban cuando adoptaron la norma que hoy conocemos como el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Desde 1920, la jurisprudencia de la Corte ha crecido tanto en volumen e importancia[1] y, además, ha aumentado la cantidad de tribunales internacionales creados por los Estados cuya jurisprudencia también podría ser incluida dentro de las fuentes auxiliares mencionadas por la norma.

Ahora bien, más allá del valor que las sentencias de esos tribunales poseen para las partes en la controversia o, incluso para otros casos del mismo tribunal, resulta interesante reflexionar sobre el impacto que tienen en el funcionamiento de otras jurisdicciones.[2] En efecto, los tribunales internacionales no están organizados en

1. Raimondo (2005: 25).

2. Romano ha señalado que existe poca evidencia comparativa respecto de la frecuencia con la que se realizan "préstamos judiciales", es decir, cuando tribunales internacionales hacen referencia a las decisiones de otros tribunales. *Cf.* (2009: 760-761).

un sistema, es decir, no existe una relación jerárquica entre sí y no es de aplicación el principio *stare decisis* o precedente obligatorio. Sin embargo, una lectura de las sentencias de los distintos tribunales demuestra que estos toman en cuenta las decisiones de sus pares al momento de dictar sus fallos. ¿Puede considerarse entonces que al mencionar decisiones de otros tribunales se está entablando un diálogo interjurisdiccional? Si así fuera, ¿cuál es el contenido de esta conversación? ¿Cuáles son sus reglas gramaticales?[3] Y ¿cuáles son los efectos que ello tiene en la relación de los regímenes de responsabilidad internacional?

Es en este marco que la última Parte de este libro examinará la relación entre las jurisdicciones con competencia para determinar la responsabilidad de los individuos por el crimen de genocidio y la Corte Internacional de Justicia, incluyendo, cuando sea pertinente, referencias a los informes de las comisiones de investigación sobre las situaciones de Darfur y Myanmar. Se buscará identificar los cruces entre ellas que servirán como base de la matriz de fragmentación secundaria que se desarrollará en el capítulo 8.

En los tres primeros capítulos de esta Parte III se utilizan tres ejes para dicha búsqueda: uno referido a cuestiones jurisdiccionales y probatorias, otro a cuestiones de fondo y el último relativo a las condiciones para la atribución de responsabilidad por el crimen de genocidio.

3. Romano (2009: 758).

Capítulo 5
Cruce de caminos: el eje jurisdiccional y probatorio

En el marco del diálogo interjurisdiccional mencionado en la introducción a esta Parte, de manera general, podría aventurarse que para los tribunales cuya competencia personal o material coincide o se superpone sería más sencillo dialogar entre sí, ya que compartirían una lengua común.[1] Sin embargo, es posible imaginar que el alcance de dicho diálogo podría extenderse aún más allá. Esto es lo que ocurrió precisamente en los casos sobre la Convención contra el Genocidio que resolvió la Corte Internacional de Justicia en los que, como será desarrollado en este capítulo, las decisiones de un tribunal internacional como el TPIY fueron utilizadas como prueba de la existencia de una violación de una norma internacional.

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. Por su parte, dicho artículo establece que las decisiones del tribunal serán obligatorias solamente para las partes y en el caso concreto. El acotado alcance que los redactores del Estatuto de la Corte le otorgaron a la jurisprudencia podría explicarse por la intención de evitar que los jueces crearan derecho.[2] Actualmente, si bien persiste tal desconfianza,[3] lo cierto es que desde la adopción de lo que hoy constituye el actual artículo 38,[4] los Estados han creado una gran cantidad de tribunales, con competencias diversas, lo que da cuenta de la creciente importancia del método

1. Romano ofrece como ejemplo la relación entre la Corte Europea de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cf.* Romano (2009: 770-771).

2. Zammit Borda (2013: 652).

3. McAuliffe de Guzman (1999: 436).

4. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tiene un contenido idéntico a su antecesor incluido en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

jurisdiccional para solucionar controversias que involucren no solamente a estos sujetos, sino a otros como, por ejemplo, los individuos. Y aun en el marco de la Corte, a pesar del artículo 59 de su Estatuto, este tribunal ha adoptado la práctica de seguir sus propias decisiones.[5]

En este sentido, se ha observado que el hecho de considerar la jurisprudencia como fuente "auxiliar" no significa que sea "secundaria", ya que, por el contrario, en muchas áreas del derecho internacional, las sentencias representan la mejor forma de determinar cuál es el Derecho, en particular, cuando no existe regulación directa o esta no es clara.[6] En efecto, los/as jueces/zas internacionales son conscientes de que si sus propios tribunales o sus pares recogen y repiten sus conclusiones jurídicas y ello no es cuestionado fuertemente por muchos Estados, con el tiempo podría argumentarse la existencia de una nueva norma.[7]

1. La relación entre la determinación judicial de la responsabilidad internacional del Estado y la condena penal individual por el crimen de genocidio

En este apartado se indagará acerca del diálogo interjurisdiccional que se configura entre tribunales internacionales con competencia sobre Estados y tribunales penales internacionales con competencia sobre individuos a los fines de identificar cuál es el vínculo entre una condena penal por genocidio respecto de un individuo cuya conducta pueda ser atribuible al Estado y la responsabilidad del Estado por genocidio como un aspecto procesal de la fragmentación secundaria.

Como comentario preliminar, cabe recordar que, en su sentencia de 2007, la Corte Internacional de Justicia afirmó que no es necesario que medie la determinación de la responsabilidad individual de aquellas personas cuya conducta puede ser atribuida al Estado para que este último fuese encontrado responsable por el hecho ilícito del genocidio. Entre sus fundamentos, la Corte señaló que, si la responsabilidad del Estado dependiera de una condena penal, en los casos en los que el genocidio fuera cometido por los líderes estatales, el juzgamiento nunca tendría lugar, pues sería casi imposible que fueran llevados ante un tribunal cuando mantuvieran control sobre los poderes estatales, como la policía o

5. Pellet (2002: 1066).
6. Raimondo (2005: 28).
7. Romano (2009: 769).

el poder judicial, y no existiera un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre tales crímenes.[8]

Como fuera mencionado en el capítulo 3, si bien la Corte afirmó que ella debía llevar a cabo su propia determinación de los hechos, reconoció que los casos en análisis se diferenciaban de otros anteriores porque muchos de los argumentos de las partes ya habían sido objeto de decisiones de otro tribunal, el TPIY.[9] En la sentencia de 2015, la Corte señaló que, si bien no tiene competencia para determinar la responsabilidad penal de los individuos (tarea que le corresponde a los tribunales penales internacionales de acuerdo con los procedimientos adecuados para ello), tomaría en cuenta las decisiones de dichos tribunales, en particular del TPIY, –como lo hizo en 2007– para examinar la configuración de los elementos constitutivos del genocidio,[10] reconociendo dicha jurisprudencia como un modo de prueba más dentro de su procedimiento.

En efecto, en 2007 la Corte consideró que se había cometido genocidio solamente en Srebrenica, única localidad respecto de la cual el TPIY había dictado sentencias condenatorias por dicho crimen. Al mismo tiempo, el hecho de no haber podido contar con una sentencia en el caso de Slodovan Milosevic debido a que este había fallecido un año antes, tuvo un claro impacto en la falta de atribución de responsabilidad a Serbia por el genocidio cometido en Srebrenica. Ello fue reconocido por algunos de los jueces de la Corte, observando que, como no pudo completarse el juicio contra Milosevic y Mladic no había sido detenido y entregado al TPIY aún, la Corte resolvió darle el beneficio de la duda a Serbia respecto de su alegada complicidad con los crímenes cometidos en Srebrenica por la República Srpska.[11] En su sentencia de 2015, la Corte parece directamente admitir esta situación al decir que, al examinar los elementos constitutivos de genocidio, tendría en cuenta, *cuando fuere apropiado*, las decisiones del TPIY, explicando que si este hubiere establecido que se ha cometido genocidio, entonces buscaría determinar la responsabilidad del Estado sobre la base de las reglas de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos.[12]

8. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 182.

9. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 212.

10. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 129.

11. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Declaración del juez Bennouna. Al mismo tiempo, este juez señaló que del material existente se podría haber declarado la complicidad de Serbia sin tener que esperar nuevas sentencias del TPIY, lo que hubiera hecho justicia a la memoria de los miles de víctimas de la masacre y a las expectativas de sus familias, *cf.* p. 364.

12. En el texto original de la sentencia, se lee: "The Court will nonetheless take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY, as it did in 2007, in examining the constituent elements of genocide in

Así, por ejemplo, la Corte analizó, *inter alia*, las decisiones de las Salas de Juicio del TPIY en los casos *Krstic*[13] y *Blagojevic y Jokic*[14] en los que se afirmó que se configuraba el *actus reus* de genocidio por matanza y por lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo, en la especie, los musulmanes de Bosnia.[15] La Corte también se refirió a este análisis, que utilizó para fortalecer su propio examen, afirmando que no había razón para apartarse de las conclusiones del TPIY sobre la existencia del dolo especial.[16] No obstante, cabe aclarar que, si bien la Sala de Juicio había condenado a Vidoje Blagojevic por asistencia ("aid and abet") en la comisión del crimen de genocidio, dicha conclusión fue revocada por la Sala de Apelaciones por entender que, como no se había probado que Blagojevic conocía la existencia de las matanzas, no podía inferirse razonablemente que tenía conocimiento de la intención genocida de los autores principales.[17] Ello implica que la Corte Internacional de Justicia se apoyó en las conclusiones generales del TPIY sobre la conformación de la intención genocida, incluso cuando en el caso concreto citado no hubiera recaído sentencia condenatoria definitiva.

Por otro lado, ha sido observado que, si la Corte Internacional de Justicia hubiera considerado que Slobodan Milosevic había actuado con el dolo especial de genocidio y que, por lo tanto, Serbia como Estado era responsable por el crimen de genocidio, la Corte habría transgredido la competencia de TPIY.[18] En efecto, como se verá en el capítulo 7, a los fines de determinar la configuración del dolo especial del genocidio, la Corte se basó en la prueba del dolo especial respecto de los individuos cuya conducta podía serle atribuida al Estado. Consecuentemente, en razón de la metodología aplicada, si la Corte hubiera determinado la violación de la Convención contra el Genocidio, es decir, la configuración de los elementos del crimen sin que mediara una condena penal, no solamente habría invadido las esferas de competencia de TPIY, sino que también se habría manifestado respecto de la responsabilidad de individuos sin que mediara un juicio o, en el mejor de los casos, a través de una especie de juicio en ausencia.[19]

---

the present case. If it is established that genocide has been committed, the Court will then seek to determine the responsibility of the State, on the basis of the rules of general international law governing the responsibility of States for internationally wrongful acts". *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 129.

13. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T.

14. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment,* 17 de enero de 2005, IT-02-60-T.

15. *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 290.

16. *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 295.

17. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment,* 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123.

18. Groome (2007: 979).

19. Groome (2007: 984).

En este punto, cabe señalar que, aunque la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen de genocidio no es de tipo penal, lo cierto es que en su sentencia aplicó nociones de esa naturaleza –como, por ejemplo, complicidad, instigación, o *mens rea*– y, además, admitió como prueba decisiones de un tribunal penal que utiliza, justamente, criterios de derecho penal.

La relación entre los casos ante las dos jurisdicciones también fue discutida ante el TPIY. Si bien allí no se alegó que debía primero determinarse la responsabilidad del Estado previo a una condena individual, la defensa de uno de los acusados presentó una moción por la cual solicitaba a la Sala de Juicio que suspendiera su decisión relativa a cuestiones que estuvieran pendientes ante la Corte Internacional de Justicia o que determinara que no las resolvería y que requiriera una opinión consultiva a la Corte (instituto que no estaba previsto ni en los instrumentos regulatorios del TPIY ni en los de la Corte Internacional de Justicia). Entre esas cuestiones incluyó la naturaleza del conflicto armado en Bosnia Herzegovina, la identidad de las partes en el conflicto y si los crímenes fueron cometidos en el curso de dicho conflicto, es decir, cuestiones relativas a posibles tipificaciones de las conductas de las personas acusadas. Argumentó que la Corte y el TPIY no deberían sostener posiciones opuestas sobre las mismas cuestiones fácticas o jurídicas, sino que el TPIY debía seguir las decisiones de la primera en tanto es el órgano principal jurisdiccional de las Naciones Unidas, mientras que el tribunal penal es un órgano subsidiario.

La Sala rechazó el planteo afirmando, entre otras cosas, que, si bien la Corte Internacional de Justicia es el órgano jurisdiccional principal, tiene competencia sobre los Estados, mientras que el TPIY establece la responsabilidad de los individuos, y que muchas de las cuestiones identificadas por la defensa ya habían sido resueltas por el tribunal penal. Finalmente, señaló que la posibilidad de que existieran contradicciones era especulativa y que suspender el juicio hasta que la Corte dictara sentencia sería contrario al propósito del TPIY y privaría al acusado de su derecho a un juicio justo y expedito.[20]

Dicha decisión fue recurrida pero la Sala de Apelaciones desestimó el recurso observando que la cuestión de si el TPIY debía seguir las decisiones de la Corte ya había sido resuelta por la Sala en el caso *Celebici*, en donde había sostenido que, aunque no podía ignorar el derecho internacional general y el hecho de que la Corte Internacional de Justicia era el principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas, no existía una relación jerárquica entre ambas jurisdicciones.[21]

20. TPIY, Sala de Juicio I, "Fiscal vs. Kvocka y otros", *Decision on the Defense 'Motion regarding concurrent procedures before International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Court of Justice on the same question*', 5 de diciembre de 2000.

21. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Kvocka y otros", *Decision on interlocutory appeal by the accused Zoran Zigic against the Decision of Trial Chamber I dated 5 December 2000*, 25 de mayo de 2001, párr. 16.

Si bien dejó a salvo la importancia de las decisiones de la Corte sobre cuestiones generales de derecho internacional, resaltó que el TPIY tenía su propia competencia y, por lo tanto era posible que arribara a conclusiones diferentes.[22] En este sentido, se demuestra que no existe una regla de litispendencia entre diferentes tribunales internacionales, sino que son los/as propios/as jueces/zas quienes deben ser los guardianes de la coherencia del derecho internacional.[23]

Sin perjuicio de esta posición, cabe señalar que, luego del dictado de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos de 2007 y 2015, varias Salas del TPIY se refirieron a sus conclusiones relativas a cuestiones como la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de genocidio,[24] la interpretación del acto de genocidio de causar lesiones graves a la integridad física y mental,[25] la discusión acerca de si la limpieza étnica podía ser considerada como genocidio,[26] la intención genocida y al valor del traslado forzoso como prueba de ella.[27] Al mismo tiempo, advirtieron que la Corte Internacional de Justicia había basado algunas de sus conclusiones en la jurisprudencia del propio TPIY.[28]

El uso que hizo la Corte Internacional de Justicia de la jurisprudencia del TPIY puede ser asimilado al instituto de la constatación judicial de hechos ya juzgados ("*judicial notice of adjudicated facts*") previsto en las Reglas de los tribunales penales internacionales y desarrollado en el capítulo 4. Si bien la figura del *judicial notice* no existe en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, en el caso de las sentencias de 2007 y 2015 podría pensarse que lo que hizo la Corte

22. *Idem,* párr. 18. En el caso *Tolimir*, la Sala de Apelaciones reafirmó que, aunque se trataba de un órgano principal de las Naciones Unidas con competencia para interpretar la Convención contra el Genocidio, no existía una obligación para el TPIY de seguir su jurisprudencia. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment,* 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A, párr. 226.

23. Webb (2012: 146).

24. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, notas al pie 2910, 2911.

25. *Idem,* nota al pie 2925.

26. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, nota al pie 2926. La Corte Penal Internacional también se refirió a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre esta cuestión. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 144.

27. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment,* 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, nota al pie 337; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment,* 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, notas al pie 1733, 1734, 1751 y 1758. Sobre la intención genocida, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional también citó las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 140 y 142,

28. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment,* 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A, párr. 226. Se refería allí a la interpretación del acto de sometimiento intencional al grupo a condiciones de existencia que acarreen su destrucción.

fue no solo constatar judicialmente hechos previamente adjudicados en el TPIY, sino tomar nota de la calificación jurídica que el TPIY otorgó a dichos hechos, que, en ninguna de las dos sentencias fue puesta en duda ni cuestionada por la Corte. Es decir, el primer elemento de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos fue considerado probado a través de las condenas contra individuos dictadas por un tribunal penal internacional. A diferencia del TPIR, la Corte no consideró al genocidio como un hecho de conocimiento común, sino como un hecho adjudicado previamente, pues lo usó como prueba de uno de los elementos de la responsabilidad del Estado.

Esta situación podría describirse como una especie de división de tareas jurisdiccionales por la que, por un lado, la Corte Internacional de Justicia utiliza las conclusiones en materia de comisión del crimen de genocidio de los tribunales penales internacionales y, a su vez, espera que dichos tribunales se basen en sus desarrollos sobre el derecho internacional general,[29] como ocurrió con la discusión sobre la interpretación del tipo de control que debe tener un Estado respecto de las acciones de un grupo no estatal para que estas le puedan ser atribuidas.[30]

La pregunta que surge es si la Corte podría revisar las conclusiones de los tribunales penales internacionales en materia de comisión de genocidio. Sería posible pensar en un cuestionamiento relativo a puntos jurídicos, mas no así a cuestiones fácticas, ya que, como se verá más adelante, la Corte no cuenta con los recursos necesarios para llevar adelante una investigación de este tipo de hechos.

La mayoría de la doctrina coincide en que el vínculo que existe entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo es de complementariedad o concurrencia, en el sentido de que una no reemplaza a la otra[31] y que la responsabilidad del Estado no depende ni entraña la responsabilidad del individuo.[32] En esa línea, Cançado Trindade manifestó que tanto los individuos como los Estados son responsables, pues los agentes públicos operan en nombre del Estado y que, en ese contexto, la responsabilidad individual y la estatal se complementan mutuamente.[33] Ambas responsabilidades se configuran cuando se violan gravemente normas que existen respecto de la

29. Kress (2007: 620).

30. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 207,* párrs. 399-407. Véase capítulo 3 de este libro.

31. Bonafè (2016:28); Nollkaemper y Van der wilt (2009: 344); Weatherall (2022: 81). Pellet, en el mismo sentido, señaló que la responsabilidad penal internacional de los individuos no puede reemplazar a la del Estado ni a las sanciones colectivas que puede ordenar el Consejo de Seguridad, lo que no implica que ambos no estén vinculados entre sí, sino que, por el contrario, son complementarios. *Cf.* (2001: 105).

32. Nollkaemper (2003: 616).

33. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 95. Véase también Cançado Trindade (2005: 258).

comunidad internacional en su conjunto, aunque no se trate necesariamente de la misma norma primaria.[34]

Si bien ambos regímenes se complementarían entre sí, ello solo ocurriría cuando la responsabilidad individual se determina en un contexto de un patrón sistémico de criminalidad organizada, tolerada o aceptada implícitamente por el Estado.[35] En esos casos, la responsabilidad agravada del Estado y la responsabilidad penal del individuo podrían no solamente complementarse, sino también superponerse, pues se basan en la misma plataforma fáctica.[36] En este sentido, la consideración de elementos de la responsabilidad del colectivo en un contexto de criminalidad sistémica podría conducir a concentrar la determinación de responsabilidad individual en los niveles más altos de la organización.[37]

Esta complementariedad no implica, por supuesto, que la naturaleza de la responsabilidad del Estado sea criminal,[38] tal como fuera señalado en el capítulo 3.

Sin embargo, la práctica muestra que el régimen jurisdiccional existente en el ordenamiento internacional resulta un obstáculo para el establecimiento de una relación complementaria. Se trataría, en realidad, de una relación de naturaleza causal, pues una generaría la otra, como parece surgir de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.[39] De todas formas, esta causalidad no asegura automáticamente la declaración de una dualidad de responsabilidades, tal como ilustra el caso de la Convención contra el Genocidio de 2007, en el que, a pesar de existir condenas contra individuos, la Corte no determinó la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen. Sin embargo, al mismo tiempo cabe señalar que tal responsabilidad habría sido prácticamente imposible de determinar sin la existencia de dichas condenas, como demuestra la sentencia de 2015.[40] Allí, vale la pena recordar, el hecho de que no se hubieran incluido cargos por genocidio en ninguna acusación en el contexto del conflicto armado que tuvo lugar en el territorio de Croacia[41] en los casos en los que las personas acusadas ante el TPIY eran líderes políticos y militares a cargo de la estrategia general tuvo mayor importancia que en un caso en el que los acusados ocuparan una posición

34. Bonafè (2016:23-24).

35. Gaeta (2007: 636).

36. Bonafè (2009:237).

37. Nollkaemper y Van der wilt (2009: 344). Aunque, por otro lado, ha sido observado que el juzgamiento de solo unos pocos individuos no reflejaría cabalmente la realidad de lo ocurrido. *Cf.* Mohamed (2009: 388).

38. Loewenstein y Kostas (2007: 843-844); Clearwater (2009: 14); Weatherall (2022: 87).

39. Asuncion (2009: 1218).

40. En contra, Ferro ha afirmado que, como los Estados solo pueden actuar a través de sus agentes y representantes, su condena penal por actos llevados a cabo en su capacidad oficial se reflejará en la responsabilidad del Estado. *Cf.* (2016:180).

41. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 440.

más baja en la cadena de mando.[42] Por lo tanto, pareciera que, en realidad, la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio aparece como dependiente o subalterna[43] de la responsabilidad penal individual, que, como fuera señalado en el capítulo 3, era, de hecho, el centro de la Convención de 1948.

Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio dan cuenta de una metodología en la que primero se identificará si existe una sentencia condenatoria del TPIY y luego examinará si esa conducta puede ser atribuida al Estado, estableciendo un orden que hace depender la responsabilidad del Estado de la determinación de la responsabilidad del individuo.[44] Si bien esta metodología podría asegurar cierta consistencia entre las decisiones de los distintos tribunales que analicen una misma situación fáctica, podría también pensarse que, en realidad, a la luz del sistema jurisdiccional actual para determinar la responsabilidad de los Estados, en lugar de una relación de complementariedad entre ambas responsabilidades, se trata más bien de una relación de subordinación[45] y hasta de dependencia.[46]

Esta dependencia se vincula con la dificultad práctica de probar que una o varias personas, cuya conducta sea atribuible al Estado, han llevado adelante comportamientos criminales sin que un tribunal penal lo haya establecido previamente,[47] ya que la determinación de la responsabilidad del Estado requiere resolver cuestiones de naturaleza penal.[48] Solamente los tribunales penales internacionales cuentan con la capacidad y una metodología para llevar a cabo esa tarea.[49] En este sentido, la metodología inversa (utilizar la determinación de la responsabilidad del Estado para determinar la responsabilidad individual) no parece posible.[50]

Por otro lado, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales demuestra que, en casos de genocidio, la responsabilidad penal del individuo se estableció teniendo en cuenta el contexto general en el que se cometieron los

42. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 187.

43. Drumbl (2011: 50).

44. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 129.

45. Drumbl (2011: 50).

46. Groome (2007: 979). Uno de los jueces de la propia Corte admitió que, si no fuera por la tarea del TPIY, habría sido muy difícil para la Corte llevar adelante su rol en el caso, ya que los casos sobre la responsabilidad de un Estado por genocidio son demasiado serios como para ser resueltos exclusivamente sobe la base de los argumentos de las partes, *cf.* Opinión Separada del juez Tomka, párr. 72.

47. Gaeta (2007: 646).

48. Groome (2007: 979).

49. Groome (2007: 979).

50. Con la excepción del crimen de agresión. *Cf.* Weatherall (2022: 21-213).

crímenes para probar el elemento material[51] y, cuando se trató de personas que actuaban en nombre del Estado, ese contexto incluyó el funcionamiento del aparato estatal. Por ejemplo, el TPIR observó que las masacres de la población Tutsi habían sido meticulosamente planificadas y sistemáticamente coordinadas por extremistas Hutu de alto nivel del gobierno ruandés en el momento de los hechos[52] y analizó la conducta de varias personas acusadas a la luz de su rol en el gobierno interino nacional o en las divisiones regionales o locales de Ruanda.[53] El caso de las Salas Extraordinarias de Camboya se inserta también en esta línea, pues los acusados tuvieron altos cargos en el gobierno de la República de Kampuchea y su conducta fue examinada a la luz de sus poderes y funciones oficiales.[54] También la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dictó una orden de arresto por el crimen de genocidio contra el ex presidente Al Bashir, señalando que él y otros líderes políticos y militares de alta jerarquía del gobierno de Sudán dirigieron las ramas del aparato del Estado de manera coordinada para implementar de forma conjunta el plan común.[55] Si bien el TPIY siguió un camino similar, analizando las conductas de las autoridades de la República Srpska, debe observarse que, al no ser un Estado en los términos del derecho internacional vigente, sino parte del Estado de Bosnia Herzegovina, no es posible atribuir tales conductas a un Estado, sino a través de algunas de las excepciones previstas en el Proyecto de Artículos de la CDI, como fuera analizado (y rechazado) por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2007. Sin perjuicio de ello, el examen realizado por el TPIY da cuenta de la importancia que el aparato gubernamental y las funciones públicas tuvieron en la comisión del genocidio.

La metodología seguida por los tribunales penales internacionales en esos casos ha sido, en primer lugar, establecer el contexto de los crímenes y determinar que fueron cometidos a un nivel colectivo, para luego imputar responsabilidad individual a la persona acusada en cada caso.[56] Cuando las personas en juicio habían sido líderes políticos o militares del Estado, resultaban evidentes los vín-

51. Bonafè (2009:222).

52. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 289.

53. Véase, por ejemplo, los casos de Jean Paul Akayesu, Eliézer Niyitegeka, Emannuel Ndindabahizi, Théoneste Bagosora *et al.*, Pauline Nyiramashuhuko *et al.*, Casimir Bizimungu *et al.*, Édouard Karemera *et al.* o Agustin Ngirabatware, entre otros.

54. SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC.

55. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 216 y 221.

56. Bonafè (2009:252).

culos entre su responsabilidad y la responsabilidad del Estado,[57] por lo menos, en lo que concierne al primer elemento de dicha responsabilidad, es decir, la comisión del crimen.

La metodología desarrollada por la Corte en las sentencias de 2007 y 2015 será puesta a prueba en el procedimiento incoado por la República de Gambia contra Myanmar en noviembre de 2019, pues no existe (aún) jurisprudencia de un tribunal penal internacional sobre la cual la Corte pueda apoyarse en materia de determinación de los hechos.[58] Como fuera mencionado en el capítulo 3, si bien la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional autorizó la apertura de la investigación en la situación de Bangladesh/Myanmar, en principio no parece que la Fiscalía se esté ocupando de investigar la comisión del crimen de genocidio. No obstante, ello respondería a razones de jurisdicción más que a la falta de configuración de sus elementos o a problemas de atribución, como ocurrió en los casos de la ex Yugoslavia.

Cabe señalar que, en su presentación, Gambia admitió que no existe actualmente una jurisdicción internacional que pueda juzgar a los individuos asociados con actos de genocidio y, por lo tanto, ofreció a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.[59] Entre los documentos en los que se apoyó, se incluye el Informe de 2018 de la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos, estudiado en el capítulo 4. Allí, aun cuando no se trataba de una sentencia de un tribunal penal, se analizaron los elementos del genocidio y se incluyó una lista de personas pasibles de enjuiciamiento. La inexistencia de sentencias judiciales previas obligará a la Corte Internacional de Justicia a valorar las conclusiones fácticas de órganos no jurisdiccionales, lo que llevará a reformular la metodología de su análisis y repercutirá en el vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad.

Los informes de la Misión Internacional Independiente de Investigación analizados en los capítulos 3 y 4 de este libro constituyen a la fecha los documentos más detallados sobre la comisión del crimen de genocidio, basados en una investigación de terreno en la que se determinó la responsabilidad del Estado y la posible responsabilidad penal individual. Ello abre el interrogante acerca de cómo utilizará la Corte los informes y si dará prioridad al informe relativo a la responsabilidad del Estado o si, siguiendo su metodología de 2007 y de

57. Bonafè (2009:239).

58. En la misma situación se encuentra la Corte Internacional de Justicia en el caso presentado por Sudáfrica contra Israel el 29 de diciembre de 2023. De hecho, en su presentación Sudáfrica hizo mención de documentos publicados por órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios o el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, entre otros. *Cf.* Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párrs. 20, 54, 58, 64, *inter alia*.

59. Memorial de Gambia, párr. 5.

2015, examinará primero el de 2018 que versa sobre posibles responsabilidades individuales.

En efecto, a diferencia de los casos de la antigua Yugoslavia, la Corte Internacional de Justicia tiene a su disposición un informe de un órgano de derechos humanos que ya ha determinado que el Estado de Myanmar es responsable por la comisión del crimen de genocidio contra el pueblo Rohingya. Parecería razonable pensar entonces que la ausencia de jurisprudencia de un tribunal penal internacional no sería un obstáculo para el análisis que debe realizar la Corte, pues ya cuenta con conclusiones fácticas surgidas de una investigación de terreno que el tribunal no hubiera podido llevar adelante.

Sin embargo, e incluso cuando el Informe de 2019 cita las sentencias de 2007 y 2015 de la Corte Internacional de Justicia, no parece haber seguido la misma metodología, en particular en lo que respecta al elemento subjetivo especial del crimen y al umbral de prueba, como será explicado en el siguiente apartado. Ello así porque, aunque menciona varios criterios desarrollados por los tribunales penales internacionales, el estándar de prueba utilizado es el de "motivos razonables" para creer y no el de "más allá de toda duda razonable". Además, concluye que se configuró el elemento subjetivo especial del genocidio sin que hubiera mediado una sentencia penal en la que se hubiera condenado a una persona cuya conducta pudiera ser atribuible al Estado, algo que la Corte no hizo en sus dos sentencias.

Por otro lado, la Corte podría apoyarse en el examen que la Misión hizo de la responsabilidad penal individual para llevar a cabo su propio análisis de la responsabilidad de Estado, siguiendo la metodología utilizada en 2007 y 2015. Sin embargo, en este punto también aparece el obstáculo relativo al estándar de prueba utilizado por la Misión (motivos razonables para creer), que resulta más bajo que el aplicado por la Corte en sus sentencias de 2007 y 2015. Por lo tanto, en ausencia de condenas judiciales, la Corte se verá en la necesidad de entrar en un análisis de cuestiones penales sin contar con el examen previo de un tribunal, lo que implicará una revisión de la relación entre la determinación judicial de la responsabilidad internacional del Estado y la condena penal individual por el crimen de genocidio.

Esta cuestión está íntimamente relacionada con las consideraciones sobre la prueba del genocidio para determinar la responsabilidad del Estado y del individuo, que se analizará a continuación.

2. La prueba del genocidio

La naturaleza descentralizada y horizontal del derecho internacional repercute en la falta de uniformidad de las reglas aplicables por los diferentes tribunales internacionales, incluidas aquellas relativas a la prueba. La referencia a las normas de los ordenamientos domésticos a fin de identificar principios y estándares universales no resulta satisfactoria, pues aquellos son muy diversos. Al mismo tiempo, las jurisdicciones internacionales tampoco desean limitarse demasiado cuando sus propios estatutos no regulan la cuestión con claridad.[60] Sin embargo, puede observarse que algunos/as jueces/zas internacionales comenzaron a señalar los problemas en la materia. Por ejemplo, la ex presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, ha afirmado que el tribunal debería ser más claro y transparente respecto de los estándares de prueba que aplica[61] y si, por ejemplo, acepta o no la prueba indirecta.[62]

En general, las reglas de prueba aplicables en un proceso interestatal suelen ser menos elaboradas y exigentes que aquellas que se aplican en un proceso internacional penal, en particular, en lo vinculado a los métodos de prueba y a su admisibilidad.[63] Sin embargo, cabe observar que, en lo que respecta a la prueba, el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia comparte con los tribunales penales una naturaleza adversarial en el sentido de que la producción de la prueba es mayormente responsabilidad de las partes y en que la Corte asume, generalmente, un rol más pasivo.[64]

Las disposiciones que regulan la cuestión de la prueba en el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia están incluidas en su Estatuto, en las Reglas de la Corte y en las Directrices Prácticas que aprobó en 2001. Cabe reconocer que el Estatuto incluye algunas disposiciones que le permiten adoptar un rol más activo. Por ejemplo, el artículo 49 dispone que "la Corte puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones". Ello se complementa con el artículo 62 de las Reglas, que establece que el tribunal puede en cualquier momento solicitar a las partes que produzcan prueba o que ofrezcan explicaciones que considere necesarias para elucidar algún aspecto del caso o buscar otra información o pedir información a alguna organización internacional pública, de conformidad con el artículo 69. Asimismo, el Estatuto

60. Gattini (2007a: 889).

61. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Oil Platforms* (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), sentencia del 6 de noviembre de 2003, *I.C.J. Reports 2003, p. 161*, Opinión Separada de la jueza Higgins, párr. 33.

62. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Oil Platforms* (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), cit., Opinión Separada de la jueza Higgins, párr. 35.

63. Gattini (2007a: 895); Fumagalli (2013:142).

64. Fumagalli (2013:141).

se refiere a la prueba de peritos y expertos en el artículo 51 y a las pruebas en general en el artículo 52, disponiendo solamente que "una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar toda prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes deseare presentar, salvo que la otra parte dé su consentimiento".

Así, surge que la Corte Internacional de Justicia posee un considerable grado de discrecionalidad respecto de la admisibilidad y valoración de la prueba, mayor que aquel del que goza un tribunal penal. Por ello, resulta interesante analizar la forma en que la Corte examinó la evidencia en los casos de la Convención contra el Genocidio, pues, como fuera señalado, el tribunal asumió su tarea consciente de los elementos de derecho penal que rodeaban la controversia, en particular, respecto del estándar y los métodos de prueba. A tal fin, el análisis se llevará adelante alrededor de cinco ejes: a) la carga de la prueba, b) el estándar de prueba,; c) los medios de prueba, d) la valoración de la prueba y e) el uso de la jurisprudencia del TPIY como prueba.

2.1. La carga de la prueba

Se observa, en primer lugar, que la Corte aplicó el principio general que dispone que la carga de la prueba recae sobre el Estado que alega los hechos.[65] Este concepto fue reiterado en la sentencia de 2015, agregando que la materia de la controversia no ameritaba una inversión de dicha carga.[66] Esta afirmación parece contradecir lo establecido por la Corte en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* en el que sostuvo que la regla que impone la carga de la prueba al demandante no es absoluta, sino que depende de la materia y de la naturaleza de cada controversia y varía según los hechos que deben establecerse en cada decisión.[67] Al respecto, se ha observado que el enfoque liberal adoptado por la Corte en dicho caso puede deberse al hecho de que, detrás de la disputa interestatal, se encontraba la prueba del tratamiento de un individuo en situación de privación de libertad.[68] En el caso de 2015, la Corte utilizó este enfoque, pero a favor del Estado demandado, por lo que se mantuvo la regla tradicional de la carga de la prueba.[69] De todas maneras, cabe observar que esta fue matizada al admitir que la carga de la prueba

65. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr 204.

66. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 174.

67. Corte Internacional de Justicia, Case concerning *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea vs. República Democrática del Congo), sentencia del 30 de noviembre de 2012, *I.C.J Reports 2010, p. 639*, párr. 54.

68. Gattini y Cortesi (2015: 900).

69. Gattini y Cortesi (2015: 901).

no libera a la otra parte de su deber de cooperar en la provisión de la evidencia que esté en su poder si ello pudiera asistir a la Corte en la resolución de la disputa.[70]

En este contexto, resulta relevante señalar que, durante el procedimiento del primer caso, Bosnia Herzegovina había solicitado a la Corte que invirtiese la carga de la prueba y adoptase una conclusión negativa debido a la negativa de Serbia de presentar las minutas de las reuniones del Consejo Supremo de Defensa,[71] de conformidad con el artículo 49 de su Estatuto.[72] La Corte no hizo lugar a la solicitud de Bosnia Herzegovina porque entendía que ese Estado tenía a su disposición una gran cantidad de documentación y prueba, especialmente de los casos del TPIY,[73] aunque, vale señalar, en esos casos, dicho material tenía naturaleza confidencial por pedido de la propia Serbia.[74] Cabe observar, no obstante, que la prueba que podía haber surgido de tales documentos era el tipo de evidencia que la Corte prefiere por tratarse de material contemporáneo a los hechos relativos a personas con conocimiento directo, en el que surgieran hechos o conductas desfavorables para el Estado representado por dichas personas, y no material especialmente preparado para el caso.[75] Si bien esas minutas no tenían carácter público, algunas fueron presentadas como prueba ante la Sala de Juicio del TPIY en el caso *Milosevic* y mencionadas en una decisión de la Sala relativa a una solicitud de la defensa,[76] y, además, referidas en la sentencias de la Sala de Juicio en los casos de *Karadzic*[77] y *Mladic*,[78] posteriores a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

No surge claramente cuál, si acaso alguna, fue la consecuencia que extrajo la Corte del rechazo de Serbia. Esta resultó ser una de las decisiones más polémicas de la Corte, pues, además de mostrar su pasividad para investigar autónomamente,[79] podría haberse considerado que las razones de seguridad nacional ofrecidas por

70. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 172-173.

71. El Consejo Supremo estaba conformado por los oficiales militares y políticos de mayor rango de Serbia. Bosnia Herzegovina había alegado que el acceso a los documentos sin expurgaciones podía demostrar las órdenes impartidas por Serbia al VRS. *Cf.* Goldstone y Hamilton (2008: 108).

72. En realidad, ese artículo solo le permite a la Corte dejar constancia formal del hecho de que un Estado se niega a producir un documento.

73. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 204-206.

74. Milanovic (2007a: 678).

75. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 213.

76. Groome (2007: 927).

77. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radovan Karadzic", *Judgment*, 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T, párrs. 3229y 3297.

78. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radko Mladic", *Judgment,* 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T, párrs. 3761-3763, 3765-3768, 3777, 4449 y 4804.

79. Milanovic (2007a: 677).

Serbia para negarse a la solicitud no podían sostenerse 15 años después de los hechos.[80]

En el caso de 2015, en su opinión disidente, el juez Cançado Trindade consideró que debía revisarse la regla general de la carga de la prueba, basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que es el Estado demandado quien debe producir la prueba, ya que quien incoa el procedimiento seguramente tendrá dificultades para acceder a la evidencia.[81] Este paralelismo propuesto por el juez resulta engañoso, pues en los procesos ante la Corte Interamericana el demandante es un individuo particular, quien, por supuesto, no cuenta con los mismos recursos que un Estado para producir prueba. Agregó que, en casos de graves violaciones de derechos humanos, en los que resulta difícil la producción de la prueba, estos tribunales han aceptado el uso de presunciones y la inversión de la carga de la prueba, llevando adelante una evaluación libre de la evidencia.[82]

2.2. El estándar de prueba

Con respecto al estándar de prueba, el interrogante se refiere a la posibilidad de afirmar que en el caso del Estado el umbral de prueba debería ser más flexible –y hasta menos exigente–, ya que no está en juego la posibilidad de imponer una sanción que implique la privación de libertad ni se exige la aplicación del principio de legalidad.[83] ¿Sería posible pensar un supuesto en el que, aun cuando un tribunal penal internacional decidiera que no se configuró la responsabilidad

80. Goldstone y Hamilton (2008: 110).

81. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 99. Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 261. Allí señaló que "a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio".

82. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 122. Este juez observó que, en los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había acercado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al dejar de requerir la prueba de los hechos "más allá de toda duda razonable" en los casos de graves violaciones de derechos humanos –aunque el significado otorgado a dicho umbral difería del utilizado en los procesos penales–. *Cf.* párrs. 116-121. Cabe señalar, no obstante, que mientras el juez cita un conjunto de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solamente menciona votos disidentes (*Labita vs. Italia* y *Veznedaroglu vs. Turquía*) y una sola decisión de la mayoría del Tribunal Europeo (*Varnaba y otros vs. Turquía*) en apoyo de sus conclusiones.

83. Seibert-Fohr (2009: 371).

del individuo, un tribunal como la Corte Internacional de Justicia afirmase que sí se configura la responsabilidad del Estado por el mismo hecho?[84]

Como la propia Corte lo ha admitido, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no ha sido precisa respecto del estándar de prueba, ya que ha aplicado diferentes criterios para la evaluación de la evidencia presentada,[85] pero en general se ha establecido un umbral relacionado con la existencia de una "probabilidad razonable".[86] En este sentido, se ha señalado que el umbral de prueba de la responsabilidad del Estado no requiere certeza "más allá de toda duda razonable" –como en el caso de los individuos– sino que se basa en el balance de la prueba presentada por las partes.[87]

En el caso del crimen de genocidio, Bosnia Herzegovina había sugerido que debía aplicarse el balance de probabilidades, por entender que no se trataba de un proceso de naturaleza penal. Por el contrario, Serbia propuso la aplicación de un estándar alto que no dejara lugar a duda alguna.[88] Por su parte, la Corte sostuvo que debería ser más alto que en otros casos por tratarse de hechos ilícitos graves, lo que implicaba que la prueba debía ser absolutamente concluyente ("*fully conclusive*")[89] y utilizó también frases como "prueba precisa e incontrovertible" ("*precise and incontrovertible evidence*") para poder probar la atribución de las conductas ilícitas al Estado serbio.[90] El hecho de exigir que debía estar totalmente convencida parece acercarse al estándar penal de "más allá de toda duda razonable", aunque la Corte no lo expresó de forma clara.[91]

Tanto en la sentencia de 2007 como en la de 2015 se refirió al estándar de prueba haciendo mención de la primera sentencia contenciosa del tribunal, dictada en el *Asunto del Canal de Corfú*,[92] en la que se dispuso que las alegaciones contra un Estado que impliquen cargos de excepcional gravedad deben ser probadas de

84. Nollkaemper (2003: 630).

85. Corte Internacional de Justicia, *Armed activities on the territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párr. 120.

86. Kolb (2009b: 465).

87. Nollkaemper (2003: 630).

88. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 208.

89. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209.

90. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 417.

91. La versión en francés de la sentencia utiliza la frase "*force probante suffisante*", que parece ser menos exigente que su versión en inglés. *Cf.* Gattini (2007a: 896).

92. Corte Internacional de Justicia, *The Corfu Channel Case* (Reino Unido vs. Albania), sentencia del 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949, p. 4,* p. 17. En este caso, la Corte aceptó la prueba indirecta y la inferencia de conclusiones, siempre y cuando no existiera una duda razonable. *Cf.* p. 18.

forma absolutamente concluyente.[93] Cabe señalar, no obstante, que algunos/as autores/as han afirmado que, en realidad, este estándar es más exigente que el de "más allá de toda duda razonable", pues el estándar de "prueba absolutamente concluyente" ("*fully conclusive evidence*") no acepta ningún tipo de duda o falta de certeza. En este sentido, han considerado que un estándar tan alto puede desincentivar a los Estados de presentar casos por genocidio.[94]

Por otro lado, ha sido observado que, en una disputa anterior entre la República Democrática del Congo y Uganda, la Corte Internacional de Justicia había recurrido a un lenguaje relacionado con los derechos humanos para determinar el estándar de prueba a aplicar, afirmando que se requería prueba creíble y suficiente para concluir que las fuerzas armadas ugandesas habían cometido violaciones a los derechos humanos, incluso cuando era posible calificar dichas conductas como crímenes internacionales.[95]

Sin perjuicio de tales matices, lo cierto es que esta postura de la Corte adopta un estándar de prueba de la responsabilidad del Estado comparable al estándar de prueba más exigente requerido para determinar la responsabilidad penal de un individuo,[96] apartándose del umbral de prueba tradicional en materia de responsabilidad estatal de balance de probabilidades,[97] basándose en la gravedad de los hechos alegados. Incluso con respecto al deber de prevención de genocidio, si bien no requirió prueba absolutamente concluyente, sí exigió un alto nivel de certeza.[98] Como se verá, esta decisión metodológica permite una mayor consistencia entre las decisiones de la Corte y de los tribunales penales internacionales y evita una fragmentación.[99] Al mismo tiempo, es posible preguntarse si dicha consistencia implica que las garantías del debido proceso del derecho penal, del cual forma parte el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, son

93. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209 y Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 178. En su Opinión Separada a la sentencia de 2015, el juez Bhandari reforzó esta idea, afirmando que existe un principio de derecho bien establecido que dispone que cuanto más grave la ofensa, más alto será el estándar de prueba exigido, pero sin citar ninguna referencia en apoyo de su afirmación. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párr. 2.

94. Aquilina y Mulaj (2018: 132).

95. Schabas (2007a: 108).

96. Webb (2012: 143).

97. Nollkaemper (2003: 630).

98. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 210. Se ha observado que la Corte debió establecer el mismo estándar de prueba para ambas obligaciones porque derivó la obligación implícita de no cometer el genocidio del deber expreso de prevenirlo. *Cf.* Asuncion (2009: 1206). Por otro lado, se ha justificado la diferencia en el hecho de que la violación del deber de prevención no constituye una violación de una norma imperativa, como sí ocurre en el caso de la violación de la obligación de no cometer genocidio. *Cf.* Gattini (2007b: 697).

99. Milanovic (2006: 595); Gattini (2007a: 894); Schabas (2010: 140).

también aplicables a la responsabilidad del Estado, como por ejemplo, el principio de presunción de inocencia.[100]

Esta no parece ser la práctica de otros tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, de hecho, utiliza el criterio de la seriedad de las alegaciones para liberalizar el estándar de prueba a favor de la presunta víctima.[101] En efecto, la Corte Interamericana ha afirmado que, para determinar la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no era necesario probar la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni tampoco identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios,[102] pues "los estándares o requisitos probatorios no son los de un tribunal penal", en virtud de que no le correspondía "determinar responsabilidades individuales penales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas".[103]

En la misma línea, en su Opinión Disidente en la sentencia de 2015, el juez Cançado Trindade criticó el hecho de que la mayoría hubiera impuesto un umbral tan alto de prueba, que consideró aún más alto que el de los propios tribunales penales internacionales.[104] Agregó también que, en su opinión, el análisis probatorio no podía prescindir de las cuestiones axiológicas y que la inferencia del dolo especial debe provenir de la conciencia íntima y humana de cada juez.[105] Asimismo, es interesante señalar que Cançado Trindade es el único magistrado que hizo expresa referencia a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en materia de carga y estándar de prueba para casos de violaciones masivas de derechos humanos, fundamentando que, de hecho, al igual que la Corte Internacional de Justicia, se trata de tribunales que también

100. Asuncion (2009: 1212); Bonafè (2016:33).

101. Nollkaemper (2003: 631).

102. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 305.

103. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 105.

104. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 142. De hecho, Drumbl ha propuesto que, en caso de crímenes de masa, el estándar de prueba de la responsabilidad individual tampoco debería ser tan exigente como en procesos penales por delitos ordinarios en virtud de los desafíos que implica su investigación. En este sentido, observó que tanto el TPIY como el TPIR adoptaron estos enfoques más liberales en situaciones de violencia colectiva utilizando las figuras de la conspiración, la complicidad y la instigación. *Cf.* (2004: 446-447).

105. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 469.

determinan la responsabilidad del Estado,[106] rechazando así que las garantías de un proceso penal fueran transferibles al ámbito de la responsabilidad estatal.

En segundo lugar, el juez Cançado Trindade observó que el estándar de prueba dispuesto por las jurisdicciones de derechos humanos es menos exigente que el de "más allá de toda duda razonable" utilizado por los tribunales penales internacionales, ya que se trata de casos que dan cuenta de un patrón de graves violaciones sistemáticas y generalizadas, lo que permitiría el uso de presunciones e inferencias con el fin de, en última instancia, beneficiar a las víctimas en su búsqueda de justicia.[107] De hecho, el juez sostuvo que incluso ante los tribunales penales internacionales era posible probar la intención de cometer genocidio a través de inferencias cuando no exista o no esté disponible prueba directa.[108] Entre los factores que pueden servir de base de las inferencias, el juez incluyó la existencia de un plan o política general, el ataque sistemático de un grupo humano, la escala de las atrocidades y el uso del lenguaje derogatorio, entre otros.

Como se desarrolló en el capítulo 4, los tribunales penales internacionales han, en efecto, utilizado indicios para inferir la intención genocida en ausencia de prueba directa y, no obstante, en algunos casos, llegaron a la conclusión de que la persona acusada era inocente por considerar que, de los indicios, el dolo especial no surgía como la única inferencia razonable disponible en aplicación del estándar de más allá de toda dura razonable. Por lo tanto, el punto de discusión sería el umbral de prueba más que la posibilidad de inferir la intención específica del genocidio.

En tercer lugar, el juez sostuvo que la prueba producida se relacionaba con la conducta general del Estado y no solamente con las conductas de los individuos[109] y criticó el enfoque de la mayoría, que calificó como "atomizado", pues separó el *actus reus* de la *mens rea* y las diferentes ramas del derecho internacional y no examinó el crimen del genocidio a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[110] Por ello, consideró que

106. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 96. Cabe señalar, sin embargo, que las controversias que se dirimen ante los tribunales de derechos humanos involucran a un Estado y un individuo mientras que las que son resueltas por la Corte Internacional de Justicia son exclusivamente interestatales.

107. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 123.

108. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 125.

109. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 470.

110. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 508-510. El juez consideró que el enfoque atomizado era estático y antihistórico, ya que no tenía en cuenta los últimos desarrollos del derecho internacional relativos a la personalidad, la capacidad, la responsabilidad internacional y los derechos de las víctimas. *Cf.* párrs. 511-512.

la Corte Internacional de Justicia, al imponer un umbral de prueba demasiado alto, convirtió la prueba del genocidio en una tarea casi imposible que tornó la Convención contra el Genocidio prácticamente en letra muerta y generó la impunidad de los perpetradores, sean individuos como Estados, obstaculizando el acceso a la justicia de las víctimas.[111]

En la misma línea, también en la sentencia de 2015, el juez Gaja señaló que la diferencia principal entre la responsabilidad del Estado y la del individuo se refiere al estándar de prueba, ya que en los procesos penales se requiere probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Asimismo, señaló que, si bien *prima facie* parecería que la definición del crimen de genocidio es la misma tanto respecto de la responsabilidad del Estado como del individuo, en realidad, existen razones para sostener que la interpretación debiera ser más restrictiva en el último caso, a la luz del principio de legalidad y del *in dubio pro reo*.[112] En este sentido, el magistrado observó que en la sentencia de 2007, la Corte había usado diferentes terminologías para referirse al umbral de prueba, como "estar completamente convencido" o "prueba con un alto grado de certeza", lo que, en sustancia implicó utilizar el estándar de "más allá de toda duda razonable", que justificó en la excepcional gravedad del crimen de genocidio. Sin embargo, el juez consideró que dicho factor no justificaba la dificultad para probar la responsabilidad. Como ejemplo de una posición contraria, citó un laudo de la Comisión de Reclamos de Eritrea y Etiopía en el que se señaló que el hecho de que por los reclamos del caso también pudiera estar involucrada la responsabilidad penal de algunas personas, no implicaba tener que elevar el estándar de prueba, sino que debían aplicarse las reglas clásicas del derecho internacional.[113] Agregó que, si bien la diferencia de estándar entre ambas responsabilidades no es sustancial, tampoco es insignificante.[114] Sin embargo, no detalló con claridad cuál debería ser ese estándar.

Por otro lado, en su Opinión Separada de 2015, el juez Bhandari reforzó la posición de la mayoría respecto del estándar de prueba y, si bien admitió que resultaba tentador flexibilizar los requisitos de la prueba en un contexto de post conflicto, en particular con relación a la prueba documental, sostuvo que, al tratarse de establecer responsabilidades por el crimen de genocidio, que entraña

111. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 143.

112. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 2.

113. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 4.

114. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 5.

un fuerte oprobio moral, las conclusiones judiciales debían estar basadas solamente en la evidencia más creíble y con el más alto valor probatorio posible.[115]

Así, surge que, en sus sentencias sobre el crimen de genocidio, la Corte propuso que el estándar debería ser más alto que en otros casos de responsabilidad estatal por tratarse de hechos ilícitos graves, al requerir que, cuando las alegaciones contra un Estado impliquen cargos de excepcional gravedad, estas deban ser probadas de forma absolutamente concluyente.[116] Podría pensarse que este umbral reforzado se debe a que una declaración de responsabilidad por la comisión de un crimen tan grave como el genocidio resultaría en un estigma para el Estado asimilable a una pena de prisión privativa de la libertad en el caso de los individuos.

Cabe observar que ello no surge del régimen sobre responsabilidad agravada previsto en el Proyecto de Artículos de la CDI. Tal como fuera señalado en el capítulo 1, los artículos 40 y 41 ofrecen una regulación bastante escueta en materia de las consecuencias de las violaciones graves a normas imperativas de derecho internacional. Este desarrollo propio de la Corte parece tener en consideración que, por involucrar la comisión de crímenes internacionales, el estándar se eleva, quizás para acercarse al aplicable en los casos de responsabilidad penal individual. De esta manera, a través de su jurisprudencia, la Corte ha extendido el régimen de responsabilidad agravada propuesto por la CDI, que prácticamente no incluye cuestiones procesales. El único artículo que podría vincularse con este tipo de cuestiones sería el artículo 48, que amplía el universo de Estados con derecho a invocar la responsabilidad cuando se trate de la violación de una obligación que exista en relación con la comunidad internacional en su conjunto. Como fuera explicado en el capítulo 1, si bien el artículo no menciona expresamente las normas imperativas, es claro que en los supuestos previstos por los artículos 40 y 41 es de aplicación la regla del artículo 48.[117]

Podríamos pensar, entonces, en la existencia de un umbral de prueba intermedio entre aquel aplicable de forma general a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el aplicable a la responsabilidad penal

115. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párr. 4.

116. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209 y *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 178.

117. *Cf.* Rosene (2005: 304). Este tema fue examinado por la Corte Internacional de Justicia en la controversia entre Gambia y Myanmar sobre la aplicación de la Convención contra el Genocidio, analizado en el capítulo 3, pues Gambia no se ha presentado como un Estado lesionado, con un interés particular, sino que ha basado su legitimación en la naturaleza especial de las obligaciones que surgen de la Convención contra el Genocidio. En la decisión sobre excepciones preliminares, la Corte afirmó que la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones implica que todos los Estados partes tienen un interés común de asegurar la prevención y sanción del genocidio. *Cf. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar). Decisión de 22 de julio de 2022, párrs. 106-107. La jueza Xue emitió un voto en disidencia con relación a este punto. Véase capítulo 3, apartado 3.3 de este libro.

internacional de los individuos, que requeriría una sinergia entre los estándares procedimentales para la responsabilidad del individuo y del Estado.[118]

A tal fin, resulta interesante mencionar los Informes de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar. La metodología allí utilizada siguió los lineamientos de la práctica de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas similares, que se basan en el estándar de "motivos razonables" para adoptar sus determinaciones fácticas sobre los casos individuales, los incidentes y los patrones de conducta. Se trata de un estándar de prueba más bajo que el requerido en procesos penales. Según se explica en el Informe, dicho estándar se alcanza cuando existe un cuerpo de información primaria suficiente y confiable, consistente con otras informaciones, y que permitiría a una persona común y prudente concluir razonablemente que un caso, incidente o patrón de conducta tuvo lugar.[119] Asimismo, agregó que los incidentes más importantes estaban basados en varias fuentes de testigos oculares y víctimas, mientras que los patrones de conducta se apoyaban sobre varias fuentes creíbles de primera mano, consistentes y corroboradas por todo el conjunto de información creíble recolectada.[120] Sobre la base de este estándar, la Misión concluyó que la evidencia probaba la inferencia de la intención genocida y que el Estado de Myanmar había violado la obligación de no cometer genocidio a la luz de las reglas de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. Además de los elementos identificados en el Informe de 2018 (analizado en el capítulo 4), consideró que los actos genocidas eran atribuibles al Estado e infirió que este había desarrollado una intención genocida de destruir total o parcialmente a los Rohingya sobre la base de un patrón de conducta.[121]

118. Nollkaemper (2003: 630).

119. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 10.

120. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019. Entre las fuentes de primera mano, la Misión tomó en cuenta: entrevistas confidenciales con víctimas, testigos, familiares cercanos de las víctimas, perpetradores o ex funcionarios de Myanmar con conocimiento directo; imágenes satelitales de fuentes confiables, material fílmico y fotográfico autenticado y documentos de fuentes confiables; admisiones públicas de hechos relevantes de parte de funcionarios de Myanmar; leyes y directivas de Myanmar, así como documentos internos, siempre que se hubieran obtenido de fuentes creíbles y confiables y que su autenticidad hubiera sido confirmada; y estadísticas, encuestas y otra información cuantitativa generada por Myanmar o las Naciones Unidas, en la medida en que estuvieran basadas en metodología consistente y que los datos se hubieran originado en fuentes creíbles y confiables. *Cf.* párr. 13. Para más información sobre la metodología utilizada por la Misión, véase párrs. 10 a 32 del Informe.

121. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 220.

2.3. Los medios de prueba

Con respecto a los medios de prueba, la Corte Internacional de Justicia aceptó una variedad de evidencia, desde testimonios de testigos y de expertos que se presentaron en audiencia –aunque no es una práctica frecuente de la Corte–[122] hasta documentación confeccionada por distintos órganos de las Naciones Unidas[123] u otras organizaciones intergubernamentales. Se trata de prueba indirecta que la Corte consideró admisible, de acuerdo con un enfoque liberal.[124] Sobre este punto, no se encuentran grandes diferencias con los medios de prueba admitidos en un proceso penal, pues allí, eventualmente, el peso que se le otorgue dependerá de la valoración que de ella se haga en cada caso y la posibilidad de su control como parte del derecho de defensa de la persona acusada.

2.4. La valoración de la prueba

Precisamente, en cuanto a la valoración de la prueba, surge de la regulación citada *supra* que la Corte Internacional de Justicia posee gran discrecionalidad para admitir y evaluar la evidencia de un caso ya que las disposiciones que la regulan son de naturaleza amplia. En los casos de la Convención contra el Genocidio, la Corte indicó que el análisis del peso que el tribunal le otorga a una prueba específica puede llevar a su rechazo o a la afirmación de su valor probatorio. En este sentido, agregó que trataría con especial cautela los materiales especialmente preparados para el caso y los que emanaran de una sola fuente, prefiriendo la prueba contemporánea de personas que tienen conocimiento directo de las cuestiones involucradas en la controversia. La Corte afirmó, además, que le prestaría mayor atención a evidencia confiable que reconociera hechos o conductas que no fuesen favorables al Estado representado por la persona que las presenta.[125]

Cabe analizar de forma particular la valoración de la prueba testimonial. En el caso de 2015, uno de los requisitos que suelen considerarse esenciales para la credibilidad de los testigos en un proceso penal, el contra interrogatorio, no fue realizado respecto de todas las declaraciones, sino que las partes acordaron limitarlo para mejorar la eficiencia procedimental.[126] Al respecto, resulta interesante

122. Webb (2012: 142).

123. Entre ellos, el informe del Secretario General de la ONU denominado "The Fall of Srebrenica" que presentó a la Asamblea General en noviembre de 1999 (UN Doc. A/54/549). *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 228. Véase también Groome (2007: 937-939).

124. Amerasinghe (2008: 424).

125. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 213.

126. *Cf.* Gattini y Cortesi (2015: 906).

apuntar que en la sentencia de 2015, la jueza Donoghue observó que las conclusiones de la Corte respecto de cuestiones fácticas relativas a la configuración del *actus reus* del genocidio podían dividirse en dos grupos: aquellas que se sostenían en jurisprudencia del TPIY y aquellas respecto de las cuales no existía dicha jurisprudencia y, por lo tanto, debió analizar testimonios de diferentes testigos.[127] A fin de otorgarles valor probatorio, la Corte exigía que las declaraciones estuvieran firmadas y basadas en el conocimiento directo de los testigos, pero sin tomar en cuenta todas las circunstancias que rodeaban a los testigos.[128] En ese sentido, el juez Cançado Trindade lamentó el rechazo de varias declaraciones testimoniales por parte de la Corte.[129] Finalmente, la Corte señaló que otorgaría peso a la prueba cuyo contenido no hubiera sido cuestionado por personas imparciales antes del litigio.[130]

2.5. El uso de la jurisprudencia del TPIY como prueba

La última cuestión a analizar en materia probatoria es el uso que la Corte Internacional de Justicia hizo de la jurisprudencia del TPIY. La Corte no llevó adelante una tarea de investigación propia, más allá de la presentación en audiencia de algunos expertos,[131] sino que se apoyó en el trabajo de un tribunal penal internacional, quizás porque no está equipada para llevar adelante una investigación que satisfaga el estándar penal de prueba de "más allá de toda duda razonable".[132] En este sentido, resulta de particular interés para este trabajo el hecho de que la Corte aceptó como prueba las distintas decisiones del TPIY, incluso cuando afirmó que estaba en condiciones de hacer su propia determinación de los hechos.[133]

Esta aceptación responde, en realidad, a una falta de capacidad de la Corte de llevar a cabo sus propias investigaciones, en particular, respecto de situaciones de crímenes de masa que requieren, por ejemplo, investigaciones forenses muy

127. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración de la juez Donoghue, párrs. 8-9.

128. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración de la juez Donoghue, párr. 9.

129. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 143.

130. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 213.

131. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 53-60. Dimitrijevic y Milanovic (2008: 90).

132. Gatti (2007a: 905).

133. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 181.

complejas.[134] Además de la diferencia en los mandatos entre el TPIY y la Corte Internacional de Justicia, cabe observar que, mientras el TPIY cuenta con una oficina independiente de la Fiscalía, los alegatos y presentación de la evidencia ante la Corte los realizan los Estados partes en la controversia.[135] La posibilidad de investigar y recolectar prueba de forma autónoma no está prevista en la organización y hasta en el propio mandato de la Corte.

Si bien, como fuera indicado, se prevé que la Corte puede pedir a los agentes de un Estado que produzcan un documento u ofrezcan explicaciones, dejando constancia de su negativa (artículo 49 del Estatuto), organizar la presencia de testigos y expertos para que den su testimonio en el proceso (artículo 62 de las Reglas de la Corte), decidir *proprio motu* o a solicitud de alguna de las partes, ejercer sus funciones en un lugar relacionado con el caso, a fin de obtener evidencia (artículo 66 de las Reglas de la Corte), o pedirle a alguna organización internacional pública que contribuya con información relevante para el caso (artículo 69 de las Reglas de la Corte), en la práctica estos poderes no son utilizados con mucha frecuencia y la Corte ha dependido mayormente de la prueba producida por las partes.[136] Esto se debe a que, en muchas de las controversias, se trata de desacuerdos de derecho más que de discusiones acerca de la determinación de hechos.[137]

Esta imposibilidad se vio reflejada, por ejemplo, en el hecho de que, a falta de una sentencia de primera instancia, la Corte no pudo evaluar autónomamente la prueba producida en el caso de *Slobodan* Milosevic (quien para el momento en que la Corte Internacional de Justicia dictó su sentencia, había fallecido y, por lo tanto, el proceso penal seguido en su contra ante el TPIY había sido archivado) que se encontraba en la etapa de juicio ni llegar a sus propias conclusiones,[138] en particular respecto de las mencionadas minutas del Consejo Supremo. Ello, a pesar de que, para 2007, la Fiscalía ya había completado la presentación de su caso y la Sala ya había determinado, de conformidad con la Regla 98bis de las Reglas

134. Así, por ejemplo, en el caso *Krstic*, las investigaciones forenses en las fosas comunes fueron esenciales para determinar que no se trataba de muertes durante hostilidades, determinar la edad de las víctimas y que habían sido asesinadas de forma sistemática. *Cf.* Klinkner (2008: 463).

135. Si bien la Fiscalía es considerada un órgano del TPIY, el estatuto señala que actuará de manera independiente. *Cf.* Estatuto del TPIY, (adoptado el 25 de mayo de 1993 por Res. S/827, enmendado por Res. S/1166, Res. S/1411, Res. S/1431, Res. S/1481, Res. S/1597, Res. S/1660, Res. S/1837 y Res. S/1877), artículo 16. Además, a diferencia de una controversia ante la Corte Internacional de Justicia, la Fiscalía tiene la obligación de divulgarle a la Defensa la prueba exculpatoria que tenga en su poder. *Cf.* Regla 68 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. De manera similar, el Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone en su artículo 54.1.a) que la Fiscalía deberá investigar tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes.

136. Groome (2007: 981).

137. Groome (2007: 982).

138. Groome (2007: 914).

de Procedimiento y Prueba del TPIY,[139] que se había ofrecido suficiente prueba para que un juzgador razonable pudiera adoptar una condena por genocidio.[140] Cabe aclarar, sin embargo, que no se había pronunciado sobre la credibilidad de los testigos, algo que habría sido casi imposible para la Corte por no poder interrogarlos por sí misma.[141] Parece que la Corte se apoyó en el hecho de que en el procedimiento ante el TPIY es posible que una Sala rechace la solicitud de absolución de la defensa de conformidad con la Regla 98bis y luego termine absolviendo al acusado al final del juicio, como ocurrió en el caso *Krajisnik*, pues el estándar de prueba es más bajo en dicha instancia.[142]

Aunque cada tribunal tiene competencia sobre distintos sujetos de derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia entendió que, como el TPIY debió analizar los mismos hechos traídos a su conocimiento, podía hacer referencia a las conclusiones fácticas y jurídicas de dicho tribunal. Para ello, en sus sentencias de 2007 y de 2015, la Corte dedicó una sección completa a explicar el valor que le otorgaba a las diferentes resoluciones y decisiones del TPIY como prueba.[143] Esta decisión de la Corte es notable, ya que no suele explicitar las reglas sobre la prueba que utiliza en cada sentencia.[144] Con ese fin, la Corte examinó la forma en que la prueba es obtenida en el procedimiento ante el TPIY –análisis que aplicó en ambas sentencias–, señalando que cumplía con el criterio de la evidencia obtenida por el interrogatorio de una persona directamente involucrada, luego reexaminada (lo que, como fue señalado, no hizo respecto de todos los testigos que declararon ante la propia Corte), sin que se hubiera podido cuestionar su credibilidad.

Si bien surge de las sentencias que la razón por la cual la Corte utilizó la jurisprudencia del TPIY fue el hecho de que la base fáctica de los casos ante ambos

139. La Regla 98bis disponía que, en oportunidad del cierre del caso de la Fiscalía, la Sala de Juicio, a través de una decisión oral, y luego de escuchar los alegatos de las partes, decidiría si correspondía el sobreseimiento de algún cargo en caso de considerar que no existía prueba capaz de fundar una condena. En los sistemas angloamericanos, esta solicitud suele llamarse "*no case to answer motion*". El fundamento se relaciona con el hecho de que, como la carga de la prueba recae en la Fiscalía, si hubiera prueba insuficiente para arribar a una condena, el acusado no tendría siquiera que defenderse y arriesgarse a ser condenado sobre la base de la percepción del jurado. *Cf.* Groome (2007: 962).

140. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 246.

141. Groome (2007: 987).

142. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 219.

143. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 212-224 y Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 170-199.

144. Sivakumaran (2007: 706). También es notable en el sentido de que la Corte se apoyó en jurisprudencia de otro tribunal internacional, cuando, normalmente, suele citar solamente sus propias decisiones. *Cf.* Milanovic (2007a: 693).

tribunales era idéntica, cabe preguntarse si, respecto de las conclusiones jurídicas, hubiera sido conveniente que la Corte hiciera referencia a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en general, incorporando en su razonamiento, por ejemplo, las sentencias del TPIR sobre el crimen de genocidio que, como se vio en el capítulo 4, eran más numerosas que las del TPIY.[145]

En este sentido, observó que las partes presentaron una gran cantidad de documentación que emanaba de los procesos penales y que incluía documentos acusatorios de la Fiscalía, decisiones interlocutorias de los/as jueces/zas, prueba oral y escrita, decisiones sobre la culpabilidad o inocencia de los individuos acusados, sentencias que establecen las penas luego de un reconocimiento de culpabilidad, así como decisiones de la Sala de Apelaciones.[146]

Durante las audiencias públicas del primer caso, las partes alegaron acerca del peso de esta documentación. Mientras Bosnia Herzegovina le otorgaba mayor valor, Serbia en un primer momento cuestionó la pertinencia de su uso debido al tipo de marco jurídico en el que funcionaba el TPIY, aunque finalmente lo aceptó, distinguiendo diferentes categorías y admitiendo solamente las sentencias de las Salas de Juicio y de la Sala de Apelaciones.[147]

A los fines de determinar el peso que le daría a cada uno de los documentos, la Corte Internacional de Justicia examinó el procedimiento penal aplicable por el TPIY. En primer lugar, señaló que los documentos acusatorios de la Fiscalía son en realidad afirmaciones hechas por una de las partes del proceso, que aún deben pasar por varias instancias antes de ser confirmadas. Durante ese proceso, el propio Fiscal puede decidir retirar los cargos o estos pueden ser desestimados durante el juicio y, por eso, la Corte no podía otorgarles valor probatorio, aunque aclaró que podría tomar en cuenta si el Fiscal decidió incluir o excluir cargos de genocidio.[148]

En el caso de 2015 esta cuestión volvió a discutirse debido a que Croacia sostenía que la Corte no debía otorgar valor probatorio a la decisión fiscal de no incluir cargos de genocidio, ya que el Fiscal tiene facultades discrecionales con

145. Abass (2008: 900); Fournet (2015: 918). Esto fue señalado por uno de los jueces en la sentencia de 2015, quien sostuvo que, a pesar de las muchas diferencias contextuales entre el conflicto en la ex Yugoslavia y en Ruanda, la Corte Internacional de Justicia no debió ignorar completamente la jurisprudencia de TPIR, pues se trataba del tribunal con la más extensa jurisprudencia en materia de genocidio. En su opinión, ello constituía una falla en el ejercicio de su tarea y en la necesidad de estar al corriente de los últimos desarrollos en la materia. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párr. 36.

146. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 214.

147. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 215.

148. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 217.

respecto a los cargos y tal decisión podía haber estado influenciada por varios factores que no necesariamente implicasen que considerara que los hechos del caso no constituían genocidio o que no existía prueba al respecto.[149] Sostuvo que ello no resultaba un criterio razonable, además, porque en los casos de responsabilidad del Estado, el análisis no debía circunscribirse a incidentes particulares, como en las instancias de responsabilidad individual, sino que debe ser mucho más amplio.[150]

La Corte, por su parte, determinó que el hecho de que el Fiscal tuviese discreción con respecto a los cargos no modificaba el enfoque adoptado en 2007, pues ello no convertía la ausencia de cargos en una prueba decisiva respecto de la no comisión de genocidio, sino solamente en un factor a tener en cuenta al momento del análisis, en particular, cuando las personas acusadas eran líderes políticos y militares a cargo de la estrategia general[151] y no de personas que ocuparan una posición más baja en la cadena de mando.[152] Igualmente, la Corte Internacional de Justicia observó que son los/as jueces/zas quienes deciden la confirmación de la acusación y ordenan el arresto y que, generalmente, el acusado no está involucrado en estas instancias.[153]

La posición de la mayoría fue criticada por varios jueces de la Corte en opiniones separadas. Por ejemplo, el juez Bhandari observó que el argumento de la mayoría que otorgaba peso a la decisión fiscal de no incluir cargos de genocidio no fue justificado sobre la base de ninguna fuente jurídica ni respondía a las alegaciones de Croacia, que había sostenido que las decisiones fiscales se pueden basar en criterios logísticos o políticos.[154] En un sentido similar, el juez Gaja consideró que, como a diferencia de la Corte Internacional de Justicia el TPIY tenía jurisdicción sobre otros crímenes como el crimen de lesa humanidad, la superposición de este tipo penal con el de genocidio podría haber sido una de las razones por las que el Fiscal pudo elegir no incluir cargos de genocidio

149. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 185. En el caso, la discusión se relacionaba con el documento de cargos presentado por el Fiscal en el caso "Fiscal vs. Anto Gotovina *et al.*" Sala de Juicio, *Judgment*, 15 de abril de 2011, IT-06-90-T.

150. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Declaración del juez Bhandari, párr. 51.

151. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 440.

152. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 187.

153. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 218.

154. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párrs. 51 y 53.

y adoptar un enfoque más restrictivo,[155] mientras que la jueza Sebutinde consideró que la conclusión de la mayoría resultó altamente especulativa.[156] Esta jueza otorgó también un peso al hecho de que la Fiscalía del TPIY se ocupaba de la responsabilidad de los individuos y ello implicaba que debía presentar cargos basados en la prueba relacionada con uno o más individuos, lo que no podía ser entendido como conclusiones fácticas de tipo general.[157] Asimismo, esta jueza hizo énfasis en el hecho de que la discrecionalidad de la que goza la Fiscalía implica que no es necesario que ofrezca razones de sus decisiones de no presentar cargos.[158] Finalmente, señaló que, en virtud de que la Corte debía determinar la responsabilidad de un Estado, correspondía considerar los casos individuales del TPIY como piezas de un rompecabezas más amplio, es decir, el impacto cumulativo de los actos individuales sobre el grupo protegido, aun cuando los perpetradores no pudieran ser identificados y llevados ante el TPIY, y adoptar una perspectiva de tipo global respecto de la prueba, incluyendo las decisiones del TPIY, pues la Corte se encuentra en una mejor posición para evaluar la totalidad de los crímenes.[159] El juez Cançado Trindade también se expresó en ese sentido, al observar que el hecho de que la Fiscalía de un tribunal penal internacional no hubiera presentado cargos de genocidio no tenía ningún impacto en la responsabilidad del Estado porque los estándares de prueba en uno y otro supuesto no son iguales.[160]

Luego, la Corte analizó la etapa siguiente a la presentación del caso de la Fiscalía, en la que la Defensa puede solicitar la absolución sobre la base de la inexistencia de prueba (no se trata de si se satisfaría –*would*– el estándar de "más allá de toda duda razonable", sino de si se podría satisfacer –*could*–). En consecuencia, la Corte consideró que, en ninguna de estas etapas, el TPIY llegaba a una decisión definitiva, y, por lo tanto, la documentación que de ellas emanaba no tendría valor probatorio ya que no cumplía con el estándar de prueba requerido.[161] Como fuera mencionado, la decisión de la Corte de no otorgar importancia a las decisiones de las Salas de Juicio en el marco de la Regla 98bis, en particular, la

155. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 2.

156. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada de la jueza Sebutinde, párr. 2.

157. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada de la jueza Sebutinde, párr. 18.

158. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada de la Jueza Sebutinde, párr. 20.

159. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada de la jueza Sebutinde, párr. 21.

160. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 506.

161. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 219.

emitida en el caso de Slobodan Milosevic, impactó fuertemente en su sentencia de 2007. En efecto, se trataba de dilucidar si quien era presidente de Serbia en el período de tiempo relevante para el caso ante la Corte tenía el dolo especial del genocidio.

En tercer lugar, la Corte consideró que en una sentencia de la Sala de Juicio las conclusiones son rigurosas y el umbral de prueba aplicable es el más alto: "más allá de toda duda razonable". Asimismo, la Corte afirmó que los acusados tienen derecho a las garantías mínimas previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que incluye el derecho a un abogado, a interrogar testigos, a no ser obligados a declarar contra sí mismos, entre otras.[162]

En cuarto lugar, la Corte se refirió a la decisión sobre la pena aplicable en los casos en los que el acusado reconoce culpabilidad. Allí, la Sala –sin perjuicio del reconocimiento del acusado– debe estar satisfecha respecto de la existencia de base fáctica suficiente para establecer la existencia del crimen y la participación del acusado, así como de la naturaleza voluntaria e inequívoca del reconocimiento de culpabilidad. En consecuencia, la Corte consideró que esta decisión puede ser relevante y, por lo tanto, tener peso probatorio.[163]

Asimismo, la Corte señaló que los juicios, muchos de ellos de importantes figuras políticas o militares, son procesos complejos que duran varios meses, incluso años, y que involucran miles de documentos y una gran cantidad de testigos. Las Salas de Juicio tienen la facultad de admitir la prueba que consideren con valor probatorio a través de decisiones que deben estar justificadas y que pueden ser apeladas.[164] Las sentencias de condena o absolución también pueden ser recurridas. Estas son el último tipo de decisiones que examinó la Corte. Al respecto, observó que la Sala de Apelaciones no puede revisar integralmente la prueba –por ejemplo, no puede volver a escuchar testigos– pero sí tiene el poder de pedir prueba adicional si considera que no estaba disponible durante el juicio, que era relevante y creíble y que podría haber sido un factor decisivo, siempre y cuando fundamente su decisión.[165] En consecuencia, la Corte consideró que

162. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 220.

163. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 224. Vale la pena recordar que el TPIR no consideró suficiente para tomar nota de un hecho previamente adjudicado (*judicial notice*) las conclusiones judiciales que surgieran de decisiones basadas en reconocimientos de responsabilidad del acusado, como los casos *Kambanda* y *Serushago. Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gerard Ntakirutimana", *Decision on the Prosecutor's motion for judicial notice of adjudicated facts*, 22 de noviembre de 2001, ICTR-96-10-T y ICTR 96-17-T, párr. 26. Véase capítulo 4, apartado 3 de este libro.

164. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 221.

165. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 222.

en principio aceptaría como altamente persuasivas las conclusiones de la Sala de Juicio, a menos que hubieran sido revertidas por la Sala de Apelaciones.[166]

En la controversia entre Croacia y Serbia, este punto fue discutido con relación al caso *Gotovina* del TPIY.[167] Entre otras pruebas, en su respuesta a la reconvención presentada por Serbia, Croacia se había apoyado en el hecho de que ningún oficial de alto rango militar o civil croata había sido condenado por genocidio. En el caso *Gotovina*, la Sala de Apelaciones del TPIY había revertido la condena dictada por la Sala de Juicio de tres generales croatas por ataques indiscriminados contra la población civil en el marco de la llamada "Operación Tormenta".[168] La Corte señaló que ello no impedía, en sí mismo, que la Corte eventualmente encontrara que Croacia tenía responsabilidad internacional.[169]

Serbia, por su parte, sostuvo que las conclusiones de la Sala de Apelaciones del TPIY no debían necesariamente prevalecer por encima de las de la Sala de Juicio, ya que los miembros de la primera no eran nombrados debido a su mayor experiencia o autoridad. Afirmó, además, que la diferencia más importante entre ambas instancias es el número de jueces que las componen –la Sala de Juicio está compuesta por tres jueces, mientras que la Sala de Apelaciones por cinco–. Finalmente, señaló que la condena de primera instancia fue unánime, mientras que la decisión de apelaciones fue tomada por mayoría de tres contra dos, y, en consecuencia, el número de jueces que entendió en el caso y que condenó a los generales croatas fue mayor que el número de jueces que los absolvió. Por lo tanto, argumentó que, a la luz de las circunstancias particulares, no debía darse preminencia a la decisión de la Sala de Apelaciones.[170] La Corte, sin embargo, rechazó este argumento al sostener, por un lado, que no podía pronunciarse respecto de la forma en que son elegidos los jueces de otro tribunal internacional y, por el otro, que las decisiones de la Sala de Apelaciones representan la última palabra en el procedimiento ante el TPIY y, por lo tanto, no podía considerar

166. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 223. En este sentido, cabe señalar que, del estudio de la jurisprudencia realizado en el capítulo 4, surge que, en varios casos, la Sala de Apelaciones revocó las conclusiones fácticas de la Sala de Juicio por entender que un juzgador razonable no habría llegado a las mismas conclusiones. Véase, por ejemplo, TPIR, Sala de Apelaciones "Fiscal vs. François Karera", *Judgment*, 2 de febrero de 2009, ICTR-01-74-A, párr. 212; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", *Judgment*, 27 de febrero de 2014, ICTR-00-56-A, párr. 59; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A, párr. 1510.

167. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 465-467.

168. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 461.

169. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 461.

170. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 470.

que las sentencias de la Sala de Juicio se encuentren en el mismo escalón, por lo que debía otorgarle mayor peso a las primeras, salvo circunstancias excepcionales (que no se configuraban en el caso).[171]

En la sentencia de 2015, el juez *ad hoc* Kreća aseveró que resultaba necesario que la Corte aplicara la jurisprudencia del TPIY de manera crítica y balanceada, distinguiendo las conclusiones fácticas de las conclusiones jurídicas.[172] En esa línea, señaló que las primeras constituían un punto de contacto adecuado entre ambas jurisdicciones porque consideró que la metodología y técnicas utilizadas por un tribunal penal especializado constituyen la base de conclusiones fácticas de alta calidad.[173] Al mismo tiempo, afirmó que esa dependencia debe tener límites precisos sobre la base de un criterio sustantivo de acuerdo con los estándares del razonamiento judicial.[174]

Con respecto a las conclusiones jurídicas del TPIY, el juez *ad hoc* sostuvo que la Corte no debía convertirse en un mero verificador de lo resuelto por el tribunal penal, pues ello afectaría su integridad judicial.[175] Entre las razones ofrecidas, puede mencionarse el hecho de que la Corte Internacional de Justicia solamente podía aplicar la Convención contra el Genocidio, mientras que el TPIY aplicó también la costumbre internacional en la materia,[176] lo que se relaciona con la cuestión de fondo relativa a si la conducta que genera responsabilidad del Estado es idéntica a la que genera la responsabilidad individual. El magistrado entendió

171. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 471-472. La Corte sostuvo dicha postura, incluso a pesar de la controversia que surgió con la decisión de la Sala de Apelaciones (al respecto, véase Milanovic [2012] y Nakarada [2013] entre otros) ya que Serbia no había presentado prueba alguna que demostrara de forma incontrovertible que las autoridades croatas había deliberadamente decidido bombardear poblaciones civiles.

172. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 87.

173. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 88.

174. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 89.

175. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 90.

176. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 90.1. En ese sentido, observó que el enfoque de la costumbre como fuente del derecho internacional utilizado por el TPIY había otorgado un rol prominente al elemento de la *opinio juris* y, por otro lado, había probado la práctica con pocas referencias a jurisprudencia y legislación nacional, lo que había resultado en un enfoque incoherente y subjetivo, yendo más allá de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y generando consecuencias destructivas en la integridad normativa del derecho internacional. *Cf.* párrs. 91.1, 91.2. y 96

entonces que la jurisprudencia del TPIY era un supuesto de desarrollo progresivo de la Convención, más que su aplicación concreta.[177]

Así, vemos que la Corte Internacional de Justicia aceptó todas las conclusiones fácticas que el TPIY había adoptado en sus sentencias, pues casi no llevó adelante ninguna actividad investigativa propia, y también siguió las conclusiones jurídicas en cuanto a la configuración del crimen de genocidio. Sin embargo, como se explicó en el capítulo 3, siguió su propio camino en lo que respecta a la atribución de las conductas individuales al Estado, rechazando el test de control global desarrollado por el TPIY, ya que este era el único elemento regulado expresamente en las normas secundarias de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Si bien resulta comprensible que la Corte se hubiera apoyado casi totalmente en las conclusiones del TPIY, al mismo tiempo puede criticarse el hecho de que no hubiera inferido consecuencias de la ausencia de conclusiones de dicho tribunal, ya que implica un enfoque acrítico del uso de la jurisprudencia de una jurisdicción por otra.[178] Esta metodología es, en parte, resultado del hecho de que la Corte eligió aplicar un estándar de prueba similar al del TPIY, elevando así el necesario para la determinación de la responsabilidad del Estado,[179] ya que si hubiera utilizado un estándar más bajo, entonces tendría que haber reexaminado la prueba presentada ante los/as jueces/zas del TPIY en los casos en los que, por ejemplo, se hubiera dictado sentencia de absolución, algo que, como fuera señalado, la Corte Internacional de Justicia no estaba en condiciones de realizar.[180] En este sentido, es posible pensar que si la jurisprudencia del TPIY no hubiera incluido

177. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* Opinión Separada del juez *ad hoc* Kreća, párr. 100. Al respecto, consideró que un ejemplo de este desarrollo progresivo es la comprensión del TPIY de la noción de destrucción del grupo protegido como algo más que su eliminación física o biológica, para incluir la destrucción en términos sociales. Aunque, cabe señalar, que esta afirmación es una interpretación propia del juez *ad hoc*, que consideró que la observación del TPIY en el caso *Krstic* de que las viudas de aquellos hombres que fueron asesinados en Srebrenica no podrían volver a casarse ni tener hijos reflejaba la idea de la destrucción social. *Cf.* párrs. 102-103. Por otro lado, el juez criticó las conclusiones del TPIY respecto de las consecuencias que generaría para la comunidad musulmana en Srebrenica el hecho de la muerte de los hombres en edad militar, afirmando que actualmente dicha comunidad está reconstituida, la cantidad de musulmanes es similar a la de la población serbia, y que el alcalde de la ciudad pertenece a la comunidad musulmana. *Cf.* párr. 104. Esta afirmación resulta cuestionable, pues, en realidad, para que se configure el genocidio, lo importante es la intención de eliminar en todo o en parte un grupo y no si efectivamente se logró hacerlo.

178. Goldstone y Hamilton (2008: 106).

179. Ello fue observado por el juez *ad hoc* Mahiou, quien afirmó que la absolución de un individuo del crimen de genocidio no implica necesariamente que no haya existido ese crimen, sino que lo importante es probar la existencia de una política de genocidio atribuible al Estado. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 54.

180. Groome (2007: 933-934).

condenas por genocidio, habría sido dificultoso para la Corte Internacional de Justicia determinar la configuración de dicho crimen.[181]

Como ya fuera señalado, esta metodología será puesta a prueba en el caso presentado por la República de Gambia contra Myanmar, pues no existe (aún) jurisprudencia de un tribunal penal internacional sobre la cual la Corte pueda apoyarse en materia de determinación de los hechos. Esto fue reconocido por Gambia quien, en su memorial inicial, admitió que no existe actualmente una jurisdicción internacional con competencia para juzgar a los individuos asociados con esos actos de genocidio y, por lo tanto, ofreció a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.[182]

A falta de precedentes judiciales, Gambia se refirió a varios documentos producidos por diferentes mecanismos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos en Myanmar, el Asesor Especial sobre la Prevención de Genocidio y la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos, que hicieron referencia a la comisión del crimen de genocidio.[183] De hecho, en sus informes de 2018 y 2019 la Misión encontró que existían motivos razonables para creer que ciertas personas podían ser juzgadas penalmente por el crimen de genocidio y que el Estado de Myanmar había cometido el hecho internacionalmente ilícito de genocidio, respectivamente.

En consecuencia, la inexistencia de sentencias judiciales previas en el caso de Myanmar obligará a la Corte Internacional de Justicia a valorar las conclusiones fácticas de órganos no jurisdiccionales, lo que llevará a reformular la metodología de su análisis y repercutirá en el vínculo entre ambos regímenes de responsabilidad. Al respecto, resulta pertinente señalar que, en su Opinión Consultiva de 2004, la Corte se apoyó en las constataciones fácticas de mecanismos similares, como los Relatores Especiales, para determinar la violación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[184] Asimismo, en su decisión de 2022 sobre reparaciones en el caso de *República Democrática del Congo vs. Uganda*, la Corte utilizó conclusiones de informes preparados por órganos de las Naciones Unidas o bases de datos confeccionadas por organismos independientes para determinar los daños a las personas, a la propiedad y a los recursos naturales a fin de fijar las reparaciones debidas por Uganda. Para ello, tomó en cuenta las fuentes utilizadas, otorgando menor valor a aquellos documentos que no estuvieran corroborados por otras pruebas y examinó la metodología y extensión de

181. Seibert-Fohr (2009: 359).

182. Memorial de Gambia, párr. 5.

183. Memorial de Gambia, párr. 6.

184. Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit. párrs. 133-134. La Corte hizo referencia a informes del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel desde 1967 y del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación.

la investigación en la que se basaron.[185] Si bien será analizado en profundidad en el capítulo 6, cabe agregar aquí que la Corte hizo referencia a las decisiones de la Corte Penal Internacional referidas a la misma plataforma fáctica para adoptar o confirmar sus conclusiones.[186]

A la fecha, la Corte rechazó las excepciones preliminares interpuestas por Myanmar, afirmando que tiene jurisdicción sobre el caso en virtud de la existencia de una controversia relativa a la Convención contra el Genocidio.[187] En la orden sobre medidas provisionales, determinó, pero de modo *prima facie*, que era plausible afirmar que los actos alegados por Gambia podían encuadrarse dentro de las provisiones de la Convención, a lo que respondió de forma afirmativa.[188] En consecuencia, no ingresó en el análisis del valor de los documentos confeccionados por los órganos creados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sino que se limitó a mencionar sus conclusiones en el sentido de que existían motivos razonables para inferir la existencia de una intención genocida,[189] aunque luego afirmó que la prueba de dicho elemento no resultaba necesario en la etapa de medidas provisionales.[190]

Como fuera observado *supra*, los informes de la Misión Internacional Independiente de Investigación analizados en los capítulos 3 y 4 de este libro en los que se incluyó una lista de personas pasibles de ser enjuiciadas por genocidio y se estableció la responsabilidad del Estado por dicho crimen podrían ser utilizados por la Corte, aunque cuando, como en los casos de 2007 y 2015, no se trate de sentencias judiciales y sus conclusiones hubieran sido adoptadas sobre la base de un estándar de prueba más bajo.

Asimismo, cabe señalar que la presentación de Gambia no hizo mención al Mecanismo Independiente de Investigación para Myanmar, creado en septiembre de 2018 a través de la resolución 39/2 por el Consejo de Derechos Humanos, con el mandato de recolectar prueba de hechos constituyentes de crímenes internacionales y de graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, y de preparar la documentación necesaria para un enjuiciamiento penal, utilizando la información recabada por la Misión de Investigación.

185. Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párrs. 150-151.

186. Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párrs. 158, 163, 202, 205 o 249.

187. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar). Decisión de 22 de julio de 2022. Véase capítulo 3 de este libro.

188. Corte Internacional de Justicia, Orden del 23 de enero de 2020, párr. 30.

189. Corte Internacional de Justicia, Orden del 23 de enero de 2020, párr. 55. Véase también párr. 72.

190. Corte Internacional de Justicia, Orden del 23 de enero de 2020, párr. 56.

La prueba recolectada por este Mecanismo le otorga a la Corte una alternativa, ya que este órgano trabaja sobre la base del estándar de "más allá de toda duda razonable" o prueba de la íntima convicción requerida en los casos penales. De hecho, en su informe de 2019, el Mecanismo observó que la experiencia daba cuenta de que la prueba recolectada por investigaciones de órganos de derechos humanos, si bien puede ser útil, no alcanza para probar todos los elementos de los cargos sobre la base del estándar probatorio de un juicio penal, en particular, en lo que respecta a los autores indirectos, quienes ordenaron, planificaron, instigaron o financiaron un crimen, o en lo que respecta a la responsabilidad de los superiores.[191] Asimismo, agregó que, cuando las condenas dependen de inferencia de evidencia circunstancial, deben ser las únicas inferencias posibles. No alcanza con probar que se ha cometido un crimen, sino que, además, deben establecerse todos los elementos relacionados con el modo de responsabilidad y el elemento subjetivo de la persona acusada, así como los elementos materiales del crimen.[192]

Sin embargo, a diferencia de la situación de la antigua Yugoslavia, no existen condenas judiciales, por lo que la Corte Internacional de Justicia se vería en la necesidad de entrar en un análisis de cuestiones penales sin contar con el examen previo de un tribunal, algo que no hizo en sus sentencias de 2007 y 2015. Por otro lado, a la luz de la decisión de la Corte sobre reparaciones del caso de la *República Democrática del Congo vs. Uganda*, se advierte que los informes de la Misión cumplen con los requisitos de apoyarse en información corroborada por otras fuentes y de aplicar una metodología clara, por lo que, incluso cuando sus conclusiones no se basen en el estándar de más allá de toda duda razonable, la Corte podría fundamentarse en ellos. No obstante, como dicha decisión no tenía por fin determinar la responsabilidad de un Estado (lo que ya había establecido en 2005), sino fijar las reparaciones debidas, podría pensarse que ese análisis no sería aplicable automáticamente al caso de Myanmar, y que allí, la Corte volverá a requerir el umbral más alto de prueba.

3. Recapitulación

En este capítulo se examinaron los cruces entre el régimen de responsabilidad del Estado y el del individuo relativos a las cuestiones involucradas en su

191. Independent Investigative Mechanism for Myanmar, *First Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 7 de agosto de 2019, A/HRC/42/66, párr. 15.

192. *Idem*, párr. 46. En su tercer informe, el Mecanismo manifestó que se encontraba cooperando de manera cercana con la Corte Internacional de Justicia y con la Corte Penal Internacional. *Cf.* Independent Investigative Mechanism for Myanmar, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1, párr. 26.

determinación jurisdiccional. En primer lugar, se estableció que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia a la fecha da cuenta de una relación de cuasidependencia entre sus propias sentencias y las decisiones de los tribunales penales internacionales en materia de comisión del crimen de genocidio, es decir, con respecto a la identificación del primer elemento de la responsabilidad del Estado. En este sentido, se observó que la Corte Internacional de Justicia ha llevado a cabo una especie de constatación judicial de los hechos adjudicados en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en particular, del TPIY, en virtud de la equivalencia de la plataforma fáctica involucrada en los casos y debido a la incapacidad de la Corte de llevar adelante sus propias investigaciones.

En segundo lugar, con respecto a la prueba del crimen de genocidio, se observó que las jurisdicciones que aplican ambos regímenes acuerdan en que la carga de la prueba la tiene la parte que alega la comisión del crimen, sin perjuicio de las diferencias procedimentales que existen entre ellas. Asimismo, en cuanto al umbral probatorio requerido, si bien la mayoría de la Corte, en virtud de la gravedad de las alegaciones, ha aplicado un umbral más alto que aquel utilizado en la mayoría de sus casos, que se acerca al aplicado en los casos de responsabilidad penal individual, no existe un consenso claro entre sus miembros al respecto. En efecto, las opiniones disidentes muestran la necesidad de considerar que se trata de dos regímenes diferentes de responsabilidad y que, por lo tanto, se debe revisar esta posición. En este sentido, en este capítulo se ha propuesto un umbral de prueba intermedio entre aquel aplicable de forma general a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el aplicable a la responsabilidad penal internacional de los individuos, haciendo referencia a la metodología utilizada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas similares, como la Misión Internacional de Investigación sobre Myanmar, que se basan en el estándar de "motivos razonables" para adoptar sus determinaciones fácticas sobre los casos individuales, los incidentes y los patrones de conducta.

El caso pendiente entre Gambia y Myanmar le ofrecerá a la Corte Internacional de Justicia la oportunidad de revisar su metodología en materia probatoria, tanto en relación con el umbral de prueba como con la utilización de las conclusiones de un tribunal penal internacional para identificar la violación de una norma internacional como elemento de la responsabilidad del Estado.

Capítulo 6
Cruce de caminos: el eje de los elementos sustantivos

A la luz del análisis jurisprudencial realizado en la Parte II, en este capítulo se indagará acerca de los cruces de los regímenes de responsabilidad relativos cuestiones sustantivas involucradas en el juzgamiento del crimen de genocidio. Como fuera señalado en el capítulo 3, se ha discutido si la definición de este crimen varía según la perspectiva desde la cual se la examine. ¿Es posible afirmar que a fin de determinar la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio se requiere elementos diferentes que en el caso de la responsabilidad individual? Al respecto se examinará, en primer lugar, la aplicación de las reglas de interpretación en la jurisprudencia de los diferentes tribunales que aplicaron la definición del crimen de genocidio y, en segundo lugar, las discusiones relativas a la existencia de un posible elemento contextual que requiere un plan o política genocida para la configuración del crimen. Se trata de dos cuestiones que surgen de la jurisprudencia examinada vinculadas a la dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio.

Asimismo, en este capítulo se estudiarán las consecuencias jurídicas que surgen de la determinación de la responsabilidad de Estado por el crimen de genocidio y su relación con la determinación de la responsabilidad del individuo.

1. La aplicación de las reglas de interpretación de los tratados a la Convención contra el Genocidio

El crimen de genocidio fue definido en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1948 y desde entonces no ha sido modificado.

En efecto, a pesar de las críticas y propuestas para una definición nueva ampliada,[1] los estatutos de los tribunales penales internacionales e internacionalizados han receptado la definición convencional, incluso luego de una negociación multilateral, como la del Estatuto de Roma en 1998. Sin embargo, la interpretación que de dicha definición hicieron las jurisdicciones internacionales modificó, en cierta forma, el significado original de la Convención a través de, por ejemplo, ampliar el alcance de los grupos protegidos o de incorporar elementos no incluidos en el texto original, como una "pauta manifiesta de conducta similar".

Asimismo, e incluso si se considera que los elementos del crimen de genocidio son los mismos en el caso de la responsabilidad del Estado y en el caso de la responsabilidad del individuo, su interpretación podría variar en virtud del principio de legalidad, aplicable en casos penales, que afectará sin dudas la interpretación en los casos en los que se discute la responsabilidad individual, y quizás produzca resultados diferentes a los del régimen de responsabilidad del Estado.

Ello hace surgir ciertos interrogantes relacionados con el alcance y los límites de la interpretación judicial en el contexto de un proceso que busca establecer la responsabilidad del Estado y la del individuo por el crimen de genocidio y con la viabilidad de la aplicación de las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 en ambos supuestos.

1.1. La interpretación en la determinación de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio

Como se desarrollará, en los dos casos de 2007 y 2015 de la Corte Internacional de Justicia sobre la Convención contra el Genocidio se siguió un enfoque tradicional, de acuerdo con la Convención de Viena de 1969. Por otro lado, un análisis de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales demuestra que, a pesar de que los jueces aplicaron dichas reglas, también añadieron otros criterios que se ajustaban mejor a su campo de acción. Sin embargo, ello no significa que las reglas de la Convención de Viena no sean relevantes para la esfera del derecho internacional penal, sino que se necesita una lectura especial para poder respetar tanto las reglas de interpretación aplicables a un proceso penal, como las reglas de interpretación del derecho internacional.

La regla principal de interpretación de tratados está codificada en el artículo 31(1) de la Convención de Viena de 1969, que dispone: "Un tratado deberá

1. Como fuera señalado en la Introducción, si bien esta investigación no se ocupa de las críticas que ha recibido la definición de Convención de 1948 por parte de la doctrina, al respecto, puede verse Feierstein (2015a), Schabas (2009[2]) y Quigley (2006), entre otros.

interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".[2]

El enfoque de la Convención de 1969 considera que el texto del tratado es la expresión auténtica de la intención de las partes y por eso lo ubica como el punto de partida del proceso de interpretación. Como se explicará, el textualismo ha resultado insuficiente para resolver las dificultades que entraña la definición del crimen de genocidio y los tribunales internacionales han recurrido a otros medios de interpretación.

La Convención de 1969 contiene una regla general de interpretación en el artículo 31 y medios complementarios de interpretación en el artículo 32. En sus Comentarios al Proyecto de 1966, la CDI sostuvo que, a pesar de que los medios complementarios, en particular, los trabajos preparatorios, habían sido frecuentemente utilizados para confirmar la interpretación, ellos podían además ser utilizados para determinar el sentido cuando la interpretación que resulta de la aplicación de la regla general deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Agregó que no se trataba de medios alternativos o autónomos de interpretación.[3]

La Comisión adoptó una regla general y métodos complementarios sin establecer excepciones para tratados en particular. Ello incluye la Convención contra el Genocidio, a pesar de que la propia Corte Internacional de Justicia había advertido que poseía características particulares que la separaban de otros tratados internacionales. Señaló que, a diferencia de la gran mayoría de los tratados, no se podía hablar de ventajas o desventajas para los Estados o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos obligaciones.[4] Asimismo, consideró que su finalidad era puramente humanitaria y civilizadora, dado que su objeto es salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y confirmar y apoyar los principios más elementales de moralidad.[5] Cabe observar, además, que, mientras en sus Comentarios la CDI tomó en consideración la Convención contra el Genocidio en relación con otras cláusulas, como el régimen de reservas o la existencia de normas imperativas, no lo hizo respecto de las reglas de interpretación.

La perspectiva de la Corte Internacional de Justicia en la citada Opinión Consultiva de 1951 se parece a la descripción de los tratados de derechos humanos, que sostiene que estos no son meros intercambios de obligaciones entre Estados

2. Se trata de una regla convencional que, a su vez, tiene naturaleza consuetudinaria. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 160.

3. Comisión de Derecho Internacional, "Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries" *2 Yearbook of the International Law Commission Yearbook of the International Law Commission (1966, Vol. II)*, p. 223.

4. Corte International de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23.

5. *Ibidem.*

para su beneficio mutuo, sino que buscan proteger "los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes".[6] Sin embargo, Quigley ha observado que, en realidad, no es posible aplicar automáticamente ciertos principios de interpretación de los tratados de derechos humanos a la Convención contra el Genocidio, como por ejemplo, el principio de interpretación evolutiva, pues la Convención de 1948 tipifica un crimen y ello expandiría su alcance más allá de lo que permitiría el principio de legalidad.[7] Si bien ningún tribunal ha entendido a la Convención contra el Genocidio como un instrumento vivo,[8] lo cierto es que, como se verá en este apartado, la definición acordada en 1948 ha sido interpretada de formas que no fueron necesariamente previstas por los Estados negociadores.

Así, el hecho de que la Convención contra el Genocidio presente elementos especiales que la distinguen de otros tratados tiene un impacto en su interpretación, tanto cuando se determina la responsabilidad del Estado como cuando se trata de la responsabilidad de los individuos.

Como fuera mencionado, la Corte Internacional de Justicia debió interpretar la Convención de 1948 en sus primeros años, cuando en 1950 la Asamblea General le sometió una solicitud de opinión consultiva sobre las reservas que estaban presentando los Estados al manifestar su consentimiento con respecto a dicha Convención. A tal fin, la Corte tomó en cuenta su origen y naturaleza, los objetivos que persiguieron la Asamblea General y los Estados partes, las relaciones entre las disposiciones del tratado entre sí y con respecto su objeto.[9] Además se refirió al Preámbulo –que está incluido en el contexto de un tratado, de

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (*Arts. 74 y 75*), cit., párr. 29. La Corte Interamericana observó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había adoptado la misma postura y además citó la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951 para apoyar su afirmación.

7. *Cf.* Quigley (2006: 79).

8. Esta regla considera que la interpretación de los tratados de derechos humanos debe acompañar la evolución de los tiempos y condiciones de la vida actuales. Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2021, Serie C No. 239, párr. 83. Esta doctrina fue desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase, entre otros, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer vs. Reino Unido* (Application No. 5856/72), sentencia del 25 de abril de 1978, párr. 31. Cabe señalar, no obstante que, en un Voto Separado, la jueza de la Corte Penal Internacional, Luz Carmen Ibañez Carranza, manifestó que debía aplicarse a la interpretación del Estatuto de Roma [lo que incluye la definición del crimen de genocidio] el principio de interpretación evolutiva. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138-Anx-Corr, 6 de marzo de 2020, párr. 7.iv).

9. Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23.

conformidad con el artículo 31(2) de la Convención de Viena– para justificar su afirmación acerca del carácter universal de la Convención contra el Genocidio.[10] Finalmente, la Corte examinó también los trabajos preparatorios para decidir acerca de la cuestión de las reservas.[11] En este punto, cabe observar que en su Opinión Disidente, el juez Álvarez rechazó su uso para interpretar el tratado porque el texto de la Convención difiere de esos trabajos y adquiere vida propia y, por eso, no debe ser interpretado con relación al pasado, sino hacia el futuro.[12]

Como se desarrollará, ni la Corte Internacional de Justicia ni los tribunales penales internacionales han seguido la posición del juez Álvarez. De hecho, parece que han elegido el camino contrario, otorgando gran importancia a los trabajos preparatorios para justificar su interpretación de crimen de genocidio.

Tal como fuera desarrollado en el capítulo 3, en el primer caso contencioso sobre la Convención contra el Genocidio, a fin de afirmar que la Convención prevé tanto la responsabilidad individual como la estatal, la Corte Internacional de Justicia aplicó las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que consideró como parte del derecho internacional consuetudinario.[13] Comenzó por el significado ordinario de los términos de la Convención de 1948 leídos en su contexto y a la luz de su objeto y fin,[14] y luego se refirió a la posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su conclusión, como medios complementarios.[15]

En consecuencia, observó que la redacción del artículo I dispone que el genocidio es un "crimen de derecho internacional" prohibido por una norma internacional imperativa.[16] Examinó luego el sentido ordinario del término "comprometen",[17] incluido en el artículo I, que entendió como dar una promesa formal, obligarse, sujetarse, contraer un compromiso o promesa, acordar, aceptar una obligación. Además, remarcó que se trataba de una palabra comúnmente usada en los tratados cuyo alcance no había sido modificado por la Convención de 1948, y que el artículo I creaba una obligación diferente del resto de las cláusulas. Para ello, se refirió al propósito de la Convención[18] y a los trabajos preparatorios,[19]

10. *Ibidem*.
11. *Idem*, p. 25.
12. *Idem*, Opinión Disidente del juez Alvarez, p. 53.
13. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 160.
14. *Ibidem*.
15. *Ibidem*.
16. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 161.
17. En inglés "*undertake*" y en francés "*s'engagent*" (ambos idiomas de trabajo de la Corte).
18. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 162.
19. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 163.

pero solo como medio de confirmación y no porque el resultado de la aplicación de la regla general de interpretación hubiera conducido a un resultado ambiguo u oscuro o a un significado manifiestamente absurdo o irrazonable. La Corte se volvió a referir al propósito de la Convención para afirmar que, a pesar de que el artículo I no menciona expresamente la obligación de los Estados de no cometer genocidio, el objeto establecido del tratado tenía el efecto de incluir dicha prohibición.[20] En efecto, como fuera mencionado en el capítulo 3, consideró que sería paradójico si los Estados tuvieran la obligación de prevenir, pero no estuviesen impedidos de cometer tales actos, y que la obligación de prevenir el genocidio necesariamente implica la prohibición de cometerlo.[21]

La Corte extendió su conclusión a los otros actos enumerados en el artículo III de la Convención refiriéndose al significado de los términos utilizados en otras cláusulas del tratado, en particular en el artículo IX.[22]

En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia propuso una interpretación expansiva de las obligaciones de la Convención de 1948 usando la regla general y los medios complementarios de interpretación, introduciendo la posibilidad de determinar la responsabilidad del Estado por la comisión del genocidio.

En el segundo caso contencioso sobre la Convención contra el Genocidio, la Corte también aplicó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar el significado del artículo II, pero no siguió necesariamente la lógica de los artículos 31 y 32. De hecho, para decidir sobre el alcance de la frase "destrucción de un grupo" a la luz de las posturas opuestas de los Estados (Croacia sostenía que no se necesitaba que sea la destrucción física, mientras que Serbia argumentaba lo contrario),[23] la Corte recurrió en primer lugar a los trabajos preparatorios para afirmar que, a pesar de que los redactores originales preveían dos tipos de genocidio –físico o biológico y cultural–, este último fue eventualmente quitado del tratado.[24]

Por otro lado, para interpretar el significado del elemento subjetivo especial del crimen, la Corte utilizó la regla del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.[25] En este sentido, se refirió al Preámbulo de la Convención que establece que las partes buscan "liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso (…)".

20. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 166.

21. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr 166.

22. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 169.

23. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 134-135.

24. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 136.

25. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 138.

Asimismo, recordó su Opinión Consultiva de 1951, en la que el tribunal había afirmado que uno de los objetivos de la Convención era salvaguardar la propia existencia de ciertos grupos humanos, y su sentencia de 2007, en la que había sostenido que la intención de destruir total o parciamente a un grupo es un elemento específico del crimen de genocidio, que lo distingue de otros actos criminales relacionados como el crimen de lesa humanidad y el de persecución".[26]

Asimismo, a los fines de interpretar el significado de los actos incluidos en el *actus reus* del crimen, en particular el párrafo (b) (causar una lesión grave a la integridad física o mental), la Corte analizó el sentido de la palabra "grave" a la luz del objeto y fin de la Convención.[27] Luego, y nuevamente para confirmar su interpretación, recurrió a los trabajos preparatorios en relación con su conclusión de que el daño debe ser de tal entidad que contribuya a la destrucción física o biológica del grupo, en todo o en parte.[28]

Finalmente, es interesante señalar que la Corte Internacional de Justicia también confirmó su interpretación a través de la jurisprudencia del TPIY, aunque sin aclarar en qué regla de la Convención de Viena de 1969 se apoyaba.[29] No se trató aquí de determinar la comisión del crimen de genocidio, sino de confirmar su propia lectura del alcance de los actos de genocidio, como el causar lesiones graves a la integridad física y mental. Ello hace surgir la cuestión de la determinación del rol de la jurisprudencia internacional en los procesos de interpretación, que fuera analizada en el capítulo anterior. El derecho internacional no reconoce la doctrina del *stare decisis* y considera que las decisiones de los tribunales internacionales son fuentes auxiliares.[30] En consecuencia, la referencia de la Corte Internacional de Justicia puede ser considerada como un mero recurso a una de las fuentes auxiliares y no como una aplicación de un método de interpretación.

Parece entonces que existe una superposición del derecho aplicable y de los medios de interpretación y que la Corte considera que la jurisprudencia internacional puede ser un medio complementario, de conformidad con el artículo

26. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 139.

27. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 157.

28. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 157.

29. *Ibidem*. En particular, se refirió a dos sentencias de la Sala de Juicio: "Fiscal vs. Momcilo Krajišnik", *Judgment*, 27 de septiembre de 2006, IT-00-39-T y "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment*, 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T.

30. Una posición diferente puede encontrarse en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, si bien no llega a adoptar la doctrina del stare decisis, reconoce, de todas formas, que la Corte puede aplicar principios y reglas respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores, expandiendo así el alcance de su jurisprudencia a futuros casos, si la Corte lo considerare adecuado. *Cf.* Artículo 21.2, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

32, que es considerado una disposición abierta. En este sentido, las decisiones judiciales pueden ser entendidas como interpretaciones previas que influirán en acuerdos futuros sobre el contenido o significado de una norma, o que hasta crearán una fuerte presunción acerca de que la interpretación previa es, de hecho, la norma.[31] En todo caso, como surge del capítulo 4, la práctica de los tribunales penales internacionales entraña la utilización de las decisiones previas con el fin de confirmar y sostener sus propias sentencias.

1.2. La interpretación en la determinación de la responsabilidad del individuo por el crimen de genocidio

1.2.a. Los tribunales penales ad hoc

A pesar de que los estatutos del TPIY y del TPIR no son tratados –están anexados a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas–, ambos tribunales se han referido a los artículos de la Convención de Viena sobre interpretación en relación con los artículos 4.2 y 4.3, y 2.2 y 2.3, respectivamente, que reproducen *verbatim* los artículos II y III de la Convención de 1948. En efecto, el TPIR observó que, si bien su estatuto no es un tratado, se trata de un instrumento internacional *sui generis* que se parece a un tratado, y agregó que las reglas de la Convención de Viena son aplicables en tanto normas consuetudinarias a los instrumentos internacionales que no son tratados y, por lo tanto, el recurso por analogía al artículo 31(1) era apropiado.[32] Asimismo, sostuvo que no había dudas de que la interpretación de los artículos del estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba debía comenzar con el recurso a los principios generales de interpretación codificados en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[33] Igualmente, se ha observado que los estatutos derivan de la Carta de las Naciones Unidas, un tratado, y, por lo tanto, se deben aplicar las reglas de la Convención de Viena.[34] Finalmente, en el caso del crimen de genocidio, cabe señalar que, dado que la definición incluida en los estatutos es idéntica a la de la Convención de 1948, resultaba razonable utilizar las reglas de la Convención de Viena en virtud de que, en realidad, lo que los tribunales *ad hoc* deben interpretar es la tipificación convencional del crimen.

31. Cohen (2015: 275).

32. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Joseph Kanyabashi", *Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, 3 de junio de 1999, ICTR-95-15-A, párr. 15.

33. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Delalic *et al.*", *Judgment*, 16 de noviembre de 1998, IT-96-21-T, párr. 1161.

34. Schabas (2009^2: 638).

Así, por ejemplo, una Sala de Juicio del TPIY afirmó que interpretaba la Convención contra el Genocidio de conformidad con las reglas generales de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[35] En consecuencia, tomó en cuenta el objeto y fin de la Convención, así como el significado ordinario de sus términos. Se trata de una clara referencia a la regla general del artículo 31, aunque no se menciona expresamente el principio de buena fe. Asimismo, consideró los trabajos preparatorios como medios complementarios de interpretación.[36] Sin embargo, luego hizo mención de la jurisprudencia internacional sobre el crimen de genocidio, el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, los informes del Subcomité de Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos, el trabajo realizado para la redacción del Estatuto de Roma y el establecimiento de una corte penal internacional, y calificó como guía interpretativa la legislación y práctica de los Estados, en particular, la interpretación y decisiones judiciales.[37] No surge con claridad si la Sala de Juicio consideró estos últimos elementos como práctica ulterior, en los términos de artículo 31(3)(b) o como medio complementario del artículo 32 de la Convención de Viena, pues sostuvo que, a pesar de que la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional es posterior a los actos involucrados en el caso, era útil para evaluar el estado de la costumbre internacional y la *opinio juris* de los Estados.[38] En consecuencia, parece existir una confusión entre los medios de interpretación y la prueba de la costumbre internacional como fuente aplicable, de forma similar al tratamiento de la jurisprudencia internacional por la Corte Internacional de Justicia.

Quizás una de las interpretaciones más famosas –y polémicas–[39] de los tribunales *ad hoc* se encuentra en el fallo de la Sala de Juicio I del TPIR en el caso *Akayesu*. Con el fin de determinar si la minoría Tutsi podía ser considerada como un grupo protegido por la Convención contra el Genocidio, la Sala se refirió a los trabajos preparatorios para afirmar que el tratado busca proteger grupos estables o permanentes, cuya pertenencia está determinada por el nacimiento, excluyendo

35. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 541.

36. *Ibidem.*

37. *Ibidem.*

38. *Ibidem.*

39. Ha sido etiquetada como imaginativa y algo radical, *cf.* Schabas (2008b: 98). En otro lado, el mismo autor sostuvo que la Sala de Juicio llenó judicialmente vacíos con el fin de justificar que los Tutsi eran un grupo contemplado en el artículo II de la Convención contra el Genocidio, *cf.* Schabas (2009[2]: 639).

así los grupos "más móviles", a los que se pertenece de forma voluntaria.[40] La Sala no desarrolló esta idea ni explicó su razonamiento, sino que se limitó a citar minutas resumidas de la reunión del Sexto Comité de la Asamblea General –del 21 de septiembre al 10 de diciembre de 1948– sin describir cómo los trabajos preparatorios apoyaban su posición. En su lugar, la Sala solo agregó que, en su opinión, era particularmente importante respetar la intención de los redactores de la Convención contra el Genocidio.[41]

De esta manera, la Sala de Juicio adoptó una definición expandida de la Convención sobre la base de un medio complementario de interpretación sin primero explorar si la regla general llevaba a un resultado claro y razonable.[42] De hecho, la Sala de Juicio ni siquiera se refirió expresamente a las reglas de la Convención de Viena, sino que recurrió directamente a los trabajos preparatorios. Se trató de una clara decisión de la Sala de usar solamente los trabajos preparatorios para justificar su razonamiento.

Sin embargo, esta interpretación no fue cuestionada por la defensa y, de hecho, como fuera explicado en el capítulo 4, en un caso posterior la Sala de Apelaciones realizó una constatación judicial ("*judicial notice*") respecto de que había ocurrido un genocidio en Ruanda en 1994 en la forma de una campaña de asesinatos masivos que buscaban destruir en todo o, por lo menos una gran parte de la población Tutsi de Ruanda, un grupo protegido por la Convención contra el Genocidio.[43] Surge entonces que la Sala no afirmó que la población Tutsi era un grupo étnico, sino simplemente un "grupo protegido", a pesar de que la Fiscalía había solicitado que la Sala siguiera la sentencia del caso *Semanza*, donde la Sala de Juicio había considerado expresamente que los Tutsi eran un grupo étnico.[44] De todas formas, la Sala de Apelaciones sostuvo que este enfoque no perjudicaba a la Fiscalía ni transformaba al proceso en menos justo y expedito,[45] y, por lo tanto desechó el argumento de la Fiscalía al respecto.

40. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 511. La Sala de Juicio en el caso *Musema* llegó a la misma conclusión, *cf.* "Fiscal vs. Alfred *Musema*", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 162. La Sala de Juicio en el caso Rutaganda adoptó la misma posición, *cf.* "Fiscal vs. Georges Anderson Nderumumbe Rutaganda", *Judgment*, 6 de diciembre de 1999, párr. 374.

41. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 516.

42. Esta interpretación fue considerada inconsistente con el lenguaje de la definición del crimen de genocidio y con el principio *nullum crimen sine lege. Cf.* Akhavan (2005: 1001).

43. TPIR, Sala de apelaciones", "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal on Judicial Notice*", 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-T, párr. 35.

44. TIPR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Laurent Semanza", *Judgment*, 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T, párr. 422.

45. TPIR, Sala de apelaciones", "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal on Judicial Notice*", 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-T, párr. 25.

A pesar de que la Sala de Apelaciones del TPIR no confirmó la interpretación de *Akayesu* como tampoco lo hizo el TPIY,[46] es posible encontrar otros ejemplos que parecen ir en esa dirección, aplicando una interpretación expansiva. Así, la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, a fin de determinar el alcance de los grupos mencionados en la Convención de 1948, aplicó el principio de efectividad (también conocido por la máxima en latín *maxim ut res magis valeat quam pereat*)[47] –considerado como un principio de interpretación de normas internacionales– para afirmar que las reglas del genocidio deben ser interpretadas de manera de otorgarles los máximos efectos jurídicos.[48] En consecuencia, la Comisión sostuvo que, si bien la Convención especifica las categorías o conductas prohibidas, utiliza terminología amplia y flexible para referirse a los grupos protegidos.[49] La Comisión Internacional afirmó que el TPIR había reforzado sus conclusiones sobre los grupos protegidos a través del desarrollo de un estándar subjetivo de percepción y autopercepción como miembro de un grupo,[50] pues entendió que las identidades colectivas, en particular la etnia, son, por su propia naturaleza, construcciones sociales, identidades "imaginadas" que dependen completamente de percepciones variables y contingentes al igual que fenómenos naturales o hechos físicos.[51]

La Comisión Internacional de Investigación basó sus afirmaciones en una interpretación teleológica señalando que los elementos del crimen deben ser interpretados de manera expansiva en virtud del objeto y el alcance de las reglas sobre genocidio y, además, en el hecho de que esta interpretación no había sido cuestionada por los Estados, lo que consideró prueba de su naturaleza consuetudinaria.[52]

Parece que estos órganos han elegido una lectura expansiva para determinar el alcance del *chapeau* del crimen recurriendo a una interpretación teleológica, resaltando los objetivos colectivos de la Convención, como acabar con la impunidad, asegurar la justicia para las víctimas y salvaguardar la propia existencia de ciertos grupos humanos. Esta interpretación, si bien es compatible con las reglas de la Convención de Viena, contradice el principio de la construcción estricta o el principio de *in dubio pro reo*, bases de cualquier procedimiento penal. En este sentido, ha sido observado que, a los fines de armonizar el artículo 31 y los requerimientos del principio *nullum crimen sine lege*, una interpretación basada en el objeto y fin debería ser llevada a cabo de forma moderada.[53] En consecuencia, a

46. Schabas (2008b: 99); Schabas (2009[2]: 153).
47. Sobre esta máxima, ver Gutierrez Posse (1972).
48. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 494.
49. *Ibidem.*
50. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 498.
51. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 499.
52. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 501.
53. Grover (2014: 202).

pesar de que las referencias al objeto y el fin de la Convención contra el Genocidio han resaltado la lucha contra la impunidad, los tribunales penales internacionales deberían además incluir el objetivo de juzgar a aquellos acusados de genocidio de acuerdo con la ley, respetando los principios del proceso penal.

Por otro lado, surge que los tribunales han aplicado una lectura estricta para definir el alcance del *actus reus*, al analizar la responsabilidad individual refiriéndose a otros principios de interpretación que no están incluidos en la Convención de Viena.

Por ejemplo, la Sala de Juicio en el caso *Akayesu* aplicó una interpretación restrictiva del artículo 2.2 afirmando que, debido a que el término en inglés "*killing*" (matanza) era demasiado general, mientras que el vocablo en francés "*meurtre*" (asesinato) era más preciso, sobre la base del principio de inocencia y de conformidad con los principios del derecho penal, debía elegir la versión más favorable al acusado.[54] Asimismo, confirmó esta interpretación al referirse a los trabajos preparatorios.[55] En esa línea, en la sentencia de *Kashiyema y Ruzindana*, la Sala de Juicios sostuvo que, en caso de duda respecto de la interpretación de Estatuto, se debía interpretar a favor del acusado.[56]

No resulta claro si este enfoque es consistente o no con las reglas de la Convención de Viena.[57] Como fuera señalado, estas reglas han sido aplicadas para justificar una lectura expansiva y, por lo tanto, no serían adecuadas para un procedimiento penal. Aun si el artículo 31.1 pone énfasis en la interpretación textual –que podría resultar en una lectura restrictiva de un término–[58], el hecho de que también permitan una interpretación teleológica ha abierto las puertas para que los tribunales propongan una interpretación amplia de la definición del crimen o, por lo menos, de alguno de sus elementos.

Surge así que una de las reglas aplicadas por los tribunales internacionales para justificar una lectura expansiva es la llamada "interpretación efectiva" ("*l'effet utile*"), que requiere una interpretación que permita que el tratado tenga efectos apropiados. Sin embargo, la CDI ha observado que esta máxima no exige una interpretación extensiva o liberal en el sentido de una lectura que vaya más allá

54. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 501. La Sala de Juicio en el caso Musema llegó a la misma conclusión, *cf.* "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 155. Vale la pena resaltar que la Corte Internacional de Justicia, en sus sentencias de 2007 y 2015, sostuvo que las dos palabras tenían, en realidad, el mismo significado. *Cf.* párr. 642 y párr. 155, respectivamente.

55. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 501.

56. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kashishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 103.

57. Schabas (2009²: 639).

58. El principio de legalidad entraña la primacía del texto. *Cf.* Grover (2014: 393).

de lo que está expresado o necesariamente implícito en los términos del tratado.[59] Hersch Lauterpacht ha argumentado a favor de la regla de la interpretación efectiva contra la regla de una interpretación restrictiva[60] que sostiene que la mejor interpretación es aquella que restringe en menor medida la soberanía de las partes, de acuerdo con el famoso *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*: las restricciones a la soberanía de los Estados no se pueden presumir.[61] Lauterpacht sostuvo que el principio era adecuado para identificar la intención de las partes y respetar el principio de buena fe.[62] Sin embargo, este autor pensaba sin dudas en los tratados tradicionales dirigidos a los Estados y aplicados por jurisdicciones internacionales como la Corte Internacional de Justicia, y por eso incluyó la referencia a *Lotus*. El significado de la interpretación restrictiva definido por este autor no coincide necesariamente con la construcción estricta del derecho penal.[63] En consecuencia, incluso en el contexto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si los tribunales penales internacionales eligen aplicar el principio de la interpretación efectiva, ello no debería resultar en una interpretación excesivamente expansiva porque vulneraría el principio de buena fe –incluido en el artículo 31.1– y, en el contexto de un proceso penal, también podría violar la regla de la construcción estricta.

Por otra parte, los tribunales internacionales han puesto énfasis en los trabajos preparatorios para confirmar sus interpretaciones, a veces luego de aplicar la regla general del artículo 31.1, y otras directamente como un medio principal de interpretación, en lugar de uno complementario. Este enfoque puede ser problemático por una serie de razones. En primer lugar, no se desprende de la lógica de la Convención de Viena en la que los trabajos preparatorios –como cualquier medio complementario– no pueden reemplazar la regla general pues no son medios alternativos o autónomos. En segundo lugar, la propia CDI ha observado que a veces los registros de las negociaciones de tratados son incompletos o confusos y que, por lo tanto, los/as jueces/zas deberían actuar con discreción para determinar su valor como elemento de interpretación.[64] Los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio, por ejemplo, han causado un gran número de discusiones y desacuerdos sobre varias cuestiones.[65] En tercer

59. Comisión de Derecho Internacional, "Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries" *Yearbook of the International Law Commission Yearbook of the International Law Commission (1966, Vol. II)*, p. 219.

60. Lauterpacht (1949: 59).

61. Corte Permanente de Justicia Internacional, *The Case of the S.S. Lotus* (Francia/Turquía), Series A, N.° 10, sentencia del 7 de septiembre de 1927, p. 18.

62. Lauterpacht (1949: 83).

63. Lauterpacht (1949: 57 y 59).

64. Comisión de Derecho Internacional, "Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries" Y*earbook of the International Law Commission (1966, Vol. II)*, p. 220.

65. Véase, por ejemplo, Akhavan, quien cuestiona que los trabajos preparatorios sean definitorios respecto de la exclusión del genocidio cultural de la Convención, *cf.* (2016: 263) o

lugar, los trabajos preparatorios no reflejan realmente la expresión auténtica de las partes que, de hecho, se encuentra en el texto del tratado.[66] En este sentido, el juez Shahabuddeen en su Opinión Parcialmente Disidente en el caso *Krstic* sostuvo que, a pesar de que los trabajos preparatorios son valiosos y de interés, la interpretación del texto final de la Convención es lo suficientemente clara para ser dejada de lado por ellos y que, sobre la base de los principios de interpretación establecidos, no hay necesidad de consultar ese material.[67] Finalmente, Schabas observó que la dependencia en los trabajos preparatorios puede congelar la interpretación e impedir su evolución, haciendo referencia así a la interpretación evolutiva o dinámica desarrollada por los órganos de derechos humanos.[68]

A pesar de estas palabras de precaución, los tribunales *ad hoc* se han referido frecuentemente a la intención de los redactores para confirmar su propia interpretación sin necesariamente explicar la forma en que arribaron a esa lectura. En este sentido, no parece que el recurso a los trabajos preparatorios haya resultado en una interpretación congelada o no evolutiva de la Convención. De hecho, los/as jueces/zas han usado este medio para justificar una interpretación conteste con el derecho internacional consuetudinario. En efecto, algunas de las Salas aplicaron el principio de interpretación progresiva a fin de capturar la práctica ulterior y las normas y valores en desarrollo.[69]

En conclusión, si bien no ha surgido ninguna hermenéutica predominante,[70] parece que los tribunales *ad hoc* han intentado utilizar las reglas generales de interpretación, aunque con sus propias especificidades basadas en la naturaleza de su jurisdicción. En este sentido, sería posible considerar las reglas aplicadas por estos tribunales como medios complementarios no mencionados en el artículo 32 de la Convención de Viena pues esta cláusula prevé solamente los medios principales[71] y no se la considera una lista exhaustiva.[72]

De hecho, esta norma podría ser usada para recurrir a material pertinente que no encuadre en el artículo 31.[73] Así, los estándares en materia de derechos humanos, como el juicio justo para el acusado o el principio de construcción estricta, así como la consistencia con las normas consuetudinarias invocados por

---

Feierstein, quien se pregunta si los grupos políticos quedaron verdaderamente excluidos, *cf.* (2015a: 137-148). Asimismo, Travis sostiene que los trabajos preparatorios no justifican la interpretación excesivamente "properpetrador" que ha sido propuesta por ciertos doctrinarios y fiscales, *cf.* (2012: 31).

66. Berner (2016: 75).

67. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párr. 52.

68. Schabas (2009^2: 637).

69. Grover (2014: 57).

70. Grover (2014: 63).

71. Aust (2000: 200).

72. Berner (2016: 71).

73. Berner (2016:73).

los tribunales internacionales como directrices,[74] podrían ser encuadradas en el artículo 32 de la Convención de Viena.[75]

1.2.b. La Corte Penal Internacional

El caso de la Corte Penal Internacional difiere de la situación de los tribunales *ad hoc* por dos motivos principales: a) fue creada por un tratado internacional y b) su estatuto contiene un artículo que detalla el derecho aplicable y otro que expresamente reconoce el principio *nullum crimen sine lege* y la construcción estricta.[76] Consecuentemente, desde la primera decisión, la Sala de Apelaciones ha sostenido que la interpretación del Estatuto de Roma está regulada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente, por los artículos 31 y 32.[77] También afirmó que el contexto de una disposición está definido por la subsección particular leída en conjunto con la sección en su totalidad y que sus objetivos pueden ser identificados del capítulo en que se encuentra la sección y sus fines de un fin más amplio que surge del preámbulo y del tenor general del tratado.[78] La Corte se refirió además al artículo 32 de la Convención de Viena en diversas ocasiones, pero solo con fines de confirmación y no porque la interpretación haya llevado a un significado ambiguo u oscuro o a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.[79]

El artículo 21 del Estatuto de Roma estipula el derecho aplicable, estableciendo un orden de prelación de sus fuentes. De acuerdo con esta disposición, en primer lugar, la Corte debe aplicar su Estatuto, los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba. En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional. En su defecto, los principios generales de derecho que derive la Corte de los derechos internos de los sistemas jurídicos del mundo. Esta cláusula también le permite a la Corte aplicar los principios y normas respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. Asimismo, el párrafo 3 dispone

74. Grover (2014: 63).

75. A pesar de que, al mismo tiempo, algunos de esos estándares pueden ser considerados como "otra norma pertinente de derecho internacional", según el artículo 31.3.c). Para una discusión sobre el significado de este subpárrafo en el contexto de los tratados de derecho internacional penal, véase Grover (2014: 358).

76. Artículos 21 y 22 del Estatuto de Roma.

77. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Situación en la República Democrática del Congo", *Judgment* on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber's I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, 24 de julio de 2006, ICC-01/04-168, párr. 33.

78. *Ibidem.*

79. *Ibidem.*

que "la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente articulo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos sin distinción alguna (…)", incluyendo así una guía de interpretación que requiere, inter alia, que la interpretación del Estatuto sea consistente con el principio nullum crimen sine lege.[80] Este principio está expresamente reconocido en el artículo 22, cuyo párrafo 2 establece: "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena".

En consecuencia, el Estatuto de Roma ofrece a la Corte diferentes reglas de interpretación, que el tribunal debe tener en cuenta al aplicar sus normas, aunque no proporciona una guía respecto de la relación entre esas reglas, una tarea que fue dejada a los/as jueces/zas.

La primera decisión sobre la orden de arresto dictada contra Omar Al Bashir afirmó que, de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto, la Corte solo puede recurrir a las fuentes mencionadas en los subpárrafos 1.b) y 1.c) cuando exista una laguna en el derecho escrito contenido en dicho instrumento, en los Elementos de los Crímenes y en las Reglas de Procedimiento y Prueba que no pueda ser completada a través de la aplicación de los criterios de interpretación provistos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y en el artículo 21.3 del Estatuto de Roma.[81] Este enfoque parece permitir la aplicación de la Convención de Viena solo en caso de vacío y se distingue así de las primeras decisiones que no incluyeron requisitos para la aplicación de tales reglas.

En esta decisión, la Sala se refirió a los Elementos de los Crímenes –que pueden ser considerados como un acuerdo ulterior en los términos del artículo 31.3.a)–[82]

80. *Cf.* Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN Doc. A/CONF.183/2Add.1, [incorporando documentos A/CONF.183/2/Add.l del 14 de abril de 1998, Addl/Corr.l del 26 de mayo de 1998 y Add.2/Rev.l del 15 de abril de 1998] 14 de abril de 1998, p. 30, nota al pie 68. Sin embargo, cabe mencionar que las Salas de la Corte se han referido al artículo 21.3 para examinar los derechos de las víctimas.

81. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 44.

82. Este instrumento está previsto en el artículo 9 del Estatuto de Roma como una ayuda para que la Corte interprete y aplique las disposiciones del Estatuto que tipifican los crímenes. Fue adoptado por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes, ICC-ASP/1/3 (part II-B). Por otro lado, algunas autoras han tratado a los Elementos de los Crímenes como acuerdo concertado con motivo de la celebración del Estatuto de Roma, de conformidad con artículo 31.2.a). *Cf.* Grover (2014: 363). Vale señalar, sin embargo, que, en su Opinión Separada de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 2015, el juez Gaja entendió que, como los Elementos de los Crímenes no podían ser considerados como un acuerdo ulterior entre las partes, de conformidad con el artículo 31.3.a) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, estos no podían afectar la responsabilidad

para interpretar la definición de genocidio prevista en el artículo 6 del Estatuto de Roma. Los Elementos de los Crímenes incluyen un requisito no mencionado en el Estatuto que fue utilizado por la mayoría de la Sala: que "la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra el grupo o que la conducta haya podido por sí misma causar esa destrucción", lo que será analizado en detalle en el siguiente apartado. La mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que no había contradicción entre el artículo 6 y los Elementos de los Crímenes interpretando este último instrumento de forma teleológica, señalando que su objeto y fin era promover el principio *nullum crimen sine lege* otorgándole *a priori* certeza jurídica respecto del contenido de la tipificación de los crímenes.[83] En consecuencia, parece que la Sala de Cuestiones Preliminares utilizó el principio de construcción estricta para añadir a la definición del crimen de genocidio un elemento que no está mencionado expresamente en el Estatuto, pero incluido en un instrumento adoptado para asistir a los/as jueces/zas en su interpretación, desdibujando las diferencias entre el derecho aplicable y los medios de interpretación.[84] En efecto, el párrafo 3 del artículo 9 dispone que "los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto". En todo caso, ni la pauta manifiesta ni el plan o política de Estado están expresamente incluidos en la Convención contra el Genocidio de 1948 y, por lo tanto, pareciera que su inclusión va más allá de su texto.

Las discusiones y las diversas lecturas en las decisiones mencionadas dan cuenta de que, a pesar de que existía un claro consenso respecto de la definición de 1948 durante la Conferencia de Roma, y de que no fue revisada, todavía existían diferentes visiones que fueron reflejadas en los trabajos preparatorios.[85] El documento borrador incluía notas al pie respecto del significado de "la intención de destruir total o parcial" y de "daño mental", o sobre la posibilidad de incluir nuevos grupos, como los sociales o los políticos. Asimismo, el Grupo de Trabajo señaló que otras disposiciones de la Convención de 1948 podían ser tomadas en cuenta para la interpretación de la definición del crimen, junto con otras fuentes de derecho internacional.[86]

---

del Estado. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 2

83. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 131.

84. Grover (2014: 364).

85. Grover (2014: 274).

86. Comité Preparatorio de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/AC.249/1997/WG.1/CRP.1, 14 de febrero de 1997.

A pesar de la amplia aceptación de esta definición, su interpretación ha causado ciertas dificultades debido a la textura abierta del concepto,[87] como demostraron las decisiones de las Salas de la Corte Penal Internacional y de los tribunales *ad hoc*.

La interpretación de la Convención contra el Genocidio ha resultado particularmente difícil debido a su carácter de fuente de obligaciones, tanto para los Estados como para los individuos.[88] Ello implica que, por un lado, se debe interpretar como un tratado interestatal, incluso con características particulares, mientras que, por el otro, como un instrumento que tipifica un crimen.[89] Esta cuestión no fue prácticamente considerada por los Estados que negociaron la Convención, salvo por el delegado de la República Dominicana quien consideró que la definición del genocidio debería ser lo más completa posible por tratarse de una disposición de carácter penal que debía ser interpretada de forma restrictiva.[90]

Estas diferencias también se han reflejado en la forma en que las distintas jurisdicciones con diversa competencia han interpretado la definición del crimen de genocidio. La Corte Internacional de Justicia ha utilizado las reglas de interpretación de tratados de forma más bien tradicional, quizás por tratarse de una jurisdicción que determina la responsabilidad de los Estados. De hecho, la Comisión de Derecho Internacional basó muchas de sus propuestas para la Convención de Viena de 1969 en las decisiones de la Corte. Por ello, es posible pensar que las reglas de interpretación fueron creadas con una jurisdicción como la Corte Internacional de Justicia en mente y que, por eso, este tribunal no ha tenido dificultad en aplicarlas.

Por otro lado, a pesar de que los/as jueces/zas penales internacionales han aplicado los artículos de la Convención de Viena, lo han hecho de una manera diferente, en parte permitida por la flexibilidad de las reglas, que ofrecen cierto grado de discrecionalidad para adecuarlas a su competencia *ratione materiae* y *ratione personae*. Sin embargo, en ciertas ocasiones, a pesar de esta flexibilidad, estos tribunales parecen haber ido más allá de los límites de la Convención de Viena, debido, quizás, a la falta de justificación suficiente, como en el caso *Akayesu*.[91]

No obstante, en cierta medida estas diferencias se diluyen por el hecho de que, como fuera explicado en el capítulo anterior la Corte Internacional de Justicia se apoyó en la jurisprudencia del propio TPIY, incorporando de forma tácita reglas de interpretación en materia penal.

87. Cupido (2014: 380).

88. Se ha observado también que existe una tensión interpretativa entre los objetivos humanitarios de la Convención y la naturaleza penal de la definición. *Cf.* Mettraux (2019: 51).

89. Quigley (2006:73).

90. *Cf.* Quigley (2006:75).

91. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 516. Ver apartado 1.2 de este capítulo.

2. La discusión sobre la existencia del elemento contextual del crimen de genocidio

El elemento contextual de los crímenes internacionales suele utilizarse para diferenciarlos de los delitos ordinarios. Por ejemplo, en el caso de un homicidio, el hecho de que fuera cometido en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil o de un conflicto armado podría ser el factor que lo convierta en un crimen de lesa humanidad o en un crimen de guerra.

Sin embargo, en el caso del genocidio, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, e incluso de los crímenes de guerra, su tipificación no requiere expresamente un contexto determinado. Mientras que el artículo 7 del Estatuto de Roma establece como elementos contextuales del crimen de lesa humanidad el ataque sistemático o generalizado contra la población civil, y el artículo 8 requiere que las conductas constitutivas de los crímenes de guerra se cometan en particular como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, el artículo 6 –al igual que el artículo II de la Convención de 1948– solo menciona que se configurará el genocidio cuando cualquiera de los actos mencionados, es decir, los delitos subyacentes, sean perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. El *chapeau* de la definición del genocidio no contiene expresamente un elemento contextual, sino un elemento subjetivo especial: la intención genocida.

Como fuera señalado en el capítulo 3, la existencia de dos regímenes de responsabilidad separados podría implicar dos definiciones diferentes del crimen de genocidio, con elementos objetivos y subjetivos distintos en uno y otro caso. En consecuencia, *a priori*, sería posible sostener que el dolo especial que requiere la definición en su primer párrafo pareciera corresponder con las características de la responsabilidad del individuo y no del Estado y que, en ese caso, podría reemplazarse dicho elemento subjetivo con un elemento contextual,[92] pues la determinación de la responsabilidad estatal debe ser hecha sobre la base de un patrón de actos dirigidos a la destrucción de un grupo.[93]

En efecto, como fuera explicado en el capítulo 1, en el borrador del artículo 19 propuesto por Roberto Ago del Proyecto de Artículos (que fue eliminado de la versión definitiva), la CDI había señalado que, a fin establecer la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio se requería un ataque sistemático a los derechos humanos o una práctica sistemática contra la dignidad humana,[94] a

92. Gaeta (2007: 637); Cassese y Gaeta (2013³: 113).

93. Koursami (2018: 186).

94. *Cf.* A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*, p. 121. Véase también Gaeta (2007: 642). Este punto, cabe recordar que el propio Rafael Lemkin

pesar de que ello no aparece en el artículo II de la Convención de 1948. En esa línea, en los comentarios al Proyecto elevado a la Asamblea General en 2001, la CDI manifestó que entre las normas imperativas previstas en el artículo 40 se encuentra la prohibición de genocidio y que estas, por su propia naturaleza, requieren una violación intencional en gran escala.[95]

Sin embargo, de la jurisprudencia reseñada en el capítulo 3 de este libro no surge claramente que el elemento de contexto sea necesariamente un elemento de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, sino que ha sido utilizado como prueba de la intención genocida.

De forma similar, en materia de responsabilidad penal individual, cabe señalar, en primer lugar, que la Comisión de Derecho Internacional, en sus comentarios al Borrador de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, reconoció la importancia del contexto, de un plan o política para cometer el genocidio, afirmando que, en todo caso, "el alcance del conocimiento de los detalles de un plan o política para llevar a cabo el crimen de genocidio variará según la posición del autor en la jerarquía gubernamental o en la estructura del mando militar".[96] Por otra parte, como surge del capítulo 4, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha considerado de manera general que un plan o política genocida no forma parte de los elementos de este crimen.[97]

No obstante, es posible encontrar matices. La Sala de Juicio en el caso *Kayishema y Ruzindana* afirmó que, si bien un plan específico para destruir un grupo protegido como tal no constituye un elemento constitutivo del genocidio, sería virtualmente imposible cometer genocidio sin el Estado o sin alguna participación indirecta dada la magnitud del crimen, pero que es innecesario que el individuo conozca los detalles del plan genocida o política.[98] En el mismo caso, la Sala de Apelaciones adoptó la posición que se mantendría en las sentencias siguientes, sosteniendo que la existencia de plan constituiría una prueba fuerte de la intención genocida.[99]

---

definía al genocidio como un "plan coordinado de diferentes acciones", lo que ha sido considerado como un reconocimiento de la importancia de una campaña para la configuración del crimen. *Cf.* Kress (2009: 300).

95. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2) (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 121.

96. A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2])*, p. 49.

97. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439.

98. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 94.

99. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 1° de junio de 2000, ICTR-95-1-A, párr. 138.

Esta ambigüedad respecto del elemento contextual responde a que, al analizar la comisión de este tipo de crímenes, es casi imposible separar al individuo del contexto general, ya que estas conductas son, a la vez, de naturaleza colectiva e individual, basadas en una estructura organizacional determinada,[100] es decir, se enmarcan en la llamada "criminalidad sistémica". Esta noción permite identificar vínculos de conexión entre la responsabilidad del individuo y la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio. El contexto provee, además, la narrativa histórica y social o el relato en el que se insertan tales conductas.[101] Los crímenes individuales cometidos de manera aislada de entidades abstractas como el Estado no resultan de interés para la justicia internacional, por lo que autores como Schabas han sugerido que la política estatal como elemento del crimen configura un criterio adecuado para distinguir los crímenes que deben ser investigados y juzgados por tribunales internacionales de los que deberían serlo ante tribunales domésticos.[102]

En este sentido, si para determinar la responsabilidad del individuo se requiere un contexto que tenga en cuenta la acción de un colectivo, entonces resulta difícil pensar su responsabilidad sin incluir un análisis de la conducta del Estado. Así, la criminalidad sistémica permite pensar en la necesidad de atribuir responsabilidad en los diferentes niveles o manifestaciones del sistema,[103] evitando así una compartimentación que resulte en un relato incompleto y logrando una mayor coherencia de la política judicial.[104]

Se trata entonces de reconocer un contexto particular en el que se cometen los crímenes para poder dar cuenta del rol que juegan los individuos y el aparato estatal. Su naturaleza colectiva debe verse reflejada en una dimensión colectiva de la responsabilidad (que no equivale a una responsabilidad colectiva) que vincule al Estado con el individuo.[105]

No obstante, como fuera mencionado, el primer párrafo de la definición, o el *chapeau*, del crimen de genocidio, no incluye ningún elemento de contexto, sino que agrega un requisito subjetivo, el llamado dolo especial. Por ello, podría sostenerse, al menos teóricamente, que una persona, actuando de forma aislada, podría cometer este crimen.[106]

100. Simpson (2009: 71).

101. Koursami (2018: 22).

102. Schabas (2008a: 982). En contra, se ha observado que incorporar un elemento de plan o política de Estado al crimen de genocidio haría casi imposible la aplicación de la Convención de 1948. *Cf.* Travis (2012: 43).

103. Nollkaemper (2009: 3).

104. *Cf.* Schabas (2008a: 972).

105. Gattini (2009: 106).

106. Ello fue reconocido por el TPIY en el caso "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10, párrs. 100-101. Al respecto, véase capítulo 3 de este libro. Cabe agregar que, probablemente en ese caso, el aparato judicial del Estado actuará y no será necesario acudir a una instancia internacional.

Esta situación ha generado una serie de discusiones alrededor de la necesidad de la existencia de un elemento de contexto para establecer jurisdiccionalmente responsabilidad internacional –del Estado o del individuo– por el crimen de genocidio. Como se verá a continuación, las discusiones versan, por un lado, acerca de si, efectivamente, la definición de genocidio requiere un elemento contextual[107] y, por el otro, si, en realidad, ese contexto sirve para probar el dolo especial que sí exige expresamente la definición del crimen.[108]

La existencia de un elemento de contexto fue analizada por diferentes tribunales penales internacionales y por la Comisión Internacional de Investigación de Darfur, quienes llegaron a conclusiones diversas.

Si bien todos ellos trabajaron sobre la base de la misma definición del crimen de genocidio, cabe recordar que la Corte Penal Internacional cuenta, además de su Estatuto, con otro instrumento adoptado por la Asamblea de los Estados Partes, denominado los Elementos de los Crímenes, que, como fuera mencionado en el apartado anterior, incluye dentro de los elementos del crimen de genocidio el requisito de que "la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción".

En el marco de la Comisión Preparatoria de los Elementos de los Crímenes creada por Asamblea de los Estados Partes, Estados Unidos había propuesto que se incluyera que la conducta fuese cometida "con consciencia del progreso de una política sistemática o generalizada, o práctica, con el objetivo de destruir tal grupo".[109] La delegación colombiana rechazó la propuesta por entender que equivalía a incorporar un nuevo elemento a la definición de genocidio que no estaba incluido en la Convención de 1948.[110] Israel, por su parte, señaló que resultaba difícil concebir un caso de genocidio que no fuera llevado a cabo como parte de una política o práctica generalizada y sistemática.[111] Finalmente, como resultado del consenso, los Estados decidieron incluir el elemento de un plan, pero con una formulación más cauta utilizando el término de "pauta manifiesta de conducta similar" –considerada como un elemento cuasicontextual–[112] que, en la práctica, no se diferencia demasiado del elemento contextual propiamente dicho.[113] La Comisión sostuvo que no se requería que la pauta manifiesta de

107. Esta postura ha sido descripta como un modelo basado en una estructura (*structure-based model*). *Cf.* Cupido (2014: 382).

108. Véase capítulo 7 de este libro.

109. PCNICC/1999/DP.4, 1999. Citado en Olásolo, Suárez y López (2019: 441).

110. Koursami (2018: 121).

111. Schabas (2001: 136).

112. Kress (2007: 622). Otros autores han afirmado que "una pauta manifiesta de conducta similar" equivale en la práctica a un plan del Estado o política, *cf.* Schabas citado en Loewenstein & Kostas (2007: 851).

113. Schabas, quien señaló que las diferencias eran meramente semánticas. *Cf.* (2009^2: 251).

conducta similar fuera cometida con intención genocida o de conformidad con un plan genocida, sino que ese elemento se satisfacía cuando un individuo –actuando con la intención de destruir a un grupo protegido– cometiera un asesinato en el curso de una campaña colectiva que entrañase la comisión generalizada de asesinatos.[114] Sin embargo, de los trabajos de la Comisión no surge claramente la razón de dicha inclusión,[115] lo que, como se verá, ha generado problemas interpretativos que no pueden ser resueltos recurriendo a otras disposiciones de la Convención de 1948.

En el ámbito de la responsabilidad penal individual, el contexto puede estar formado por actos u omisiones de personas –no necesariamente identificadas– distintas a la acusada o por circunstancias fácticas.[116]

Como fuera señalado, el TPIR interpretó que la existencia de un plan constituía una prueba fuerte de la intención genocida.[117] Esta posición fue adoptada también por la jurisprudencia del TPIY y por la de las SEEC.[118] Por ejemplo, en el caso *Krstic*, la Sala de Apelaciones revocó la afirmación de la Sala de Primera Instancia a favor de la existencia del requisito de pauta manifiesta de conducta similar y sostuvo que, si bien la participación del autor en un ataque organizado y extensivo contra la población civil puede servir como base probatoria, ni la definición convencional ni la consuetudinaria requieren prueba de que el autor participó de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.[119]

En el marco de la situación en Darfur, analizada por la Comisión de Investigación creada por el Consejo de Seguridad y actualmente bajo examen de la Corte Penal Internacional, se ha discutido el rol del contexto en el establecimiento de la responsabilidad penal individual.

Por un lado, la Comisión Internacional de Investigación analizó si se había cometido genocidio en Darfur de conformidad con un plan o política del Estado como un elemento del crimen.[120] Allí sostuvo que, a pesar de que no había dudas

114. Cupido (2014: 401).

115. Koursami (2018: 121).

116. Koursami (2018:26).

117. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 276.

118. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439; SEEC, Sala de Juicio, "Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, párr. 803.

119. TPIY, Sala de Apelaciones "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223 y 224. Cabe señalar, no obstante, que la fórmula de "ataque sistemático o generalizado contra la población civil" es parte del elemento contextual del crimen de lesa humanidad.

120. *Cf.* Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 519.

respecto de la materialización de algunos de los elementos objetivos del genocidio[121] –en particular, el *actus reus* o elementos objetivos de la matanza, lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo, y el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, y los grupos protegidos por la definición como blancos de las conductas criminales–, el gobierno de Sudán no había llevado a cabo una política de genocidio.[122]

En consecuencia, como fuera observado, si bien la Comisión debía identificar a los supuestos autores de violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, comenzó su análisis del crimen a nivel colectivo, es decir, examinando si el *gobierno* de Sudán había tenido intención genocida, en lugar de empezar por el nivel individual. Su análisis se dirigió a intentar identificar el elemento subjetivo especial en la entidad "gobierno".[123] En este sentido, la Comisión sostuvo que la política de atacar, matar y desplazar forzadamente miembros de ciertas tribus no probaba la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo racial, étnico, nacional o religioso como tal, y que, en realidad, los ataques planificados y organizados sobre pueblos buscaban expulsar a las víctimas de sus hogares con el objetivo principal de la guerra de contrainsurgencia,[124] y con una intención persecutoria y discriminatoria por razones políticas, lo que, en todo caso, podría configurar un crimen de lesa humanidad de persecución.[125]

Sin embargo, la Comisión aclaró que dicha conclusión no excluía la posibilidad de que, en ciertos casos, personas individuales, incluyendo funcionarios gubernamentales, pudieran tener intención genocida, lo que debía ser, en todo caso, analizado por los tribunales competentes.[126]

Esta afirmación da cuenta de la distinción que trazó la Comisión Internacional de Investigación entre la responsabilidad individual por el crimen de genocidio y la responsabilidad del Estado y de la posibilidad de que se determine, al mismo

121. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 507.

122. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 518. Algunos autores han observado que la base jurídica para exigir este elemento no sería tan clara. *Cf.* Shany (2009: 19-20).

123. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 515. Esta posición de la Comisión de enfocarse en la intención genocida del gobierno podría tener el efecto de excluir la responsabilidad del Estado por complicidad, ya que no toma en cuenta que, en esos casos, podría configurarse un elemento subjetivo menos exigente que solo requiera el conocimiento. *Cf.* Loewenstein y Kostas (2007: 854).

124. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 518.

125. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 519.

126. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 520. Al respecto, Abbas se preguntó por qué si la Comisión creía que había casos individuales contra ciertas personas, incluyó en su informe una exculpación sábana del gobierno de Sudán. *Cf.* (2008:909).

tiempo, la comisión de genocidio desde la perspectiva de la responsabilidad del individuo, pero no desde la perspectiva del Estado.

En el ámbito de la Corte Penal Internacional, a la fecha, el único caso que incluye cargos de genocidio es el caso contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ex presidente de Sudan. Sin embargo, como fuera explicado en el capítulo 4, la primera orden de arresto, emitida el 3 de marzo de 2009, había rechazado la solicitud de la Fiscalía de incluir este crimen. En su decisión, si bien la Sala de Cuestiones Preliminares reconoció que la Convención contra el Genocidio de 1948 –cuyo artículo II se repite *verbatim* en el Estatuto de Roma– no exige expresamente un elemento contextual, sostuvo que los Elementos de los Crímenes se basaron en ella para requerir dicho elemento, sin explicar en profundidad la razón para ello.[127]

La Sala afirmó que el requisito de probar que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción implica que el crimen de genocidio solo se completará cuando la conducta relevante presente una amenaza concreta a la existencia del grupo, en parte o en su totalidad.[128] Ello quiere decir que, según la Sala, la protección ofrecida por la norma penal –como mecanismo de *ultima ratio* para preservar los valores más altos de la comunidad internacional– solo podrá ser activada cuando la amenaza se vuelva real y concreta, y no resulte meramente hipotética o latente.

Por lo tanto, a pesar de que la tipificación del crimen de genocidio se encuentra en el artículo 6 del Estatuto de Roma, la Sala incluyó en su análisis un requisito que no figuraba allí, sino en un instrumento pensado como una guía de interpretación que debe ser compatible con el Estatuto, según surge del propio artículo 9. En efecto, como se señaló en la "Introducción" de este libro, el genocidio no requiere ningún tipo de resultado, sino que para su configuración basta con que se pruebe la intención de destruir total o parcialmente un grupo como tal. El requerir que la conducta llevada a cabo con dicha intención constituya una amenaza real y concreta parece ir más allá. Kress ha sugerido que la postura de la Sala podía ser interpretada como una exigencia de que el acusado haya actuado en el marco de una campaña genocida.[129] Si ese fuera el caso, la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares modificaría la intención de los redactores de los Elementos de los Crímenes.[130]

127. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 121.

128. *Idem*, párr. 124.

129. Kress (2009: 300); Kress (2015: 679). En el mismo sentido, Kirsch sostuvo que, para que el deseo de un individuo de cometer genocidio sea realista, debe estar relacionado con el resultado de una actividad colectiva a la que contribuye. Citado en Cupido (2014: 382).

130. Cupido (2014: 401).

Sin embargo, la mayoría de la Sala consideró que ello no entrañaba una contradicción con el artículo 6 utilizando una interpretación teleológica y subrayando que su objeto y fin era fortalecer el principio *nullum crimen sine lege*, ya que así ofrece *a priori* mayor certeza respecto del contenido de la definición de los crímenes[131] y resultaba conteste con el principio de *in dubio pro reo* y la consideración del genocidio como "crimen de crímenes".[132] En consecuencia, en la misma línea que la Comisión Internacional de Investigación, la Sala entendió que, para incluir cargos de genocidio, la Fiscalía debía proporcionar prueba que justificara la existencia de motivos razonables para creer que el *gobierno de Sudán* actuó con dolo especial o intención específica de destruir total o parcialmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa.[133]

En su Opinión Disidente, la jueza Ušacka señaló que, como la tipificación de los crímenes únicamente está incluida en el Estatuto, el argumento relacionado con el principio de legalidad no era aplicable ya que este principio, tal y como está receptado en el artículo 22.2 del Estatuto, solo se refiere a las definiciones de los crímenes.[134] En todo caso, señaló que, si la Sala aceptara el requisito de una pauta manifiesta de conducta similar, el significado ordinario del término "pauta manifiesta", de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, se refería a un patrón sistemático y claro de conducta en el que la alegada conducta genocida tuvo lugar, lo que se configuraba en el caso de Al Bashir.[135] Finalmente, la jueza rechazó también la interpretación de la mayoría relativa a que el genocidio solo se completa cuando la conducta relevante presenta una amenaza concreta a la existencia del grupo, ya que ello convertiría al crimen en un crimen de resultado, contrariamente a lo dispuesto por los Elementos de los Crímenes, en cuanto señalan que la conducta "haya podido por sí misma causar esa destrucción".[136]

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares fue revertida por la Sala de Apelaciones porque consideró que el estándar de prueba fijado –que la existencia de una intención genocida sea la única inferencia posible– implicaba un umbral

131. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 130-131.

132. *Idem*, párr. 133. Al respecto de esta interpretación, véase apartado 1 de este capítulo. Autores como Mettraux han señalado que esta interpretación es ultra vires con relación a la definición del Estatuto de Roma y del derecho internacional consuetudinario. *Cf.* (2019:157).

133. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 206.

134. *Idem*, Opinión Disidente de la jueza Ušacka, párr. 18.

135. *Idem*, párr. 19.

136. *Idem*, nota al pie 26.

de prueba más alto que el exigido por el Estatuto para esa instancia procesal,[137] pero nada dijo acerca del elemento de pauta manifiesta de conducta similar requerido por la Sala de Cuestiones Preliminares.

De todos modos, como consecuencia de la decisión de la Sala de Apelaciones, se dictó una nueva orden de arresto aplicando el estándar de prueba corregido y, por lo tanto, incluyendo cargos de genocidio contra los grupos étnicos identificados por la Fiscalía, por matanza, lesión grave a la integridad física o mental de miembros, y por sometimiento intencional de los grupos a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.[138] En relación con la discusión sobre el elemento de la pauta de contexto, la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que lo requerido por los Elementos de los Crímenes se veía cumplimentado en virtud de que los ataques y actos de violencia cometidos por el gobierno de Sudán contra los grupos Fur, Masalit y Zaghawa fueron de amplia escala, sistemáticos y siguieron un patrón similar de conducta,[139] es decir que lo aceptó como un elemento más de la definición del crimen.

En ambas órdenes de arresto, la Sala afirmó que, si se probaba que Al Bashir, junto con otros oficiales políticos o militares de alto rango, controlaba de forma total el aparato del Estado, usado para dicha campaña, entonces correspondía hablar de la intención genocida del gobierno de Sudán y no de la intención genocida de Al Bashir.[140]

Cabe observar que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional –al igual que la Comisión Internacional de Investigación– parece, además, identificar la existencia de una intención colectiva al referirse a la intención del gobierno de Sudán.[141] Por lo tanto, se advierte que, para determinar el dolo especial del genocidio, la Sala desdibujó la línea que divide la conducta del individuo de la del colectivo al que pertenece.

Si bien la cuestión del elemento subjetivo será analizado en el capítulo siguiente, vale indicar aquí que una posición que busca armonizar la naturaleza colectiva del crimen de genocidio con la ausencia de una mención expresa del elemento contextual en su definición es aquella que sugiere que, en realidad, no se trata de un elemento adicional del crimen, sino de un punto de referencia

137. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Judgment on the Appeal of the Prosecutor against Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 3 de febrero de 2010, ICC-02/05-01/09-73, párr. 33.

138. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94.

139. *Idem*, párr. 16.

140. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 150-151.

141. Kress (2015: 681).

objetivo para la determinación de una intención genocida realista.[142] Kress ha señalado que la única forma de reconciliar los Elementos de los Crímenes con la definición de 1948 es, precisamente, interpretar el elemento de contexto como un requisito de una intención genocida realista.[143] Ello quiere decir que el dolo especial del perpetrador individual requiere una campaña genocida como un punto de referencia implícito, ya que, de otro modo, su intención específica no puede ser realista.[144]

Es posible identificar esta postura en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio. En su sentencia de 2007, la Corte Internacional de Justicia rechazó que el plan o política fuese un elemento de la definición del crimen y, en su lugar, lo utilizó como prueba de la intención genocida, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY.[145] En su sentencia de 2015, la Corte siguió el mismo camino y se refirió a un patrón de conducta como un modo de prueba de la intención genocida.[146]

Por su lado, si bien la responsabilidad del Estado no formaba parte de su mandato, la posición de la Comisión Internacional de Investigación implica que, para determinar dicha responsabilidad, hay que identificar el elemento subjetivo en los líderes de dicho Estado. En la misma línea, Schabas sostuvo que la conclusión de que un Estado cometió genocidio siempre va a depender de la prueba respecto de que sus líderes cometieron dicho crimen, transfiriendo el elemento subjetivo de los individuos al Estado,[147] lo que deja abierto el interrogante respecto de la jerarquía que deben tener las personas cuya intención se transfiere al Estado. En el caso de la Corte Internacional de Justicia de 2007, esta basó sus conclusiones sobre la configuración del dolo especial en condenas penales contra el General Radislav Krstic, comandante del Drina Corps del VRS, y el coronel de la Brigada Bratunac del Drina Corps, Vidoje Blagojevic, es decir, dos militares de alto rango, aunque no ocuparan la posición más alta de las fuerzas armadas involucradas.[148]

Como fue explicado en el capítulo 4, los tribunales penales internacionales también consideraron al contexto como un elemento de prueba de la intención

142. Kress (2009: 299).

143. Kress (2015: 679-680).

144. Kress (2007: 622).

145. Loewenstein & Kostas (2007: 853).

146. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 510.

147. Schabas (2009^2: 444).

148. Cabe recordar que, en el momento de la sentencia, el TPIY aún no había dictado sentencia contra los dos acusados de rangos más altos, el General Radko Mladic, jefe del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio, y Radovan Karadzic, presidente y comandante supremo del VRS. Por lo tanto, surge el interrogante respecto de si la prueba analizada en dichas sentencias hubiera sido suficiente para establecer la responsabilidad de Serbia ante la Corte Internacional de Justicia.

genocida.[149] Esta posición parece distinguir entre los elementos constitutivos de un crimen como el genocidio de aquellos elementos necesarios para probar la configuración de dicho crimen,[150] relativos a uno de los elementos jurídicos, como la intención genocida.

Así, si bien la definición del genocidio aplicada en los casos de responsabilidad individual y estatal es la misma y no incluye expresamente un elemento de contexto, de la jurisprudencia examinada en los capítulos 3 y 4 surge que este, en la forma de plan o política genocida, ha sido incluido en el análisis y que, por lo tanto, aunque no como un elemento formal, debe ser tenido en cuenta a los fines de la determinación de la responsabilidad internacional, tanto del Estado como del individuo.

3. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional por el crimen de genocidio

La dualidad de responsabilidades del derecho internacional en materia de genocidio requiere reflexionar sobre las consecuencias de su comisión previstas en ambos regímenes. En este punto, la matriz de una fragmentación secundaria se complejiza, pues, desde una perspectiva filosófica, se suele decir que la responsabilidad del Estado tiene consecuencias reparatorias, mientras que las de la responsabilidad del individuo son punitivas,[151] es decir, están concebidas con objetivos diferentes.

El artículo I de la Convención contra el Genocidio establece que los Estados tienen el deber de sancionar la comisión de dicho crimen, lo que, leído en conjunto con la obligación del capítulo V de "establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los

149. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment*, 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439.

150. Koursami (2018:24).

151. Nollkaemper (2006: 69); Werle y Jessberger (20143: 44). Estos dos autores también señalan que las sanciones por responsabilidad penal individual pueden tener naturaleza preventiva. Sin embargo, cabe observar que el desarrollo del derecho internacional penal ofrece hoy un ejemplo de cruce entre ambos fundamentos: el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que "la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación". Ver *infra* en este apartado,

actos enumerados en el artículo III", ha sido vinculado a la responsabilidad internacional penal de los individuos.

Sin embargo, el término "sanciones" ha sido utilizado en derecho internacional de diferentes maneras y puede reflejar diversos significados. Se trata de una noción que ha sido considerada como un elemento esencial o, al menos, una condición de su efectividad, de un ordenamiento jurídico.[152] Este concepto describe los mecanismos para aplicar y garantizar (de manera coercitiva) el cumplimiento de las normas jurídicas, es decir, las consecuencias jurídicas de la violación de una obligación internacional.[153] De forma más restringida, Abi-Saab las ha definido como medidas coercitivas adoptadas para la ejecución de la decisión de un órgano competente para actuar en nombre de una comunidad, reguladas por el sistema jurídico.[154]

Los Artículos de la CDI no contienen el término "sanciones", sino que, en su lugar, frente a la determinación de la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, se establecen consecuencias jurídicas en la forma de nuevas obligaciones para el Estado responsable, como la de poner fin a dicho hecho, ofrecer garantías de no repetición y otorgar reparaciones. No obstante, en los Comentarios al Proyecto elevado a la Asamblea General, la CDI sí menciona el concepto de sanciones al referirse a la discusión en materia de contramedidas incluidas en el artículo 22. Allí observó que dicho concepto "se ha utilizado para las medidas adoptadas de conformidad con el instrumento constitutivo de algunas organizaciones internacionales, en particular con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a pesar de que en la Carta se usa el término 'medidas' y no 'sanciones'".[155] En este sentido, cabe observar que el término "sanciones" ha sido utilizado en la práctica por el Consejo de Seguridad que, *inter alia*, lo ha usado en sus resoluciones y en la denominación de algunos órganos subsidiarios.[156] Por lo tanto, el término puede ser utilizado en el contexto de una acción colectiva de una organización internacional, como también, aunque menos frecuentemente, como sinónimo de una acción unilateral de contramedidas.[157]

En este marco, la responsabilidad internacional clásica del Estado no establece sanciones, sino una obligación de reparar. El uso del término "sanción", al igual que la noción de crimen de Estado, puede crear dudas respecto de su naturaleza y generar, automáticamente, una comparación con el derecho penal interno. Así, por ejemplo, el TPIY ha señalado que, en derecho internacional, los Estados no

152. Pellet y Miron (2013: 1).
153. Gowland-Debbas (2012: 226). De manera similar Beaucillon (2021: 6).
154. Citado en Pellet y Miron (2013: 8).
155. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 80.
156. Gowland-Debbas (2012: 238-239).
157. Pellet y Miron (2013: 10).

pueden estar sujetos a una sanción similar a aquellas previstas en los sistemas de justicia penal nacionales.[158]

En consecuencia, por fuera de las acciones del Consejo de Seguridad, en el ordenamiento internacional, en lugar de sanción, suelen utilizarse frases como la aplicación del derecho internacional ("*enforcement*") como respuesta a una violación de normas internacionales.[159]

En materia de derecho internacional penal, el uso del término "sanción" no genera prácticamente discusión debido a que puede ser equiparado a las penas que fijan los tribunales penales internacionales, como la privación de libertad, las multas o el decomiso de bienes.[160] Sin embargo, cabe observar que el desarrollo del derecho internacional penal ha acercado las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del individuo a la naturaleza reparatoria de las del Estado. A modo de ejemplo, cabe mencionar el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que dispone que "la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación". De esta manera, el Estatuto utiliza un vocabulario similar al de los Artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado, aunque, en esta instancia jurisdiccional, es la persona condenada quien deberá hacerse cargo de las reparaciones.

Esta disposición representa, sin dudas, un punto de contacto entre ambos regímenes en el sentido de que la responsabilidad penal del individuo adopta un perfil más restaurativo y reparatorio, cercano al de la responsabilidad del Estado.

De hecho, este vínculo se pudo advertir en la jurisprudencia de la propia Corte Penal Internacional. En la primera decisión sobre reparaciones dictada luego de la condena a Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia desarrolló los principios y procedimientos para esa instancia, en la que incluyó varias referencias a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en particular, de la Corte Interamericana. Admitió que, si bien la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos se refiere a la responsabilidad de los Estados y a su obligación de brindar reparaciones, los conceptos generales relativos a las reparaciones pueden ser considerados directrices útiles en el marco de la Corte Penal Internacional.[161]

Cabe señalar que la Sala de Apelaciones adoptó una posición más restrictiva al respecto ya que hizo particular hincapié en que, como las decisiones de los

158. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Tihomir Blaskic", *Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, 29 de octubre de 1997, IT-95-14-ARI08bis.

159. Lang Jr. (2011: 112).

160. Véase, por ejemplo, artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

161. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia, "Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo", *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 186.

tribunales de derechos humanos no adjudican reparaciones contra una persona física, sino contra un Estado, sus decisiones solo pueden tener un rol limitado como guía.[162] A pesar de esta posición, esta hizo mención al caso *Masacre del Plan de Sánchez* para fundamentar las reparaciones colectivas cuando los casos involucraban a crímenes de masa y de una gran cantidad de víctimas.[163] En una de sus órdenes de reparaciones más recientes, la Corte volvió a referirse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, confirmando de este modo el cruce entre ambos sistemas.[164]

Si bien la Corte Penal Internacional no tiene competencia para determinar la responsabilidad del Estado, algunas de las medidas reparatorias ordenadas por este tribunal podrían requerir la participación activa del Estado. Esto ha sido reconocido por la Corte al señalar que los Estados tienen la obligación de cooperar plenamente y no obstaculizar la realización de las órdenes de reparación.[165]

3.1. Consecuencias jurídicas para el Estado responsable de cometer genocidio. Las medidas previstas por los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional

Como fuera señalado en el capítulo 2, uno de los argumentos más invocados en contra de imponer responsabilidad de tipo colectiva por la comisión de un crimen se vincula con el riesgo de que el castigo que se imponga impacte en aquellos que individualmente no son responsables, lo que podría generar efectos negativos; por eso, se elige "sacrificar" a un individuo para que el grupo, es decir, el Estado, pueda continuar.[166] Así, en el marco de la responsabilidad de los Estados por la comisión de crímenes internacionales, podría pensarse que si, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hubiera declarado a Serbia como un Estado

162. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, "Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo", *Judgment* on the appeals against the '*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations' of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, 3 de marzo de 2015, ICC-01/04-01/06-3129, párrs. 127 y 128.

163. *Idem*, párr. 166.

164. Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia, "Fiscal vs. Bosco Ntaganda", *Reparations. Order*, 8 de marzo de 2021, ICC-01/04-02/06-2659, párrs. 40, 42, 51, 60, 61, 70-73, 83, 94, 99, 102, 211.

165. *Idem*, párrs. 102 y 225. En este último párrafo, la Corte observó que un borrador del Estatuto de Roma disponía que la Corte podía obligar al Estado a otorgar reparaciones, pero que ello no fue incluido en la versión final adoptada en 1998.

166. Nollkaemper (2010: 326). Sin embargo, cabe observar que, si bien el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg rechazó la noción de responsabilidad colectiva y solamente juzgó responsabilidades individuales, lo cierto es que luego de finalizado el conflicto armado, Alemania fue desmilitarizada, ocupada y dividida en cuatro por las potencias ocupantes lo que, en sí mismo, se asimila a una verdadera sanción. *Cf.* Bellivier, Eudes y Fouchard (2018: 230).

responsable de la comisión de genocidio, ello podría haber causado una reacción nacionalista que habría puesto en peligro el proceso de paz en la región.[167] Al pensar en la imposición de sanciones contra un Estado por un crimen se podría correr el riesgo de estigmatizarlo y desviarlo de su camino hacia la reintegración a la comunidad internacional o, en un lenguaje similar al del derecho penal, evitar su rehabilitación. En esta línea, incluso desde una perspectiva discursiva, pareciera que afirmar que un Estado cometió un crimen entraña un peso valorativo mayor al que conlleva afirmar que cometió un hecho internacionalmente ilícito grave.[168] En este sentido se manifestó el Relator Especial Crawford, afirmando que, en caso de que se estableciera un sistema de responsabilidad estatal por crímenes internacionales, se debería prever la posibilidad de que el Estado purgue su culpa para evitar que el estigma de criminalidad se mantenga en las generaciones futuras.[169] Desde esta perspectiva, aun cuando no se impongan consecuencias penales a los Estados, el estigma de una condena por genocidio puede generarle diversas consecuencias, incluidas pérdidas financieras.[170]

Resulta interesante recordar que, durante el trabajo de la CDI, el Relator Especial Ago observó que habían sido autores de derecho penal quienes habían propuesto la adopción de un código de las violaciones más graves del derecho internacional donde se establecieran las sanciones a los Estados, que iban desde una pena pecuniaria hasta la ocupación del territorio y, en última instancia, la pérdida de la independencia, todo ello sujeto a la creación de un tribunal penal internacional encargado de aplicar dichas sanciones.[171] Es decir, habían propuesto llevar la lógica del derecho penal y de la responsabilidad individual al ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. Algunas de esas propuestas hoy no son factibles de ser aplicadas porque contrarían principios de las Naciones Unidas reconocidos en la Carta y en la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Res. AG 2625/XXV),[172] pero otras, como las multas y la confiscación de propiedad aún son mantenidas en la actualidad con el fin de garantizar asistencia a las víctimas de graves violaciones de normas imperativas por parte de los Estados en el contexto

167. Luban (2011: 89).

168. Jørgensen (2000: 185).

169. Hablar de crimen internacional presenta una carga simbólica mayor que grave violación a una norma imperativa. *Cf.* Jørgensen (2000: 184-185).

170. Schabas (2007a: 108).

171. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1])*, p. 48. Véase también Jørgensen (2000: 174).

172. Jørgensen (2000: 184).

de un proceso de justicia transicional[173] que no excluya al Estado como sujeto responsable, con agencia,[174] diferente de su población.[175]

Sin embargo, no se trata de establecer una sanción o castigo colectivo o de asimilar el castigo a las penas previstas en el derecho penal, sino de un proceso de rendición de cuentas del Estado por su participación en crímenes internacionales.[176] Ello quiere decir que debería desarrollarse un régimen que contenga consecuencias jurídicas distintas para los casos de responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio que se diferencie del régimen tradicional y que se acerque al régimen de la responsabilidad individual sin por eso adoptar una naturaleza de tipo exclusivamente penal.

El sistema tradicional de responsabilidad del Estado dispone la obligación de reparar integralmente los efectos de un hecho internacionalmente ilícito.[177] De acuerdo con los Artículos de la CDI, los modos de reparación pueden incluir la compensación, la restitución o la satisfacción.[178] Las garantías de no repetición aparecen en una disposición distinta, como una obligación por fuera de las reparaciones.[179] Sin embargo, como se verá, la jurisprudencia de tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos la considera como una medida de reparación. Este tipo de reparaciones resulta esencial en casos de crímenes internacionales, pues pueden estar orientadas a modificar las estructuras del Estado que permitieron tales hechos ilícitos.[180]

Como fuera desarrollado en el capítulo 1, en su Informe de 1995 (que aún contenía la referencia a crímenes y delitos de Estado propuesta por Ago), el Relator Especial Arangio-Ruiz propuso que una de las consecuencias jurídicas diferentes que podrían surgir en los casos de crímenes internacionales sería que las únicas restricciones o límites que se podrían imponer a las medidas repara-

173. Anderson (2016: 89).

174. Vernon (2011: 289). Por "agencia" se hace referencia a la capacidad de tomar decisiones.

175. Fletcher (2016: 526). Sin embargo, hay autores que sostienen que, cuando las atrocidades masivas cometidas desde el Estado gozan del apoyo de una parte sustancial de su población, es adecuado que sus ciudadanos deban cargar con los costos de su reparación, en particular, cuando se trataba de un régimen democrático. *Cf.* Osiel (2005: 1841), quien ofrece el ejemplo de Serbia durante el conflicto de la ex Yugoslavia.

176. Fletcher (2016: 457).

177. En uno de los casos clásicos en la materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que el principio esencial contenido en la noción actual de hecho ilícito es que la reparación debe, dentro de lo posible, borrar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que hubiese existido, probablemente, de no haberse comedio el hecho. *Cf.* Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case concerning the Factory at Chorzow* (Alemania vs. Polonia), sentencia del 13 de septiembre de 1928, Merits, Serie A, N.º 17, p. 47.

178. Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/56/83, anexo artículo 34.

179. Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/56/83, anexo artículo 30.

180. Fletcher (2016: 512). Este autor considera que este tipo de reparaciones transmiten el oprobio de la comunidad internacional frente a las conductas del Estado y pueden ser asimiladas a una sanción penal individual. *Cf.* (2016: 510).

torias impuestas en esos casos fueran aquellas relacionadas con la continuidad de la existencia del Estado, su independencia y su integridad territorial o con las necesidades básicas de naturaleza física o moral de su población.[181] En ese sentido, consideró adecuada la imposición de reparaciones vinculadas con, por ejemplo, la derogación de legislación que entrañase discriminación o segregación racial, la celebración de consultas populares como elecciones libres o plebiscitos, la restauración de derechos y libertades fundamentales, el desmantelamiento de plantas peligrosas para el medio ambiente y el cumplimiento del principio *aut dedere aut judicare* en relación con las personas acusadas de cometer *delicta juris gentium*.[182]

Sin embargo, en los Artículos finalmente adoptados por la CDI relativos a las reparaciones no se incluye ninguna diferencia entre los tipos de obligaciones violadas. El régimen previsto para la responsabilidad agravada en los artículos 40 y 41 tampoco menciona ninguna consecuencia concreta en la materia, sino solamente obligaciones adicionales para terceros Estados. Si se acepta la existencia de conductas estatales más graves que otras, sea que se denominen crímenes internacionales o hechos internacionalmente ilícitos que violen gravemente normas de *ius cogens*, ¿qué tipo de consecuencias serían entonces adecuadas para el Estado que las cometa?

En su Opinión Disidente en el caso de la Convención contra el Genocidio de 2015, el juez Cançado Trindade sostuvo que, en supuestos que involucraran la comisión de crímenes como el genocidio, el principio establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzow,* la *restitutio in integrum,* resultaba de imposible aplicación respecto de las víctimas fatales y que, por lo tanto, las reparaciones solo podían buscar aliviar el sufrimiento de las víctimas sobrevivientes.[183] En consecuencia, además de una reparación en la forma de un reconocimiento declarado judicialmente, se podía disponer otro tipo de medidas que tendieran a la reconciliación de la comunidad afectada, como, por ejemplo, la identificación y devolución de los restos de las víctimas a su familia.[184]

La práctica de la Corte Internacional de Justicia no presenta un gran desarrollo de los artículos de la CDI en materia de reparaciones. Hay solo unos pocos casos en los que estos fueron discutidos. Por ejemplo, en el caso de las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, en el que la Corte declaró viola-

181. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 10.

182. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 11.

183. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 475.

184. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 493.

ciones que afectaron tanto al Estado como sujeto, como a personas individuales (uso ilegal de la fuerza, violación de la soberanía y de la integridad territorial, intervención militar, ocupación de parte del territorio, violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, saqueo y explotación de recursos naturales),[185] delegó a las partes –a pedido de ellas– la negociación y determinación de las medidas reparatorias adecuadas.[186] Sin embargo, debido a que los Estados no llegaron a un acuerdo, luego de casi diez años, en julio de 2015, la Corte decidió recomenzar el procedimiento en relación con la cuestión reparatoria.[187] El juez Cançado Trindade observó que la Corte debió haber fijado un límite de tiempo para las negociaciones de las partes y consideró que en casos en los que estén involucradas graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la Corte no debería dejar la cuestión de las reparaciones a las partes.[188] El 9 de febrero de 2022 (casi 17 años después de la sentencia de fondo), la Corte Internacional de Justicia dictó su decisión en materia de reparaciones. Si bien el caso no versaba sobre la comisión del crimen de genocidio (y en algunos pasajes la Corte se encargó de diferenciarlo expresamente), los hechos del caso representaban, en palabras de la Corte, una situación trágica y compleja que había causado gran sufrimiento a la población local y desestabilizado la región, por lo que podría afirmarse que algunos conceptos desarrollados en la mencionada decisión en materia de reparaciones podrían aplicarse en casos relativos a la Convención de 1948,[189] como se verá más adelante.

3.2. Las consecuencias de la comisión del crimen contra el genocidio en la Convención de 1948

La Convención contra el Genocidio no incluye ninguna disposición relacionada con las reparaciones. Sin embargo, el trabajo hecho por el grupo de expertos convocado por la Secretaría de las Naciones Unidas en 1947 incluía en el artículo XIII una referencia a la cuestión, denominada, precisamente "Reparaciones para las Víctimas del Genocidio". Este borrador disponía que, cuando el genocidio

185. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), cit., párr. 259.

186. *Idem*, párr. 261.

187. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), Orden del 1° de julio de 2015, *I.C.J. Reports 2015*, p. 580.

188. *Idem*, Declaración del juez Cançado Trindade, párrs. 3-4.

189. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Armed activities on the territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párr. 49.

fuera cometido en un Estado por el gobierno o por sectores de la población, y el gobierno no hubiera podido resistir, el Estado debía otorgar a los sobrevivientes del grupo humano víctima del genocidio una reparación de naturaleza y monto a ser determinada por las Naciones Unidas.[190] El comentario a dicho borrador indicaba que las poblaciones son, en cierta medida, responsables por los crímenes cometidos por sus gobiernos, que hubieran aprobado o que hubieran permitido que ocurran. Al respecto, aclaraba que la naturaleza de la responsabilidad del Estado no era penal, sino civil, pues entrañaba la obligación de reparar a las víctimas del genocidio. Entre los tipos de reparaciones, incluyó las compensaciones pecuniarias a las familias de las personas fallecidas o por otras violaciones, como la detención, el maltrato o la deportación, la restitución de los bienes incautados, u otros beneficios, como una vivienda o una beca escolar. El comentario también preveía reparaciones para el grupo atacado como tal, como la reconstrucción moral, artística y cultural (monumentos, bibliotecas, universidades, templos, etc.) y la compensación pecuniaria de necesidades colectivas.[191]

El hecho de que el texto finalmente adoptado en 1948 no contenga ninguna mención a las reparaciones dejó abiertos varios interrogantes que, como se examinará, la Corte Internacional de Justicia no pudo resolver.

Por otro lado, la Convención contiene una mención a la posibilidad de recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que tomen medidas para la prevención y represión del crimen. El artículo VIII de la Convención dispone que "[t]oda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III". En este sentido, el Consejo de Seguridad podría determinar la comisión del genocidio y ordenar alguna medida que podría ser leída como una sanción o como una reparación y, de esta forma, jugar un rol en la aplicación del régimen de responsabilidad de los Estados.[192]

Por ejemplo, en varias resoluciones referidas al conflicto en la ex Yugoslavia, el Consejo analizó el primer elemento de la responsabilidad (la violación de una norma internacional) condenando las violaciones sistemáticas y masivas

190. UN Doc. E/447. El original en inglés decía: "*When genocide is committed in a country by the government in power or by sections of the population, and if the government fails to resist it successfully, the State shall grant the survivors of the human group that is a victim of genocide redress of a nature and in an amount to be determined by the United Nations*".

191. UN Doc. E/447.

192. White (2009: 317). Aunque, como fuera observado por el Relator Especial de la CDI Arangio Ruiz, el Consejo de Seguridad no tiene capacidad de realizar una determinación de naturaleza jurídica y toma decisiones sobre la base de consideraciones de tipo políticas o extrajurídicas, sin necesariamente adoptar criterios uniformes para todas las decisiones. Véase capítulo 1, apartado 4.1 de este libro.

a los derechos humanos.[193] En las situaciones de Somalia, Ruanda y Sudán, el Consejo también condenó las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y, en relación con la situación en Ruanda, utilizó el término "genocidio" por primera vez, señalando la violación de la Convención de 1948.[194] Las resoluciones del Consejo de Seguridad también han versado sobre el elemento de atribución de responsabilidad. Por ejemplo, en la Resolución 731, referida a la controversia sobre el ataque al avión de Pan American Airlines que cayó en Lockerbie, Escocia, el Consejo de Seguridad, sobre la base de una referencia a ciertos "documentos del Consejo", lo atribuyó a "funcionarios del gobierno libio".[195]

En cuanto a las reparaciones, frente a la determinación de crímenes internacionales, el Consejo ha llamado al cese de las violaciones de derecho internacional o ha solicitado la creación de un mecanismo de compensación,[196] siguiendo la lógica de los Artículos de la CDI.[197]

Sin embargo, la aplicación concreta y expresa del artículo VIII de la Convención contra el Genocidio ha sido bastante escasa,[198] entre otras cosas, porque la actuación del Consejo de Seguridad refleja en mayor medida la "*Realpolitik*" que criterios jurídicos.[199] De hecho, cuando el Consejo de Seguridad ha utilizado sus poderes del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en relación con la determinación de la responsabilidad penal individual, creando tribunales penales *ad hoc* para los casos de la ex Yugoslavia, Ruanda y Líbano y a través de la facultad que le otorga el artículo 13.b del Estatuto de la Corte Penal Internacional para remitirle al Fiscal una situación en la que parezcan haberse cometido crímenes de su competencia, no mencionó expresamente el artículo VIII de la Convención de 1948. No obstante, la creación de los mencionados tribunales penales internacionales o la remisión de una situación a la Corte Penal Internacional pueden ser leídos dentro de este artículo, como una medida de represión de actos de genocidio.

La primera vez que se discutieron ante la Corte Internacional de Justicia las consecuencias de la violación de la Convención contra el Genocidio fue en el caso de *Bosnia Herzegovina vs. Serbia*. Sin embargo, como la Corte no atribuyó responsabilidad a Serbia por la comisión de genocidio, finalmente se trató de

193. Gowland-Debbas (2012: 243).

194. Gowland-Debbas (2012: 243). Véase, por ejemplo, Consejo de Seguridad, Res. S/935 (1994), 1° de julio de 1994.

195. Consejo de Seguridad, Res. S/931, 21 de enero de 1992. Véase Gowland-Debbas (2012: 247).

196. Como ejemplo puede mencionarse la determinación de la responsabilidad de Irak, en la Res. S/687, 3 de abril de 1991. *Cf.* Gowland-Debbas (2012: 256).

197. Nollkaemper (2010: 350).

198. Webb (2012: 126).

199. Pellet (2001: 110).

fijar las reparaciones por la violación de las obligaciones de prevenir y sancionar el genocidio.

En su presentación, Bosnia Herzegovina había solicitado a la Corte que ordenara la reparación de las consecuencias de los hechos internacionalmente lícitos, a través del pago de una compensación completa ("*full compensation*") por los daños y pérdidas causados a sus ciudadanos; la adopción de pasos efectivos para asegurar el cumplimiento de la obligación de Serbia de sancionar los actos de genocidio y transferir los individuos acusados de genocidio al TPIY y cooperar con dicho tribunal; y el ofrecimiento de garantías de no repetición a ser determinadas por la Corte. No obstante, como observó la propia Corte, esas alegaciones habían sido hechas en relación con la violación de la obligación de no cometer genocidio ni ninguno de los actos del artículo III, lo que no había sido establecido en el caso, y no respecto de la violación de los deberes de prevención y sanción,[200] que son las obligaciones que la Corte declaró conculcadas en el caso.

A los efectos de determinar las reparaciones debidas, la Corte reconoció que en el caso resultaba inapropiado ordenar la eliminación de las consecuencias del hecho ilícito y el restablecimiento la situación anterior, de conformidad con el principio básico en la materia desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzow* y receptado en el artículo 31 de los Artículos de la CDI. Por lo tanto, sostuvo que debía determinar cuáles eran las consecuencias de las violaciones cometidas por Serbia y el daño que ello había causado.[201]

En la sentencia de 2007 la Corte observó que, a los fines de fijar las reparaciones, debía determinar si existía un nexo causal suficiente entre el hecho ilícito de Serbia y los daños sufridos por Bosnia Herzegovina. Dicho nexo solamente sería establecido si la Corte era capaz de concluir del caso en su conjunto y con un grado suficiente de certeza que el genocidio habría sido evitado si Serbia hubiera actuado de conformidad con su obligación de prevención. En este sentido, la Corte sostuvo que, si bien dicho Estado tenía medios significativos para influenciar a las autoridades militares y políticas bosnio-serbias, no había sido probado que en el contexto específico ello resultara suficiente para alcanzar el resultado buscado. Por lo tanto, en virtud de la imposibilidad de probar el nexo causal entre la violación de la obligación de prevención y el daño resultante del genocidio, consideró que una compensación pecuniaria no era una forma adecuada de reparación.[202]

200. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 459.

201. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 460.

202. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 462.

Esta afirmación de la Corte ha sido criticada debido a que no existe un solo estándar de derecho internacional en materia de relación causal, sino que cada tribunal tiene discrecionalidad para elegir cuál aplicar[203] y que, además, la Corte no citó ninguna fuente en apoyo de su afirmación.[204] En este sentido, al requerirle a Bosnia Herzegovina que probara con certeza una conexión clara y directa entre la omisión y el genocidio, le impuso una excesiva carga de la prueba exclusivamente en materia de compensación pecuniaria, lo que puede ser leído como una distinción entre las diferentes medidas reparatorias.[205]

Por su lado, los Artículos de la CDI tampoco ofrecen criterios claros al respecto.[206] El artículo 31 se limita a establecer que "[e]l perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, *causado por* el hecho internacionalmente ilícito del Estado" (subrayado agregado). En sus comentarios, la CDI manifestó que "el requisito del nexo causal no es necesariamente el mismo en relación con todas las violaciones de una obligación internacional", agregando que debe tratarse de un nexo causal suficiente que no sea demasiado remoto.[207] Para cumplimentar el requisito de la suficiencia del nexo causal, el daño debería surgir del hecho ilícito como parte de una secuencia natural.[208]

En el caso se trataba de establecer una relación causal entre un resultado y una omisión (la prevención del genocidio), lo que es particularmente difícil, pues debe basarse en factores hipotéticos o contra fácticos. Sin embargo, la Corte eligió rechazar cualquier tipo de nexo, reduciendo el alcance real que puede tener la determinación de la violación del deber de prevención.[209] De hecho, planteó dos umbrales de prueba diferentes, uno para la determinación de la violación del deber de prevención (no es necesario probar de modo concluyente el conocimiento del riesgo por parte del Estado más allá de toda duda razonable)[210] y otro para el establecimiento del nexo (debe probarse el nexo de manera cierta y directa).[211]

En su reciente decisión de 2022 del caso de las *Actividades Armadas en el Congo*, la Corte volvió a referirse a la cuestión del nexo entre la conducta del Estado y el daño sufrido. Si bien, como fuera aclarado, el caso no versó sobre el crimen de genocidio, la gravedad de los hechos que conformaron la plataforma fáctica es asimilable a una situación de genocidio. La Corte se refirió a la comisión de

203. Pinton (2018: 301).
204. Milanovic (2007a: 689).
205. Pinton (2018: 302).
206. Gattini (2007b: 708).
207. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 99.
208. Castellanos-Jankiewicz (2012: 46).
209. Gattini (2007b: 709).
210. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.
211. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 462.

crímenes internacionales que fueron también analizados por la Corte Penal Internacional en los casos *Lubanga* y *Katanga*[212] que compartían parte de la plataforma fáctica de la controversia. En dicha decisión reiteró algunos conceptos vertidos en la sentencia de 2007, como, por ejemplo, que el nexo causal requerido puede depender de la norma primaria violada y de la naturaleza del daño sufrido.[213] Si bien la Corte Internacional de Justicia diferenció esa disputa de los casos sobre la Convención contra el Genocidio porque allí se no trataba de una situación de ocupación como en el caso de la República Democrática del Congo,[214] algunas nociones pueden ser aplicadas a casos en los que se discuta la comisión sistémica del crimen de genocidio en los que, debido a la gran cantidad de víctimas, no es necesario identificarlas de manera individual para determinar los daños para fijar las reparaciones, que pueden ser determinadas de manera global sobre la base de consideraciones de equidad y sobre la base de un estándar de prueba menos riguroso, siempre y cuando no haya dudas respecto de que el hecho internacionalmente ilícito hubiera causado daño probado.[215]

Como en el caso de Bosnia Herzegovina no se pudo probar el nexo causal, no se ordenó una reparación compensatoria, sino que la Corte consideró que la forma de reparación apropiada era una medida de satisfacción, que entendió cumplimentada con la declaración en la sentencia de la responsabilidad de Serbia por la violación de la obligación de prevención del genocidio,[216] apoyándose en el hecho de que el representante de Bosnia Herzegovina había manifestado que una declaración respecto del incumplimiento del deber de prevención resultaba adecuada.[217] Esta decisión ha sido criticada porque, sin más fundamento que la referencia a la presentación del Estado demandante y al asunto del "Canal de Corfú" que, en realidad, no puede equipararse al caso de la Convención contra el Genocidio,[218] la Corte decidió las reparaciones en un caso trascendental que

212. Cabe señalar, además, que, en ese caso, la Corte realizó una distinción entre las violaciones ocurridas en el territorio de la República Democrática del Congo que estuvo ocupado militarmente por Uganda y en otras áreas. En el área ocupada, la Corte consideró que, como potencia ocupante, Uganda tenía la obligación de monitorear y prevenir violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por otros actores presentes en el territorio. Por lo tanto, a fin de sostener que un daño no había sido causado por el incumplimiento de Uganda de dichas obligaciones, este Estado tenía la carga de probar lo contrario, es decir, en casos de ocupación se presume el nexo entre el daño y la conducta. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Armed activities on the territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párr. 78.

213. *Idem*, párr. 93.

214. *Idem*, párr. 96.

215. *Idem*, párrs. 106-107.

216. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 463.

217. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 463.

218. Tomuschat (2007: 910).

se litigó durante 14 años de manera muy restringida, sin utilizar las posibilidades que le otorga el derecho internacional. Sin dudas, perdió la oportunidad de desarrollar en su jurisprudencia un tema que, de hecho, había sido examinado en detalle por las cortes regionales de derechos humanos.[219]

En segundo lugar, respecto de las reparaciones resultantes de la violación del deber de sancionar el crimen de genocidio, la Corte afirmó que resultaba suficiente una declaración en la parte dispositiva de la sentencia de que Serbia debía cumplir con las solicitudes de cooperación con el TPIY, en particular, con respecto a la entrega del General Ratko Mladic.[220] De esta forma, la Corte combinó la medida reparatoria de la satisfacción con una aplicación de la obligación de cesar en el hecho ilícito prevista por los Artículos de la CDI, lo que, en el caso, la llevó a vincular la responsabilidad del Estado con la responsabilidad del individuo, como una manifestación de las consecuencias de la dualidad de responsabilidades.

Finalmente, en un sentido similar, la Corte consideró adecuado realizar una declaración en la parte dispositiva de la sentencia respecto del incumplimiento por parte de Serbia de las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal en 1993.[221] Las declaraciones, votos separados y votos disidentes no hicieron mención del tema de las reparaciones.

A pesar de que la ausencia de una determinación de la violación de la obligación de no cometer genocidio limitó las posibilidades de la Corte de otorgar reparaciones, lo cierto es que, frente a la gravedad de los hechos, incluso considerando solamente la violación de los deberes de prevención y sanción, la Corte podría haber ordenado reparaciones colectivas que apuntaran a una justicia de tipo restaurativa, como, por ejemplo, el financiamiento de programas para el beneficio de los sobrevivientes y de los familiares de las víctimas, la creación de centros de documentación y otras medidas destinadas a la memoria de los hechos.[222] Es en este aspecto donde se aprecia la falta de adecuación de la práctica de la Corte en materia de reparaciones por graves violaciones a normas imperativas de derecho internacional, lo que, a su vez, también responde a la limitada regulación que en esa materia ofrecen los Artículos de la CDI. Como se verá a continuación, la Corte Internacional de Justicia podría haberse apoyado en la práctica de tribunales regionales de derechos humanos que presentan una jurisprudencia mucho más rica en materia de reparaciones.

219. Tomuschat (2007: 911). Cabe señalar, no obstante, que ha sido observado que una sentencia declarativa de responsabilidad en la forma de satisfacción como medida reparatoria puede ser concebida como una sanción, es decir, como la condena de un hecho internacionalmente ilícito por una tercera parte imparcial de reconocida autoridad, que tiene el efecto de castigar y disuadir. *Cf.* Mcintyre (2016: 183).

220. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 465-466.

221. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 469.

222. Gattini (2007b: 711); Pinton (2018: 304).

3.3. Los daños punitivos en el derecho internacional

En razón de la ausencia de una regulación específica y de una guía de la Corte Internacional de Justicia en materia de reparaciones de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional, se han sugerido diferentes tipos de medidas, entre las que se ha incluido la imposición de daños punitivos, también llamados "daños ejemplares" o "daños sancionatorios". En el ámbito del derecho privado, han sido definidos como "sumas otorgadas más allá de los daños compensatorios o nominales, generalmente debidos a una conducta particularmente grave por parte del responsable".[223] Esto quiere decir que los daños punitivos tienen naturaleza pecuniaria e implican un excedente con respecto a la reparación del daño efectivamente causado.

La existencia de daños punitivos en el derecho internacional ha sido discutida con respecto a la noción de crímenes internacionales, pero en su Informe de 1998, el Relator Especial Crawford observó que no existían ejemplos de ello en la jurisprudencia internacional.[224] En la decisión de 2022 del caso *Actividades Armadas en el Congo*, la Corte reafirmó que las reparaciones debidas a un Estado son de naturaleza compensatoria y no deben tener carácter punitivo.[225]

En contra, Cançado Trindade observó que la figura de daños punitivos existe en la jurisprudencia nacional y en algunos casos internacionales de arbitraje y que, por lo tanto, los daños punitivos podían concebirse como obligaciones de hacer, tanto de naturaleza compensatoria como punitiva.[226] De hecho, en la sentencia de 2015 del caso de la Convención contra el Genocidio, el juez señaló que las atrocidades cometidas en el conflicto de la ex Yugoslavia fueron de tal carácter que dejaron a las víctimas en una situación de extrema vulnerabilidad, casi indefensión, lo que constituía una circunstancia agravante.[227] Ello recuerda el lenguaje del derecho penal ordinario, que prevé la existencia de ciertas circunstancias agravantes que pueden resultar, *inter alia*, en un aumento de la pena. Esta afirmación parece también reflejar la doctrina de la responsabilidad agravada que Cançado Trindade desarrolló durante su magistratura en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que equipara a un crimen de Estado y que fuera examinada en el capítulo 1. En particular, en el caso *Myrna Mack Chang* afirmó que, sin perjuicio de la naturaleza civil o penal de la responsabilidad del Estado, no podría negarse que la reparación debía revestir un carácter sancionatorio o represivo,

223. Gotanda (2007: 322).

224. A/CN.4/490 y Add. 1-7, *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II)*, pp. 14-15. Para un análisis detallado de la jurisprudencia, Véase Jørgensen (2000: 187-197).

225. Corte Internacional de Justicia, *Armed activities on the territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párr. 102.

226. Cançado Trindade (2005: 266).

227. *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 238.

a los fines de asegurar la realización de la justicia y poner fin a la impunidad. Ello así porque, mientras que la reparación clásica (moral y material) beneficia directamente a la parte lesionada, la acción represiva contra el Estado infractor beneficia a la comunidad humana en su conjunto,[228] que resulta adecuada para la violación de normas imperativas. Así, el establecimiento de reparaciones con fines ejemplarizantes puede "coadyuvar en la garantía de la no repetición de los hechos lesivos y en la lucha contra la impunidad".[229]

En este contexto, consideró que la invocación de la figura de los "daños punitivos" no tiene un significado exclusivamente pecuniario, sino que se debe aplicar un concepto amplio que incluya otro tipo de reparaciones con carácter sancionatorio, que no deben ser necesariamente calificadas como penales o civiles, rechazando la aplicación de dicha dicotomía en el ámbito internacional.[230] Como ejemplos de sanciones ejemplificadoras o disuasivas, mencionó los actos de preservación de la memoria de las violaciones ocurridas, la educación, la capacitación en derechos humanos, la designación de un centro educativo con el nombre de las víctimas, el otorgamiento de becas para estudios universitarios, el pago de gastos de servicio de salud, etc.[231]

En la misma sentencia, el juez García Ramírez señaló que la mayor gravedad de los hechos impacta efectivamente en las reparaciones, pero solo en aquellas de carácter moral –y no pecuniario– como la difusión de la sentencia o los actos de reconocimiento, a la vez que circunscribió la noción de daños punitivos al ámbito patrimonial, señalando que si estos fueran aceptados, implicaría, en definitiva "una carga adicional para los contribuyentes y una merma, también adicional, a los recursos que debieran servir para programas de orden social".[232]

Este tipo de reparaciones, que la Corte Interamericana otorga frecuentemente, no responde a las clásicas medidas reparatorias del derecho internacional, sino que se deriva de las particulares características de los llamados crímenes de Estado o, en términos más utilizados por dicha Corte, graves violaciones a los derechos humanos. Sea que fueran denominadas "daños punitorios" o "sanciones ejemplificadoras", lo cierto es que parecen revelar reglas diferentes de las previstas tradicionalmente por el derecho internacional. En rigor de verdad, el derecho internacional tradicional prevé las garantías de no repetición como una de las consecuencias de la responsabilidad del Estado. Estas tienen una vinculación directa con el futuro, ya que el Estado debe garantizar la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la violación de la norma internacional para

228. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 38.

229. *Idem*, párr. 47.

230. *Idem*, párr. 49.

231. *Idem*, párrs. 50-52.

232. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. Voto Razonado del juez García Ramírez, párr. 47.

que ello no vuelva a ocurrir. Este tipo de acciones transmite el rechazo moral a la conducta del Estado, y puede, en este sentido, ser asimilado a una sanción penal en el marco de la responsabilidad estatal.[233] La importancia de este tipo de medidas para los casos de violaciones de derechos humanos ha sido reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[234]

Otra de las medidas reparatorias que la Corte Interamericana ordena frecuentemente es la obligación de juzgar y sancionar a los individuos responsables por las conductas que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos.[235] De manera similar, la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar, si bien no tenía competencia para ordenar medidas reparatorias, entre las recomendaciones que incluyó en su Informe para el Estado de Myanmar, mencionó la realización de investigaciones efectivas respecto de los actos de genocidio y, cuando resulte apropiado, enjuiciar y castigar a las personas responsables y la adopción de legislación doméstica necesaria para sancionar el crimen de genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio, es decir, todos los actos incluidos en el artículo III de la Convención de 1948.[236] Este tipo de medidas es un ejemplo claro de los puntos de contacto entre ambas responsabilidades, pero se centra en el accionar del individuo por sobre el del Estado y pone el enjuiciamiento en cabeza de las jurisdicciones penales nacionales.

4. Recapitulación

En este capítulo se han examinado los cruces entre los regímenes de responsabilidad estatal e individual referidos a cuestiones sustantivas, es decir a aquellas relacionadas con la interpretación de la definición y con algunos de los elementos del crimen y las consecuencias jurídicas de su comisión, tanto para el Estado como para el individuo.

233. Fletcher (2016: 519).

234. Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/60/147, "*Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones*", 16 de diciembre de 2005.

235. Desde su primera sentencia en 1988 en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana ha mantenido una jurisprudencia constante que dispone que el deber de garantizar los derechos humanos, previsto en el artículo 1.1.de la Convención Americana, implica prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. *Cf.* párr. 166.

236. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párrs. 692-693.

En primer lugar, en cuanto a las reglas de interpretación aplicadas por las jurisdicciones estudiadas, surge que los tribunales penales internacionales *ad hoc* han utilizado las reglas generales de interpretación del derecho internacional, aunque teniendo en cuenta las especificidades basadas en la naturaleza penal de su jurisdicción. Así, la interpretación de la Convención contra el Genocidio ha resultado particularmente difícil debido a su carácter de fuente de obligaciones, tanto para los Estados como para los individuos. No obstante, en cierta medida, estas diferencias se diluyen por el hecho de que la Corte Internacional de Justicia se apoyó en la jurisprudencia del propio TPIY, incorporando de forma tácita reglas de interpretación en materia penal.

En segundo lugar, la interpretación del alcance de la definición del crimen de genocidio no ha sido modificada desde 1948 y subsiste un claro consenso respecto de ella, aunque todavía existen divergencias relacionadas con algunos de sus elementos. Entre ellos, la discusión acerca del elemento contextual tiene un impacto directo en la determinación de una responsabilidad dual referida a su configuración como un elemento en sí mismo o como prueba de la intención genocida, lo que será analizado en el próximo capítulo.

En tercer lugar, las limitaciones del régimen de responsabilidad del Estado relativo a las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito como el genocidio han afectado la forma en que la Corte Internacional de Justicia ha resuelto el caso de 2007 (único caso, a la fecha en que se ha determinado la responsabilidad del Estado por violaciones a la Convención contra el Genocidio) y se ha perdido la oportunidad de expandir dicho régimen y, de esta manera, buscar establecer un vínculo más cercano entre la responsabilidad agravada del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo. No obstante, y sin perjuicio de que no se refiere a un caso de genocidio, la jurisprudencia reciente de la Corte ofrece algunas pautas que podrían ser aplicadas en estos casos, como, por ejemplo, el hecho de que, si existe una gran cantidad de víctimas, no es necesario identificarlas de manera individual para determinar los daños a fin de fijar las reparaciones. Asimismo, estos podrían ser definidos de manera global sobre la base de consideraciones de equidad y sobre la base de un estándar menos de prueba menos riguroso, siempre y cuando no haya dudas respecto de que el hecho internacionalmente ilícito hubiera causado daño probado.

Surge entonces la necesidad de revisar el esquema de reparaciones previsto en los Artículos de la CDI. Las reglas que allí se incluyeron no realizan ninguna distinción en virtud de la norma primaria violada. Las consecuencias jurídicas de la violación grave de una norma imperativa previstas en los artículos 40 y 41 se encuentran en un capítulo diferente. En este sentido, no se considera necesario el desarrollo de un régimen de sanciones punitivas, sino que, siguiendo la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podría pensarse en medidas reparatorias que se centren en las comunidades de personas afectadas por el crimen. Al mismo tiempo, el enjuiciamiento de las personas acusadas de

cometer genocidio debería incluirse dentro de las medidas reparatorias que el Estado responsable debe llevar adelante.

El examen del eje sustantivo da cuenta de la existencia de cruces en el juzgamiento de un Estado o de un individuo por el crimen de genocidio que deberán ser tenidos en cuenta por los tribunales que deban ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, lo que será profundizado en el capítulo 8 de este libro.

Capítulo 7
Cruce de caminos: el eje de las condiciones para la atribución de responsabilidad

Como fuera explicado en el capítulo 2, existen ciertas condiciones necesarias para que las jurisdicciones internacionales puedan determinar responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales. Si bien la división tajante entre normas primarias y normas secundarias que existe en el ámbito de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no se transfiere automáticamente al ámbito de la responsabilidad internacional individual, es posible entender las condiciones para establecer la responsabilidad penal internacional del individuo como reglas de naturaleza secundaria.

En este capítulo se identificarán los puntos de contacto entre la responsabilidad del Estado y la del individuo por el crimen de genocidio en relación con dichas condiciones a fin de completar el análisis de la relación entre ambos regímenes.

1. Elemento subjetivo del genocidio

El elemento subjetivo es el factor que distingue al genocidio de otros crímenes internacionales. Se trata de un elemento adicional al dolo general que se exige en la comisión de todos los crímenes: conocimiento y voluntad respecto de los elementos objetivos o materiales del crimen,[1] lo que incluye la pertenencia de las víctimas a uno de los grupos protegidos y los actos genocidas descritos en el párrafo 2 del artículo II de la Convención. El crimen de genocidio requiere un

1. Pigaroff y Robinson (2016: 1114). Véase capítulo 2, apartado 3.1.

dolo especial[2] (o una intención específica[3] o ulterior)[4] conforme el cual los actos de genocidio deben ser llevados a cabo con "la intención de destruir total o parcialmente" al grupo atacado". La Sala de Juicio en el caso *Akayesu* afirmó que la comisión del acto se extiende más allá e incluye un motivo ulterior.[5] Al requerir que la intención sea la de destruir al grupo "como tal", lo que se busca es dejar en claro que la víctima del crimen fue elegida por su pertenencia al grupo atacado.

Como surge de las sentencias analizadas en los capítulos 3 y 4, esta intención específica o dolo especial ha sido exigido tanto en las instancias de responsabilidad del individuo como en las de responsabilidad del Estado. En ambos casos, este elemento ha presentado dificultades para su conceptualización y prueba.

En el supuesto de la responsabilidad del Estado, tales dificultades se relacionan con la discusión acerca de la posibilidad de identificar el estado mental de una persona jurídica.[6] Como fuera desarrollado en el capítulo 1, uno de los temas que se examinó en el seno de la CDI fue si se requería la existencia de culpa para que se generase responsabilidad internacional del Estado.[7] En su primer informe, James Crawford indicó que no existía "un requisito *a priori* de conocimiento o intención especial de parte de los órganos del Estado que se aplique a todas las obligaciones".[8] Sin embargo, con respecto a los llamados crímenes internacionales, sostuvo que, si bien recomendaba excluir dicho término del proyecto, en caso de que se decidiera mantenerlo, "habría buenos motivos para establecer un requisito de culpa: un Estado no podría en modo alguno ser considerado responsable de un crimen sin culpa de su parte",[9] aunque en la versión final, para la configuración general de los hechos internacionalmente ilícitos no se incluyó la culpa como

2. Ambos (2005: 416).

3. Schabas (2009[2]: 270).

4. Ambos (2009a: 835). Este autor rechaza el uso de las expresiones "intención especial" o "intención específica" y prefiere "intención ulterior" en el sentido de que da cuenta de una doble estructura de la intención, pero no de una gradación de la intensidad de la intención. *Cf.* (2009a: 843-844). Por su parte, en el caso *Jelisic*, la Sala de Apelaciones señaló que usaría el término "intención específica", aclarando en la nota al pie 45 que no atribuía a ese término ningún significado proveniente de jurisdicciones nacionales. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 45. En este libro se usarán los términos de manera indistinta.

5. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal c. Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 522.

6. Kelsen, por ejemplo, ya había observado que el Estado no tiene alma y, por lo tanto, la atribución de responsabilidad es una construcción jurídica y no una descripción de una realidad natural. *Cf.* (1943: 533).

7. Cabe señalar que Dupuy ha afirmado que, en materia de responsabilidad individual, el elemento subjetivo es esencial, mientras que, en materia de responsabilidad del Estado, se trata de un elemento subsidiario. *Cf.* (2002b: 1095).

8. A/CN.4/490 y Add.1 a 7, Primer informe sobre responsabilidad del Estado, *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II)*, p. 33.

9. *Idem*, p. 31.

uno de sus elementos, incluso en los casos de responsabilidad agravada, que se caracterizan por la gravedad del hecho y no por un elemento subjetivo.

Por lo tanto, la regulación de las normas secundarias generales debe acomodarse a la norma primaria que define el genocidio y que sí incluye un elemento subjetivo. La propia Comisión de Derecho Internacional hizo referencia a este crimen en sus Comentarios al proyecto final de Artículos.[10] Como fuera señalado,[11] por ejemplo, al comentar el artículo 40 referido a las violaciones graves de normas imperativas, ofreció el supuesto de la prohibición de genocidio, no distinguiendo entre las obligaciones de prevenir y sancionar del artículo I, sino refiriéndose de forma general a "la prohibición",[12] que puede ser interpretada como la prohibición de cometer genocidio.

A los fines de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio se han sugerido dos caminos en relación con la prueba del elemento subjetivo: la intención específica se prueba con el dolo especial de las personas cuyas conductas pueden atribuirse al Estado o, en su lugar, se utiliza la prueba de un patrón de conducta o contexto que dé cuenta de la intención del Estado.

La primera opción puede entrañar la dificultad de que el dolo especial deba probarse respecto de una pluralidad diversa no determinada de individuos con distintos roles en el aparato estatal.[13] No resulta claro qué criterios deberían aplicarse para identificar cuáles serían esos individuos. ¿Se trata solamente de aquellos que ocupan las posiciones más altas en el Estado o de aplicar todas las reglas de atribución previstas por los Artículos de la CDI? Si se adoptara la postura más restringida que solo considera relevante la conducta de los/as líderes del Estado, entonces ello entrañaría una obstáculo para acceder a la evidencia,[14] como ocurrió en el caso de Bosnia Herzegovina en el que Serbia se negó a entregar un documento requerido por el Estado demandante alegando razones de seguridad de Estado.[15] Como fuera explicado en el capítulo 5, la Corte Internacional de Justicia consideró probada la comisión del crimen y, en particular, la configuración del elemento subjetivo especial, sobre la base de dos condenas penales del TPIY contra comandantes del ejército serbio-bosnio, es decir, se trataba de dos militares de alto rango, pero no de aquellos con la posición más alta de las fuerzas armadas involucradas. Sin embargo, no entendió probados los requisitos para atribuir dichas conductas al Estado de Serbia, lo que resultó una cuestión separada de la configuración de la intención genocida. Ello quiere decir que la intención genocida o el dolo especial forma parte del elemento objetivo de la responsabilidad

10. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 34.
11. Véase capítulo 3, apartado 2.
12. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 120.
13. Bonafè (2009:123).
14. Loewenstein y Kostas (2007: 847).
15. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 204-206.

del Estado, pues se examina para determinar si existió o no una violación a una obligación internacional, en este caso, de la prohibición de cometer genocidio, prevista en el artículo I de la Convención de 1948. Finalmente, cabe observar que este enfoque hace depender la posibilidad de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio de una condena individual previa, pues no se explica cómo se identificaría el dolo especial en casos de ausencia de dicha condena.

Por su parte, la segunda alternativa, que puede resultar más objetiva, presenta el desafío de determinar el umbral de dicho patrón que, además, no se encuentra mencionado expresamente en la definición de crimen de genocidio, por lo que requerirá de un esfuerzo interpretativo para justificarlo, tal como fuera desarrollado en el capítulo 6.

En el caso de *Bosnia Herzegovina vs. Serbia*, la Corte Internacional de Justicia manifestó que el crimen de genocidio exigía una intención especial o específica, un *dolus specialis*, ya que no resultaba suficiente que los miembros de uno de los grupos protegidos fueran atacados porque pertenecían a ese grupo, sino que, además, se requería que el ataque fuera llevado a cabo con la intención de destruir el grupo como tal total o parcialmente.[16] Esta intención debía diferenciarse de los motivos o razones del autor para cometer el crimen y sus manifestaciones debían identificarse con cuidado a la luz de la base fáctica del caso.[17]

Con el objeto de analizar entonces si se había configurado el dolo especial, la Corte Internacional de Justicia se basó mayormente en las conclusiones de las diferentes Salas del TPIY[18] y, al igual que ese tribunal, solamente encontró probada la intención específica requerida para el genocidio en los hechos relacionados con la llamada masacre de Srebrenica.[19] Esta metodología implicó analizar la existencia del dolo especial para determinar la responsabilidad de un Estado a través del examen del estado mental de individuos cuya conducta le podía ser atribuible. Esta conexión entre ambas responsabilidades es, precisamente, uno de los puntos centrales de una matriz de fragmentación secundaria.

En efecto, la Corte señaló que no veía razones para apartarse de la determinación del TPIY respecto de la existencia del dolo especial[20] y, por lo tanto, concluyó que en ese caso se había comprobado la existencia de un plan para ejecutar la mayor cantidad posible de hombres bosnio musulmanes en edad

16. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 187.

17. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 189.

18. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 277.

19. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 370.

20. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 295.

militar, sea que fueran soldados o civiles,[21] solo en razón de su identidad y que la destrucción de un número tan grande de hombres –un quinto de la comunidad de Srebrenica– resultaría inevitablemente en la desaparición física de la población musulmana en esa ciudad, que constituía una parte emblemática de la población bosnio-musulmana.[22]

En relación con el resto de los incidentes alegados por Bosnia Herzegovina en la ciudad de Sarajevo y en los campos de detención de otras municipalidades, si bien la Corte encontró probados actos de matanza de miembros de un grupo protegido, de lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo en los campos de detención y el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, afirmó que no se había probado de forma concluyente que tales actos hubieran sido llevados a cabo con la intención específica de destruir en todo o en parte a ese grupo. Para ello, observó que en ninguno de los casos del TPIY citados había recaído una condena por genocidio, sino por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.[23] Así, surge claramente que la Corte priorizó la prueba del dolo individual para afirmar la responsabilidad del Estado por genocidio.

De modo subsidiario, a la luz de las alegaciones de Bosnia Herzegovina, la Corte Internacional de Justicia examinó si el dolo especial podía probarse sobre la base de un patrón de actos llevados a cabo por Serbia en todo el territorio de Bosnia Herzegovina. La Corte aceptó entonces que, si de los hechos alegados surgía evidencia persuasiva y consistente de un patrón de atrocidades, ello podría constituir prueba del dolo especial de Serbia. Sin ofrecer justificación alguna, afirmó que no era necesario examinar cada uno de los incidentes invocados por Bosnia Herzegovina ni realizar una lista exhaustiva de las alegaciones, ya que era suficiente analizar los hechos que iluminarían la cuestión de la intención o ilustrarían el patrón de actos cometidos contra miembros de un grupo protegido, lo que permitiría inferir la intención específica.[24] Asimismo, observó que el argumento del Estado demandante buscaba pasar de la prueba de la intención individual de cada uno de los perpetradores a la prueba de la intención de las más altas autoridades del ejército, de la República Srpska y del gobierno de Serbia. Bosnia Herzegovina argumentaba que, a falta de una declaración oficial de los

21. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 292.

22. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 293.

23. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párrs. 277, 319 y 354. Véase capítulo 4 de este libro.

24. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 242.

objetivos de las acciones, se podía identificar la intención específica en la práctica de aquellos que dirigían el curso de los eventos.[25]

Sin embargo, la Corte rechazó esta posición afirmando que el dolo especial debe ser probado de forma convincente con referencia a circunstancias particulares, salvo que un plan general con el fin de destruir total o parcialmente un grupo pudiera ser demostrado de forma convincente.[26] Para que un patrón de conducta sea aceptado como prueba de tal intención, esta debe ser la única consecuencia posible que surja de dicho patrón,[27] lo que equivale a un alto umbral de prueba, similar al aplicado por los tribunales penales internacionales, como fuera analizado en el capítulo 4. A los fines de reforzar su conclusión, la Corte se apoyó nuevamente en la jurisprudencia del TPIY y en las decisiones del Fiscal de no incluir cargos por genocidio y de aceptar reconocimientos de responsabilidad en casos en los que dichos cargos fueron luego retirados.[28]

Cabe indicar que, en oposición a esta conclusión, el juez Al-Khasawneh sostuvo que el hecho de que el TPIY no hubiera determinado la existencia de un patrón de conducta en Bosnia Herzegovina no resultaba una base adecuada para el análisis de la Corte Internacional de Justicia porque el TPIY solamente tenía jurisdicción sobre casos individuales y, por lo tanto, solo debía examinar las conductas del acusado. En esta línea, criticó el hecho de que la Corte hubiera adoptado el estándar de prueba de los procesos penales sin tomar en cuenta las diferencias entre la responsabilidad del individuo y la responsabilidad del Estado.[29]

En el caso de *Croacia vs. Serbia* la Corte Internacional de Justicia volvió sobre las circunstancias particulares y consideró que, en ausencia de un plan del Estado en el que se expresara la intención genocida, esta podía inferirse de las conductas

25. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 371.

26. En su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou sostuvo que, para demostrar la intención genocida de Serbia, no era necesario que todos los actos criminales fueran cometidos por agentes del Estado directamente o que los individuos que los cometieron compartieran la intención genocida, sino que era suficiente probar la existencia de un plan genocida concertado alentado por unidades militares y paramilitares, endorsado, asistido y apoyado en su implementación por el Estado, Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 81. El magistrado también afirmó que la intención podía deducirse lógicamente de los elementos del caso, como, por ejemplo, la proliferación y uso sistemático de discursos de odio, muestras violentas de agresividad, instancias de destrucción y conducta cruel contra un grupo protegido, el número de víctimas. *Cf.* párr. 82.

27. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 373.

28. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 374.

29. Observó además que en los casos del TPIY y del TPIR se había identificado la intención específica del genocidio a través de inferencias, algo que no había hecho la Corte Internacional de Justicia. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez Al-Khasawneh, párrs. 42-47.

individuales de los perpetradores.[30] En la línea de la sentencia de 2007, consideró que, para que la intención genocida pudiera inferirse indirectamente de un patrón de conducta, dicha inferencia debía ser la única que razonablemente pudiera surgir de dicho patrón.[31] En este sentido, si bien siguió la metodología de 2007 y de los tribunales penales internacionales, al exigir que la intención específica fuera la única inferencia posible, convirtió su prueba en una tarea casi imposible, contrariamente al objetivo del enfoque de las inferencias, que, en realidad, buscan facilitar la prueba del dolo especial.[32]

En ausencia de condenas individuales por genocidio ante el TPIY, Croacia enumeró una serie de factores alegando que, tomados de manera individual o conjunta, probaban la política sistemática serbia de atacar a croatas con el fin de eliminar dicho grupo. Entre tales factores, puede mencionarse la doctrina política del expansionismo serbio para formar la "Gran Serbia"; las declaraciones públicas oficiales y propaganda de los medios de comunicación controlados por el Estado que demonizaban a los croatas; patrones de ataques contra grupos croatas que excedían los objetivos militares legítimos y necesarios; la naturaleza sistemática y la escala de los ataques contra grupos croatas; el hecho de que los croatas eran siempre atacados, mientras que los serbios eran excluidos; el hecho de que durante la ocupación, las personas de etnia croata y su propiedad debían identificarse; el uso de lenguaje étnicamente despectivo durante la comisión de actos de matanza, tortura y violación; el saqueo y destrucción sistemático de monumentos religiosos; y la supresión de la cultura y prácticas religiosas croatas.[33] Sin embargo, de todos los factores señalados por Croacia, la Corte consideró como más importantes solamente aquellos relacionados con la escala y naturaleza sistemática de los ataques, el hecho de que hubieran causado más víctimas y daño que lo justificado por la necesidad militar, el ataque específico contra los croatas y la naturaleza, extensión y grado de las lesiones causadas.[34]

30. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 145. Cabe señalar, no obstante, que el juez Skotnikov señaló que la Corte no tenía la capacidad para determinar la existencia de la intención genocida, pues se trata de un elemento que hace a la responsabilidad individual (el elemento subjetivo). La tarea de la Corte debería limitarse a si individuos cometieron actos genocidas y si pueden generar responsabilidad estatal a través de las reglas de atribución. Por lo tanto, para el juez, sería suficiente basarse en las conclusiones del TPIY. Opinión Separada del juez Skotnikov, párrs. 10, 13 y 14.

31. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 148. La Corte observó que ese mismo criterio había sido adoptado por la Sala de Juicio del TPIY en el caso *Tolimir*.

32. Asuncion (2009: 1213).

33. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 408.

34. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 413.

Un examen de los factores elegidos por la Corte da cuenta de que estos se relacionan mayormente con la cantidad de víctimas como criterio identificatorio del dolo especial, siguiendo el criterio de la Sala de Apelaciones del TPIY, que sostuvo que debe tratarse de una parte sustancial del grupo.[35] Resulta criticable que la Corte no ofreciera demasiadas explicaciones de las razones de dicha selección, sino que simplemente otorgase preeminencia a algunos factores por sobre otros,[36] pues varios de ellos han servido como indicios de la intención genocida en otras situaciones, como la propaganda en el caso del régimen Nazi o de Ruanda.

Si bien la Corte Internacional de Justicia consideró que se había configurado el *actus reus* del genocidio,[37] afirmó que no había sido probado que la única inferencia razonable que surgía de dicho patrón de conducta[38] fuera la intención de destruir total o parcialmente el grupo croata, es decir, el *dolus specialis* requerido por la Convención contra el Genocidio. A ese fin citó las sentencias del TPIY en los casos *Martic*,[39] *Stanisic y Simatovic*[40] en las que se dispuso que, si bien los líderes de Serbia y de los serbios en Croacia compartían el objetivo de crear un Estado serbio étnicamente homogéneo, no se había configurado la intención especial, sino que se había buscado expulsar forzadamente a los croatas de la región[41] o, como se decidió en el caso *Mrksic*, castigarlos por poseer el estatus de enemigos, en el sentido militar.[42]

35. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 8. En la sentencia de 2015, uno de los jueces cuestionó la preeminencia otorgada al criterio numérico, afirmando que jurisprudencia reciente de la Sala de Juicio del TPIY en el caso *Tolimir* y varias decisiones del TPIR habían atemperado la importancia del factor cuantitativo. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párr. 37.

36. Esto fue observado por uno de los jueces. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párrs. 6 y 46-48. El juez Keith ofreció en su Opinión Separada un examen más detallado de cada uno de esos factores, pero acordó con la conclusión de la Corte de que la única inferencia razonable no era la existencia del dolo especial de genocidio. *Cf.* Opinión Separada del juez Keith, párrs. 7-23.

37. Véase capítulo 3 de este libro.

38. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párrs. 417 y 440.

39. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milan Martic", *Judgment*, 12 de junio de 2007, IT-95-11-T.

40. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jovica Stanisic y Franko Simatovic", *Judgment*, 30 de mayo de 2013, IT-03-69-T.

41. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 426-428 y 435.

42. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 429. Estas conclusiones fueron criticadas por el juez Bhandari, pues consideraba que, en algunos casos, como en los incidentes de la municipalidad de Vukovar, el hecho de que hubiera mediado un motivo de tipo punitivo o de castigo no impedía concluir que la intención genocida era la única inferencia razonable. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Declaración del juez Bhandari, párr. 50.

Surge, entonces, que en ambas sentencias la Corte Internacional de Justicia aplicó inferencias para la identificación del elemento subjetivo del genocidio, como también lo han hecho los tribunales penales internacionales, ya que, en la mayoría de los casos, no existe prueba directa de la intención específica –*dolus specialis*– del autor, por lo que se recurre al contexto general.[43] Ello confirma que la Corte utilizó la misma metodología que los tribunales penales internacionales para examinar la responsabilidad del Estado en relación con uno de los elementos del genocidio, el dolo especial. Así, se genera un cruce claro entre ambos regímenes debido a que la Corte eligió seguir el camino individual de la prueba de la intención genocida por sobre el camino colectivo.

Sin embargo, no todos los/as jueces/zas acordaron con el resultado de dichas inferencias. En su Opinión Disidente, el juez Cançado Trindade consideró que la mayoría había establecido un umbral demasiado alto que no se condecía con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y que, además, el estándar de prueba elegido resultaba completamente inadecuado para la determinación de la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos de las personas de manera individual o en grupo.[44] En consecuencia, afirmó que el análisis cumulativo de la prueba permitía inferir la intención de destruir en todo o en parte el grupo atacado sobre la base de la extrema violencia en la comisión de las atrocidades y del patrón sistemático y generalizado de destrucción a lo largo de las municipalidades, que incluyó masacres, tortura, golpizas, desapariciones forzadas, violación y otros crímenes de violencia sexual, expulsión sistemática de sus hogares y éxodos masivos[45] y que, lo que inicialmente puede parecer como una intención de expulsar a un grupo de un territorio puede convertirse, a medida que crece la violencia, en la intención de destruir el grupo atacado.[46]

En su opinión separada, el juez Gaja consideró que determinar la existencia del elemento subjetivo puede llevar a conclusiones diferentes en los casos de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de los individuos que actúen en su nombre. En apoyo citó el informe de la Comisión Internacional de Investigación de Darfur, en el que se concluyó que, si bien las autoridades gubernamentales de

43. Bonafè (2009:131). Véase, entre otros, TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10-A, párr. 47; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123.

44. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 467. En la misma línea, Leme ha sostenido que es contraintuitivo que la intención genocida de un individuo pueda ser inferida de su participación en un plan común y de un contexto criminal general, mientras que, en el caso del Estado, la Corte ha construido una interpretación más rígida requiriendo la evaluación de las circunstancias particulares. *Cf.* (2018: 125).

45. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párrs. 459-460.

46. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 240.

Sudán no poseían el dolo especial, era posible que miembros del ejército sudanés o de grupos paramilitares sí lo tuvieran de manera individual. Así, afirmó que no resultaba un requisito necesario para probar el dolo especial en los casos de responsabilidad del Estado determinar previamente que un individuo y órgano cometió un acto de genocidio con dicha intención específica.[47]

Con respecto a la reconvención interpuesta por Serbia relativa a las acciones de Croacia en la denominada Operación Tormenta de agosto de 1995, Serbia había alegado que la intención específica del genocidio podía inferirse de la transcripción de una reunión entre los líderes croatas (llamada "*Brioni Transcript*"), así como también de un patrón de conducta que surgía de la totalidad de las acciones decididas e implementadas por las autoridades croatas durante y después de dicha Operación.[48] Nuevamente la Corte entendió que el plan para expulsar serbios de Croacia no equivalía necesariamente a la intención de destruir el grupo,[49] reflejando las discusiones que se dieron ante el TPIY respecto de la limpieza étnica. En el mismo sentido, la Corte rechazó la afirmación respecto del patrón de conducta, pues los actos de genocidio probados no habían sido cometidos en una escala de tamaño suficiente tal que solo pudiera afirmarse la configuración del dolo especial.[50]

En este punto, cabe señalar que, en su informe de 2019, y en ausencia de condenas penales individuales, la Misión Internacional de Investigación sobre Myanmar creada por el Consejo de Derechos Humanos sí receptó el criterio de inferir el dolo especial a través de un patrón de conducta o contexto que demuestre la intención del Estado. En este sentido, como fuera señalado en el capítulo 3, identificó ciertos factores para concluir que la única inferencia posible era la intención genocida de Myanmar. Un análisis de esos factores da cuenta de que varios de ellos habían sido mencionados por Croacia y rechazados por la Corte Internacional de Justicia.

En efecto, la Misión tomó en cuenta, entre otros, las expresiones insultantes, discriminatorias, racistas y de exclusión de los funcionarios de Myanmar y otros antes, durante y luego de las operaciones; la existencia de planes y políticas discriminatorias, como la Ley de Ciudadanía; la tolerancia del gobierno respecto de la retórica pública de odio y desprecio respecto de los Rohingya; la naturaleza sexual de la enorme violencia perpetrada con las mujeres y niñas durante las "*clearance operations*"; y los esfuerzos del gobierno de limpiar, confiscar y construir sobre la

47. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 3.

48. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 500.

49. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 505 y 507.

50. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 511-512.

tierra de los Rohingya con miras a cambiar la composición demográfica y étnica del estado de Rakhine y reducir la proporción de Rohingya.[51]

Estos factores coinciden con los invocados por Croacia y rechazados por la Corte, como la naturaleza, grado y extensión de las heridas (a través de ataques físicos, torturas, trato inhumano y degradante, violación y violencia sexual); las declaraciones públicas oficiales y propaganda de los medios de comunicación controlados por el Estado que demonizaban a los croatas; el uso de lenguaje étnicamente despectivo durante la comisión de actos de matanza, tortura y violación; o los desplazamientos forzosos de croatas y los medios organizados para lograr ese fin.

Asimismo, la Misión concluyó que la única inferencia posible era la intención genocida sobre la base del umbral de prueba de motivos razonables para creer, que resulta menos exigente que el utilizado por la Corte Internacional de Justicia en 2007 y 2015.

Así, surge que la determinación de la responsabilidad del Estado por genocidio crea una serie de interrogantes relativos al elemento subjetivo particular que se relacionan directamente con la determinación de la responsabilidad del individuo. La elección de la metodología por la Corte Internacional de Justicia parece haber respondido a un criterio práctico que facilitó su tarea: apoyarse en las determinaciones de un tribunal penal creado, precisamente, para identificar los elementos del crimen de genocidio. Sin embargo, como se verá a continuación, la identificación del dolo genocida ante los tribunales penales internacionales no está exenta de dificultades que, a su vez, impactarán en la responsabilidad del Estado.

Una de las discusiones centrales en el ámbito de la responsabilidad individual versa sobre si el dolo especial del genocidio implica tanto conocimiento como voluntad de destruir total o parcialmente un grupo protegido.[52] Uno de los

51. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 224.

52. Jessberger (2009: 105). Otra discusión relativa al elemento subjetivo en materia de responsabilidad penal individual es el grado de dolo requerido. Alicia Gil Gil (2019: 479) y Otto Triffterer (2001: 404) han sostenido que es suficiente la prueba del dolo eventual. Para esta postura, el criterio decisivo del genocidio es la conciencia del perpetrador del hecho de que sus actos pueden tener una perspectiva genocida, más que la voluntad de alcanzarlo. *Cf.* Arnold (2003: 139). En contra, Kai Ambos ha afirmado que ello sería incompatible con la congruencia estructural entre el genocidio y el crimen de lesa humanidad. *Cf.* (2009a: 849). También en contra, Salinas ha observado que admitir el dolo eventual para la determinación de la responsabilidad del genocidio "parece ser una extensión inadmisible del principio de culpabilidad", *cf.* (2019: 567). La discusión sobre la suficiencia del dolo eventual para una condena como autor de genocidio se relaciona con la posibilidad de aplicar la tercera variable de la empresa criminal conjunta. Como fuera explicado en el capítulo 4, en el caso *Stakic*, la Sala de Juicio consideró que la aplicación de la tercera variante al crimen de genocidio resultaría en que se diluya el dolo especial al punto de extinguirse, pues la noción del genocidio como una escalada o como una consecuencia natural y previsible de una empresa que no buscaba específicamente el genocidio no son compatibles con la definición de este crimen. *Cf.* TPIY,

primeros autores que propuso una separación de tales elementos subjetivos fue Alexander Greenwalt.[53] En un trabajo de 1999 consideró que el requisito subjetivo específico del genocidio se veía satisfecho si el perpetrador había actuado en apoyo de una campaña contra miembros de un grupo protegido y conocía que el propósito o efecto manifiesto de dicha campaña era la destrucción total o parcial del grupo. De esta manera consideraba que se solucionaba el problema del dolo de los autores de bajo rango o subordinados y se contaba con un estándar más objetivo.[54] Asimismo, esta propuesta permitía superar los problemas que surgían de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en particular del TPIR, en la cual, a pesar de afirmar que se requería la prueba de la intención y conocimiento del dolo genocida, este era, en realidad, presumido del contexto general.[55]

Esta postura, conocida en inglés como "*knowledge-based approach*", se opone a la posición llamada "*purpose-based approach*", que fue adoptada desde la primera decisión del TPIR sobre genocidio, por el TPIY, por la Comisión de Investigación de Darfur y por la Corte Internacional de Justicia.[56] Este enfoque requiere que la persona acusada haya actuado con el deseo u objetivo de contribuir a la destrucción total o parcial del grupo protegido,[57] característica que configura la especificidad del crimen de genocidio y le otorga su identidad propia,[58] incluso cuando ello haga su prueba más difícil.[59]

Por otro lado, el enfoque *"knowledge-based"* entiende que, al tratarse de un crimen sistémico, la intención genocida debe dar cuenta de un plan general en el que la persona acusada tomó parte,[60] haciendo hincapié en un elemento objetivo por sobre una evaluación subjetiva de la prueba.[61]

A modo de armonización de los dos enfoques, desde una perspectiva criminológica, Ambos ha propuesto que el "*purpose-based approach*" fuera utilizado en los casos en los que la persona acusada ocupara un cargo de alto rango en el Estado, respecto de la cual se exigiría tanto la intención y el conocimiento, pues

---

Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párr. 530. Sin embargo, la Sala de Apelaciones modificó esa posición, sosteniendo que la tercera variable y el crimen de genocidio son compatibles, pues la postura anterior entrañó una mezcla entre la *mens rea* del genocidio con el elemento subjetivo del modo de responsabilidad. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Decision on Interlocutory Appeal*, 19 de marzo de 2004, IT-99-36-T, párrs. 9-10.

53. Se ha observado que Bassiouni ya en 1993 había propuesto una distinción entre los autores de alto rango y los ejecutores de los actos subyacentes. *Cf.* Kim (2016: 24).

54. Greenwalt (1999: 2288).

55. Kim (2016: 29). Véase capítulo 4, apartado 4 de este libro.

56. Loewenstein y Kostas (2007: 845).

57. Webb (2013: 25); Kress (2015: 694).

58. Fisher (2014: 172).

59. Fisher (2014: 174).

60. Webb (2013: 26 y 28).

61. Vest (2007: 796).

se trataría de las "mentes maestras" del genocidio, y que el *"knowledge-based approach"* se aplicara en los casos de perpetradores de mediano o bajo rango. En este último supuesto, no es necesario probar que las personas acusadas compartían el propósito genocida, sino solamente que eran conscientes de su existencia,[62] pues Ambos sostiene que una interpretación literal del término "intención" no indica necesariamente una preferencia por el "*purpose-based approach*".[63] En una línea similar, Kress afirmó que el alcance del significado del término "intención" permite una interpretación que la identifique en un nivel colectivo y conecte con el estado mental individual de un perpetrador.[64] Así, argumentó que, a fin determinar el dolo genocida, sería suficiente que el perpetrador, sin importar su jerarquía en la organización, actuara con el conocimiento de que su conducta forma parte de una acción colectiva en la forma de una campaña genocida realista dirigida a la destrucción parcial o total de un grupo determinado.[65]

Estos enfoques fueron discutidos por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en la primera decisión sobre la orden de arresto contra Omar Al Bashir. Allí, llegó a la conclusión de que, en virtud de la regulación en materia de autoría y participación prevista en el artículo 25 de su Estatuto, la aplicación del enfoque "*knowledge-based*" implicaría que aquellos con un rango medio o bajo solamente podrían ser acusados como partícipes en el crimen de genocidio o sobre la base de la responsabilidad del superior, pues una interpretación literal del artículo 6 y de los Elementos de los Crímenes llevaba a sostener que solo aquellos que actuaran con una intención genocida podrían ser juzgados como autores principales, de acuerdo con el artículo 25.3.a).[66]

El enfoque del conocimiento propuesto por Greenwalt se refiere al conocimiento de una campaña genocida, lo que abre la puerta a la discusión acerca del elemento contextual del crimen de genocidio a través de la interpretación del elemento subjetivo, analizado en el capítulo anterior. Ello se ha justificado desde una perspectiva criminológica y realista que entiende que el genocidio no puede ser cometido sin un aparato organizado.[67] El contexto sirve como un punto de referencia para el conocimiento de los perpetradores de medio y bajo rango y para interconectar sus actos entre sí y con la voluntad de los autores intelectuales

62. Ambos (2009a: 847); Ambos (2010: 165); Ambos y Böhn (2010:77).

63. Ambos (2009a: 843-844). En contra, Gil Gil ha sostenido que esta interpretación, "supone construir dos crímenes de genocidio con elementos distintos, en contra de lo que establece la norma, que no reconoce más que una figura de genocidio" y que, además, "se exige menos requisitos subjetivos para castigar como autor de genocidio a los inferiores, y más (con lo que se generará un amplio ámbito de impunidad) a los superiores". *Cf.* (2019: 480).

64. Kress (2015: 699).

65. Kress (2015: 698).

66. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, "Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párr. 140, nota al pie 154.

67. Ambos (2009a: 847).

o "mentes maestras". De esta forma, las conductas de ambos se complementan[68] y este elemento no mencionado en la definición ingresaría en el concepto de genocidio a través de la *mens rea*. Se trata de un enfoque basado en la estructura del crimen ("*structure-based approach*") propuesto por Kress y Vest.[69] Así, la intención genocida da cuenta de la estructura sistémica del crimen.[70] Esta postura de la "intención genocida realista" también explicaría el requisito de "pauta manifiesta de conducta similar" requerido por los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.[71]

En el caso de la responsabilidad del Estado, la incorporación de un elemento de contexto a través del elemento subjetivo se ha justificado en el hecho de que el Estado no tiene una psiquis, una conciencia y, por lo tanto, para probar la intención genocida habría que identificar una política estatal en ese sentido.

Uno de los primeros autores en proponer la incorporación del elemento de una política estatal fue Schabas, quien consideró que resultaba una ficción hablar de la intención específica de un Estado y, por lo tanto, se debía reemplazar la terminología del derecho penal del elemento subjetivo con el elemento de un plan o política de Estado.[72] En contra, se ha observado que, en la mayoría de las situaciones, acceder a la documentación que revela dicha política sería complicado, sino imposible.[73] Este problema se advirtió claramente en el caso de 2007 de la Corte Internacional de Justicia.

Por otro lado, también sostuvo que, en materia de responsabilidad individual, en particular en los casos de complicidad, no era realista exigir que un individuo conociera la intención del otro.[74] De hecho, en sus Comentarios relativos a la definición del crimen de genocidio incluida en el proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, la CDI observó que, a fin de determinar el estado de ánimo particular o intención específica del crimen, el análisis del conocimiento de los detalles de un plan o política para llevarlo a cabo "variará según la posición del autor en la jerarquía gubernamental o en la estructura del mando militar",[75] reconociendo de este modo la existencia de un plan o política y su impacto en la prueba del elemento subjetivo según el rol de la persona acusada en el aparato estatal.

Por otro lado, cabe observar que en las sentencias de tribunales penales internacionales es posible encontrar un gran número de referencias a un plan

68. Ambos (2009a: 848).

69. *Cf.* Ambos (2009a: 845).

70. Vest (2007: 785).

71. Kress (2009:304-305); Kress (2015: 679-680). Véase capítulo 6 de este libro.

72. Schabas (2007b: 190); Schabas (2009^2: 518). En el mismo sentido, véase Chouliaras (2010a:209).

73. Shany (2009: 19-20).

74. Schabas (2008a: 971).

75. A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]),* p. 49.

o política,[76] aunque, como fuera analizado en el capítulo 4, este factor no fue considerado un elemento constitutivo del crimen.[77]

Existe una tercera opción que relaciona el elemento contextual con una intención colectiva. May, por ejemplo, ha sostenido que dicha expresión debe ser entendida en el sentido de la existencia de una acción concertada en la que los actos de diferentes individuos se coordinan para alcanzar un objetivo único.[78] No se trata de la intención de un colectivo, sino de intenciones compartidas. Así, observó que el crimen de genocidio debe involucrar algún tipo de intención colectiva en el sentido de que el estado mental de la persona juzgada debe vincularse a una perspectiva de "nosotros" ("*we perspective*"),[79] saliendo así del enfoque individualista que impera en el derecho internacional penal.

La inclusión de esta intención colectiva relacionada con una campaña o plan se armoniza con la práctica de los tribunales *ad hoc* de relacionar la conducta individual con el contexto colectivo,[80] en particular cuando ese contexto está dado por el aparato estatal. Sin esa intención colectiva, no existiría la intención individual.[81]

En esa línea, cabe indicar que, como fuera señalado en el capítulo 6, tanto la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional como la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur entendieron que, a fin de probar el elemento subjetivo individual, el análisis debía comenzar a nivel colectivo, es decir, examinando si el *gobierno* de Sudán había tenido intención genocida, en lugar de empezar por el nivel individual. Es decir, su análisis se dirigió a intentar identificar el elemento subjetivo especial en la entidad "gobierno,"[82] lo que equivale a la existencia de una intención colectiva.[83]

Por lo tanto, la identificación del dolo especial del genocidio tanto en relación con la responsabilidad del Estado como con la del individuo da cuenta del vínculo entre ambos regímenes.

76. Schabas (2009²: 518).

77. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Goran Jelisic", *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A, párr. 48; TPIY, Apelaciones, "Fiscal vs. Radovan Krstic", *Judgment,* 19 de abril de 2004, IT-98-33-A, párrs. 223-224; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 830; TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párrs. 430-439.

78. May (2010: 115).

79. May (2010: 128).

80. Kim (2016: 182).

81. Kim (2016: 230).

82. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 16, e Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 518.

83. Kress (2015: 681).

2. Los modos de atribución de responsabilidad penal individual

El artículo III de la Convención contra el Genocidio dispone:

> Serán castigados los actos siguientes:
> a) El genocidio,
> b) La asociación para cometer genocidio,
> c) La instigación directa y pública a cometer genocidio,
> d) La tentativa de genocidio,
> e) La complicidad en el genocidio.

En primer lugar, cabe señalar que, si bien esta disposición menciona el término "actos", su significado es diferente de aquel utilizado en el artículo II, pues, en realidad, prevé distintos modos de responsabilidad e infracciones imperfectas, desarrollados en el capítulo 2, es decir que se refiere a nociones relacionadas con la responsabilidad penal internacional de los individuos. Sin embargo, como se verá a continuación, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado esta norma en casos de responsabilidad del Estado. En consecuencia, en este apartado se desarrollarán las nociones básicas del artículo III en relación, tanto con la responsabilidad del individuo como con la de los Estados, a fin de ofrecer una explicación completa de su contenido y de los vínculos que pueden establecerse entre ambos regímenes.

De manera introductoria, cabe señalar que, en su sentencia de 2007, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que, si se comprobaba la comisión de genocidio por parte del Estado (artículo II), entonces no sería necesario analizar si, además, incurrió en alguna de las modalidades del artículo III de la Convención (asociación para cometer, instigación pública y directa, tentativa y complicidad). Sin perjuicio de ello, observó que resultaba teóricamente posible que, sobre la base de los mismos hechos, se pudiera verificar, al mismo tiempo, la comisión de genocidio, la asociación (conspiración) para cometerlo y su instigación directa y pública. Por el contrario, consideró que la comisión de genocidio no podría lógica y jurídicamente superponerse con la tentativa de cometerlo ni con la complicidad.[84]

Como fuera explicado en el capítulo 3, en el caso de 2007, la Corte Internacional de Justicia concluyó que la comisión del crimen de genocidio no podía ser atribuida a Serbia, supuesto que sería considerado como una autoría prevista en el inciso a) del artículo III. En consecuencia, la Corte debió analizar las otras formas de responsabilidad previstas en el artículo III de la Convención, descar-

84. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 380 y 381. Esto no fue analizado en la sentencia de 2015 porque la Corte Internacional de Justicia llegó a la conclusión de que no se había cometido genocidio.

tando, no obstante, la asociación y la instigación directa y pública, que consideró irrelevantes para el caso.[85]

De forma similar, en el supuesto de la responsabilidad del individuo, si una persona es condenada como autor, entonces no podría ser condenada como cómplice ("aid and abet") por los mismos hechos. Sin embargo, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales internacionales han condenado a personas como autoras y, a la vez, por alguna de las infracciones imperfectas, como la instigación pública y directa.[86] Precisamente, porque son infracciones imperfectas y no modalidades de participación es que es teóricamente posible imputar a un individuo o atribuir a un Estado tanta responsabilidad por la comisión de genocidio como por alguna de dichos actos.[87]

La aplicación de las categorías del artículo III al ámbito de la responsabilidad del Estado amplía, en tanto *lex specialis*, el alcance e interpretación de las formas

85. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 417. Por otra parte, la Corte puntualizó que el hecho de que un Estado sea responsable por alguno de los actos mencionados en el artículo III torna superflua la discusión acerca de la violación del deber de prevención, pero no excluye que, además, sea considerado responsable por la violación del deber de castigar a los perpetradores, ya que se trata de dos hechos internacionalmente ilícitos diferentes. *Cf.* párr. 383.

86. Por ejemplo, en el caso *Akayesu*, la Sala de Juicio concluyó que el acusado era responsable por haber ordenado, cometido, asistido en la preparación o ejecución de la matanza y lesión grave física o mental de miembros del grupo étnico Tutsi como genocidio, así como de la instigación directa y pública a cometer genocidio. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 710 y 724. En la misma línea, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Juvénal Kajelijeli", *Judgment,* 1° de diciembre de 2003, ICTR-44A-T, párr. 858; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana y otros", *Judgment*, 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T, párrs. 1033, 1034 y 1039. Sin embargo, cabe señalar que, en ese caso, la Sala de Apelaciones modificó las condenas dictadas en primera instancia y solamente uno de los acusados (Hassan Ngeze) fue condenado por asistir en el genocidio ("*aid and abet*") y por instigación directa y pública a cometer genocidio, pero sobre la base de hechos diferentes. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana y otros", *Judgment*, 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A. En el caso *Kalimanzira*, el acusado fue condenado por asistir en el genocidio ("*aid and abet*") y por instigación directa y pública a cometer genocidio. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T. En sentido similar, TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ngirabatware", *Judgment,* 20 de diciembre de 2012, ICTR-99-54-T. Lo mismo ocurrió en el caso *Pauline Nyiramashuhuko et al.*, en el que uno de los acusados, Élie Ndayambaje, también fue condenado por asistencia a cometer genocidio ("*aid and abet*"), por instigación (de conformidad con el art. 6.1) y por instigación directa y pública a cometer genocidio por los mismos hechos. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment,* 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párrs. 6002 y 6029. Si bien la Sala de Apelaciones revocó una de las condenas por instigación directa y pública a cometer genocidio por falta de notificación oportuna, confirmó el otro cargo de instigación directa y pública, además del de la instigación como resultado de su presencia durante un discurso. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment,* 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A, párr. 2835.

87. Cassese (2007a: 880).

de responsabilidad previstas por los Artículos de la CDI, que solo prevén la comisión de hechos internacionalmente ilícitos o la ayuda o asistencia en dicha comisión, la dirección o control o la coacción, por lo que la Corte Internacional de Justicia debió "tomar prestados" conceptos del derecho penal para llevar adelante su análisis.[88]

2.1. La comisión del genocidio o la autoría

La autoría (y la coautoría) no están expresamente mencionadas en la Convención, pues solo se dispone en el inciso a) del artículo III que será castigado el acto de genocidio. En el contexto de dicho artículo, se ha interpretado que ello responde al modo de responsabilidad del principal, dejando abierto el contenido que se le dará.

En la práctica internacional en materia de responsabilidad individual, ello ha sido complementado por los estatutos de los tribunales penales internacionales que, como fue explicado en el apartado 3 del capítulo 2, han adoptado diferentes modelos para la atribución de responsabilidad individual, incluyendo un artículo específico, separado de las disposiciones que definen los crímenes. Los estatutos del TPIY y del TPIR, por ejemplo, incluyeron de manera literal los artículos II y III de la Convención de 1948 en sus artículos 4 y 2, respectivamente, donde se tipifica el crimen de genocidio. De este modo, las disposiciones que tipifican el crimen de genocidio contienen, al mismo tiempo, una referencia a modos de atribución de responsabilidad y a otras infracciones imperfectas, lo que, como se verá *infra*, generó algunos problemas interpretativos

Como fuera explicado en el apartado 3.2 del capítulo 2, debido al dilema llamado "Hitler como cómplice" se han desarrollado las doctrinas de la empresa criminal conjunta y de la (co)autoría mediata a través de una estructura o aparato organizado de poder para dar cuenta adecuadamente de la función central que desempeñan los dirigentes en el diseño y desarrollo de los crímenes internacionales e imputarlos como principales en lugar de como partícipes. Ambos modos de atribución requieren la prueba de un plan común, por lo que resultan adecuados para examinar la responsabilidad por un crimen sistémico y colectivo como el genocidio.

En el caso de los crímenes cometidos a través del aparato estatal, el plan o propósito común se corresponderá con una política de Estado y, por lo tanto, los hechos que se deben probar en uno y en otro régimen, serán los mismos.[89] Así, la dimensión colectiva de los crímenes internacionales juega un rol esencial

88. Cassese (2007a: 879).
89. Bonafè (2009: 185).

en la atribución de responsabilidad individual[90] y, al mismo tiempo, esta facilita la determinación de la responsabilidad del Estado.[91]

En esta línea, la empresa criminal conjunta refleja una lógica similar a la de la responsabilidad estatal, ya que, así como los actos de los autores materiales del crimen son parte del mismo plan común y serán atribuidos a los autores intelectuales, la conducta de los órganos del Estado –es decir, aquellos que físicamente comenten la conducta– le será atribuida al Estado como sujeto colectivo.[92]

Sin embargo, el vínculo que se establece entre los miembros de la empresa criminal conjunta es de carácter horizontal, por lo que no logra dar cuenta de la relación real que existe entre ellos, en particular, cuando se trata de una estructura como la del Estado, en la que también existen relaciones de tipo vertical o jerárquicas,[93] especialmente, si se trata de miembros de las Fuerzas Armadas. Desde esa perspectiva, la coautoría mediata o indirecta, que requiere la existencia de una organización liderada y controlada por varios/as coautores/as con un propósito común,[94] puede describir de modo más adecuado las relaciones verticales. En este sentido, el hecho de utilizar la estructura de poder del Estado resulta más adecuada para imputar responsabilidad a los autores jerárquicos de crímenes sistémicos.[95]

La pregunta que surge, entonces, es cuál es el modo de atribución que debería aplicarse en casos de criminalidad sistémica y qué criterios deberían utilizarse. ¿Se trata de usar el modo que facilite el enjuiciamiento y eventual sanción de la mayor cantidad de personas o de elegir aquel que mejor da cuenta del alcance colectivo del crimen y del rol del Estado? La práctica de los tribunales *ad hoc*, en particular del TPIY, demuestra que la empresa criminal conjunta es atractiva para la Fiscalía porque resulta más flexible en relación con los límites formales de la burocracia estatal y permite abarcar un gran número de personas.[96]

En la decisión del caso *Milosevic*, la Sala de Juicio afirmó que podía sostenerse que el acusado había sido un participante de una empresa criminal conjunta para destruir parte del grupo bosnio-musulmán pues compartía la intención y había contribuido a la empresa en razón de su posición de liderazgo frente el pueblo serbio, incluidos los serbio-bosnios de Bosnia Herzegovina, su promoción y apoyo de la formación de la Gran Serbia, y el soporte logístico y financiero de Serbia a los serbio-bosnios. Ello podía ser razonablemente inferido del conocimiento,

90. Bonafè (2009: 188).
91. Jørgensen (2011: 268).
92. Bonafè (2009: 186).
93. Li (2019: 509).
94. Ambos (2016: 998). Véase, por ejemplo, Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Dominic Ongwen", *Decision on the confirmation of charges*, 23 de mayo de 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red, párr. 38.
95. Pérez-León Acevedo (2019: 47).
96. Osiel (2005: 1786).

apoyo y relación cercana entre el ejército yugoslavo y el VRS, la naturaleza de la relación e involucramiento de Milosevic con la dirigencia política y militar de los serbio-bosnios, su autoridad e influencia sobre la dirigencia serbio-bosnia, su insistencia en estar informado sobre todo lo que ocurría en el frente, los crímenes cometidos, la escala y patrón de los ataques, su intensidad, el número sustancial de musulmanes asesinados, su tratamiento brutal en los centros de detención y otros lugares y el ataque a personas esenciales para la supervivencia del grupo.[97] Si bien el TPIY no llegó a decidir sobre su culpabilidad más allá de toda duda razonable debido a que Milosevic falleció antes del dictado de la sentencia de la Sala de Juicio, resulta interesante observar que varios de los factores que la Sala había considerado relevantes para probar su contribución a la empresa criminal conjunta, como el apoyo logístico y financiero de Serbia a los serbio-bosnios no fueron considerados suficiente por la Corte Internacional de Justicia para atribuir a Serbia las conductas de la República Srpska. Pareciera que, en materia de atribución de responsabilidad, el régimen estatal referido a la atribución al Estado de conductas de actores no estatales exige un umbral más alto de prueba.

En el caso de *Al Bashir*, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional utilizó la teoría de la autoría mediata fundamentándose en la posición del acusado en relación con el aparato militar y paramilitar en Sudán.[98] La Fiscalía solicitó la orden de arresto sobre la base del artículo 25.3.a), afirmando que Al Bashir había cometido los crímenes a través del control que ejercía sobre los miembros del aparato estatal ya que, *inter alia*, como presidente de Sudán, dirigía personalmente la estructura jerárquica estatal y la milicia Janjaweed,[99] mantenía el control a través de un sistema de informes que había dispuesto para asegurar la implementación de su plan[100] y para que todos los componentes del gobierno de Sudán, las fuerzas armadas y las milicias Janjaweed trabajaran de manera conjunta para llevarlo a cabo, utilizando los recursos del Estado;[101] y repetidamente usó su control para eliminar el disenso interno, asegurar la uniformidad de la implementación por parte de sus subordinados[102] y desarrollar estrategias para encubrir la intención genocida de los crímenes a través del aparato de comunicación del Estado.[103] Como fue desarrollado en el capítulo 4, la Sala de Cuestiones Preliminares acordó

97. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 299

98. Leme (2018: 105-106). Véase Fiscalía de la Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58*, 14 de julio de 2008, ICC-02/05-157-AnxA 12-09-2008, párrs. 244 y siguientes.

99. Fiscalía de la Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58*, 14 de julio de 2008, ICC-02/05-157-AnxA 12-09-2008, párr. 250.

100. *Idem*, párr. 264.

101. *Idem*, párr. 269.

102. *Idem*, párr. 280.

103. *Idem*, párr. 398.

con la Fiscalía y aplicó la doctrina de la autoría o coautoría indirecta a fin de emitir la orden de arresto, entendiendo que Omar Al Bashir y otros líderes de alta jerarquía políticos y militares del gobierno de Sudán dirigieron las ramas del aparato del Estado de manera coordinada para implementar de forma conjunta el plan común y que cada uno de ellos llevó adelante su respectiva contribución al plan común a través de otra persona.[104]

2.2. La complicidad por genocidio

El inciso e) se refiere a la complicidad como acto pasible de castigo solamente respecto de la comisión de genocidio, y no de los demás actos mencionados en el artículo III.[105] En el capítulo 2 se hizo referencia a las confusiones que surgen del uso de este término en el derecho internacional a la luz de los diferentes sistemas jurídicos internos,[106] resultando en un concepto vago[107] y difícil de describir de manera definitoria.

En el caso específico del crimen de genocidio, la cuestión se complejiza debido a que, por un lado, los estatutos del TPIY y del TPIR incluyeron *verbatim* el artículo III de la Convención en los artículos que definían el genocidio a los fines de su competencia y que, por otro lado, los artículos referidos a los modos de autoría y participación (artículos 7.1 y 6.1, respectivamente), mencionan la asistencia ("*aid and abet*") como una forma de imputación de responsabilidad, sin que surja claramente cuál es la relación entre ambos conceptos.[108] Además, el hecho de que el artículo III esté incluido en la disposición que tipifica el genocidio podría llevar a sostener que la complicidad sería una forma autónoma del crimen.[109]

104. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 213 y 216.

105. Schabas (2009²: 342).

106. Véase capítulo 2, apartado 3.2.c) de este libro.

107. May (2010: 136).

108. Milanovic (2007a: 680).

109. De hecho, los Principios de Nuremberg redactados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 establecen que la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de un crimen de guerra y de un crimen de lesa humanidad constituye un crimen del derecho internacional. *Cf.* Principio VII, Comisión de Derecho Internacional, "Principios del Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal", *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II)*, párr. 97. Esto parece sostener la sentencia de la Sala de Juicio en el caso *Akayesu*, en cuanto afirmó que la complicidad en el genocidio puede surgir de las formas de participación previstas en el artículo 6 del estatuto del TPIR. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 546. En el mismo sentido, Greenfield argumentó

Esto fue rechazado por la mayoría de la Sala de Juicio del caso *Karemera et al.*, que consideró que la complicidad en el genocidio no es un crimen en sí mismo, sino un modo de responsabilidad penal aplicable al genocidio, rechazando así la posibilidad de cometer complicidad en el genocidio a través de una empresa criminal conjunta, pues equivaldría a afirmar la comisión a través de dos modos diferentes.[110] En su Opinión Separada, el juez Short sostuvo que la complicidad en el genocidio posee indicios de una ofensa penal y, al mismo tiempo, incluye un modo particular de responsabilidad, puesto que el cargo por complicidad en el genocidio se presentaba como una alternativa al genocidio, es decir, entendió que se trataba de un crimen al que se le aplica un modo particular de responsabilidad.[111] Ha sido observado que la posición del juez Short permite afirmar que la complicidad en el genocidio es un híbrido entre un crimen sustantivo y un modo de responsabilidad y ofrecería una forma lógica de reconciliar ambas posiciones.[112] Sin embargo, no resulta claro cuáles serían las consecuencias de aplicar una figura híbrida en un caso concreto.

Por otro lado, algunas Salas de Juicio del TPIY han dicho que la relación entre el artículo 7.1 y el artículo 4.3 (que define el crimen de genocidio) puede ser interpretada tanto en el sentido de que la segunda disposición constituye una *lex specialis* en supuestos de genocidio en relación con la primera, como que aquella debe aplicarse de acuerdo con los modos de participación del artículo 7.1.[113] En el caso *Blagojevic y Jokic*, la Sala de Juicio consideró que las formas de responsabilidad del artículo 7.1 eran más específicas y estaban delimitadas más estrictamente que las del artículo 4.3, por lo que decidió analizar la conducta de los acusados a la luz del primero.[114] En este sentido, afirmó que la complicidad había sido

---

que no se trata de una forma de participación, sino que es un crimen autónomo, que es más amplio que el supuesto de "*aid and abet*", y que permitiría que el cómplice solo prevea como posible el resultado de sus acciones, sin que sea necesario que el genocidio sea su propósito. *Cf.* Greenfield (2008: 923-924). Sin embargo, cabe observar que la Sala de Juicio en el caso *Musema* afirmó que una persona solamente podía ser responsabilizada como cómplice si se probaba que el crimen de genocidio había sido cometido, pero que no era necesario que el autor principal hubiera sido identificado o juzgado. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párrs. 173-174.

110. TPIR, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on Defence motions challenging the pleading of a joint criminal enterprise in a count of complicity in genocide in the amended indictment*, 18 de mayo de 2006, ICTR-98-44-T, párrs. 8-10.

111. *Idem*, Opinión Separada del juez Short, párr. 8. La frase original dice: "complicity in genocide has the indicia of a criminal offense, whilst encompassing a particular mode of liability".

112. Dawson y Boynton (2008: 266).

113. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párr. 455; Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 138.

114. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment,* 17 de enero de 2005, IT-02-60-T, párr. 679.

interpretada en el sentido de contener diferentes modos de responsabilidad del art. 7.1 y, por lo tanto, el acusado debía ser notificado de la naturaleza exacta y extensión de su responsabilidad.[115]

Uno de los acusados ante el TPIR alegó ante la Sala de Apelaciones que no podía ser condenado por asistencia ("*aid and abet*") en el genocidio porque la Convención de 1948 no contiene ese modo de responsabilidad. Dicho argumento fue rechazado por la Sala, quien, con cita del caso *Krstic*, sostuvo que la noción de complicidad de la Convención incluía la de "*aid and abet*".[116] En una línea similar, en el caso de Laurent Semanza, la Sala de Juicio observó que existía una redundancia normativa entre el artículo 2 y el artículo 6.1 del Estatuto debido a que el primero había incorporado *verbatim* el artículo III de la Convención de 1948 y, por lo tanto, la noción de acto de genocidio de la Convención se superponía con la comisión, prevista en el artículo 6, y la noción de complicidad, con otras formas de complicidad como "*aid and abet*" previstas en dicho artículo.[117] De hecho, la jurisprudencia del TPIR ha rechazado el cargo de complicidad por genocidio cuando la persona acusada ha sido encontrada culpable por alguna de las formas de responsabilidad del artículo 6.1 de su Estatuto, incluida la asistencia ("*aid and abet*"), lo que parece indicar que "complicidad por genocidio" no sería equivalente a "*aid and abet*".

La práctica jurisprudencial del TPIR da cuenta de que las salas identificaron las diferencias entre la complicidad y el "*aid and abet*" en el genocidio en el nivel del elemento subjetivo, ya que existe acuerdo con respecto a que, en relación con los elementos objetivos, ambos conceptos pueden coincidir.[118] El *actus reus* de esta forma de responsabilidad, que puede consistir en asistencia práctica, aliento

115. *Idem*, párr. 778. Blagojevic fue condenado por la Sala de Juicio por complicidad en el genocidio a través de la asistencia ("*aid and abet*"), *cf.* párr. 787. No obstante, la Sala de Apelaciones revocó la condena por considerar que Blagojevic no tenía conocimiento de la intención genocida. *Cf.* TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123.

116. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana", *Judgment*, 13 de diciembre de 2004, ICTR-96-10-A y ICTR 96-17-A, párr. 371.

117. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Laurent Semanza", *Judgment*, 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T, párr. 391. En primera instancia, Semanaza fue condenado por complicidad en el genocidio y se afirmó que poseía intención genocida, pero que, por la naturaleza de su participación, era un cómplice y no un autor. *Cf.* párrs. 435-436. En otro caso, la Sala de Apelaciones aclaró que para que prospere una condena por "*aid and abet*", la Sala de Juicio debe identificar con precisión cuál es el acto de genocidio que la persona acusada facilitó con su conducta. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Athanase Seromba", *Judgment*, 12 de marzo de 2008, ICTR-01-66-A, párrs. 48-49.

118. van Sliedregt (2009b: 171). En contra se expresó la Sala de Apelaciones del TPIY, que consideró que la complicidad entraña una variedad de actos más amplia que "*aid and abet*". *Cf.* "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 139.

o apoyo moral, debe contribuir sustancialmente a la comisión del crimen[119] y puede tener lugar antes, durante o después de este, incluso en un lugar diferente del crimen principal y no es necesario que el/la autor/a conozca la contribución.[120]

En su primera condena por genocidio, la Sala de Juicio del TPIR señaló que el elemento subjetivo de la complicidad requiere conocimiento, mientras que en el caso de "*aid and abet*", se requiere dolo especial.[121] Esta postura se diferenciaba de aquella tomada posteriormente por el TPIY según la cual, el elemento subjetivo de "*aid and abet*" solamente exige conocimiento de la intención del autor principal y de que los propios actos o conductas asistirán en la comisión de los crímenes.[122] Algunos años después, la Sala de Apelaciones del TPIR adoptó finalmente la postura del TPIY en el caso *Ntakirutimana*, al afirmar que, para lograr una condena por asistir ("*aid and abet*") en el crimen de genocidio, se debía probar que la persona acusada conocía la intención genocida del autor principal, pero no que poseía por sí misma la intención.[123] En relación con el elemento subjetivo de la complicidad, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krstic* afirmó que, según surgía de los trabajos preparatorios de la Convención de 1948, la complicidad en el genocidio, en tanto prohíbe una conducta más amplia que la asistencia, requiere probar que el cómplice poseía la intención específica de destruir un grupo protegido.[124] De esta manera, la complicidad está dirigida a quien, en realidad, podría ser considerado como el principal responsable, pero no comete físicamente los actos genocidas, como aquel que planifica o da una orden[125] (modos no incluidos en el artículo III). Esta postura ha sido criticada

119. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", *Judgment,* 17 de enero de 2005, IT-02-60-T, párr. 782.

120. TPIR, Sala de Apelaciones "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A, párr. 3332.

121. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 485. La Sala de Juicio en el caso *Musema* adoptó otra posición y afirmó que "*aid and abet*" es una forma de complicidad y, por lo tanto, el cómplice solamente debía conocer y no era necesario que posea la intención específica. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema", *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 181.

122. van Sliedregt (2009b: 170).

123. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana", *Judgment*, 13 de diciembre de 2004, ICTR-96-10-A y ICTR 96-17-A, párrs. 364 y 501. Cabe señalar que tres de los cinco jueces de la Sala de Apelaciones habían intervenido en la Sala de Apelaciones del caso *Krstic* del TPIY.

124. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 142. La Sala se refirió a la propuesta del Reino Unido de incluir la palabra "deliberada" ("*deliberate*") antes de complicidad, que luego fue retirada por considerarla innecesaria. Al respecto, se ha observado que "deliberado" no excluye el conocimiento. *Cf.* van Sliedregt (2009b: 171).

125. Schabas (2009[2]: 340). Cabe observar que la orden de cometer un crimen está incluida en el artículo 25.3.b) del Estatuto de Roma como un modo de responsabilidad distinto de la autoría y de la complicidad.

en tanto, al requerir que el cómplice en los términos del artículo III, inciso e), tenga el dolo especial del principal, vacía de contenido la idea de complicidad,[126] al menos desde la perspectiva de los sistemas romano-germánicos.[127] Por otro lado, ha sido observado que, como el elemento del dolo especial aparece en la tipificación del crimen del artículo II de la Convención, este debería ser satisfecho en todos los casos, sin perjuicio del modo de responsabilidad que se le atribuya.[128]

Esta situación llevó a que la Sala de Juicio del caso *Milosevic* afirmara que no existía una decisión que con autoridad diferenciara entre la *mens rea* para el "*aid and abet"* y para la complicidad en el genocidio, ni que esta última fuera más amplia que la primera o que ambas tuvieran el mismo alcance, por lo que aceptó la posición de la Fiscalía que sostenía que eran esencialmente iguales.[129] De todas formas, actualmente puede afirmarse que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que no incluye condenas por complicidad en el genocidio sino por "*aid and abet*", acordó en considerar que esta forma de participación es una forma restringida de complicidad.[130] De esta manera, la complicidad en el genocidio podría incluir otros modos de responsabilidad previstos en los Estatutos del TPIY y del TPIR.[131]

A la luz de estos problemas, se considera que la inclusión *verbatim* del artículo III de la Convención en la definición de genocidio de dichos estatutos se debió a una mala técnica legislativa, que tomó un concepto que tiene su origen en los ordenamientos domésticos del sistema jurídico angloamericano.[132] Esta confusión se acrecienta por el hecho de que, tanto a nivel de la responsabilidad del Estado como de la del individuo no existe una definición fija del término "complicidad".[133] En este sentido, cabe recordar que, como fuera señalado en el capítulo 2, en los sistemas jurídicos angloamericanos, la noción de "*complicity*" se utiliza generalmente para referirse al hecho de intervenir con otros en un hecho punible ("*partnership in crime*"), que no distingue entre autores y partícipes[134] o que se refiere a los cómplices como un término abarcativo de diferentes tipos de participación, que incluye a los principales y a los accesorios.[135] Si se aplicara una teoría unitaria de la autoría, entonces no existirían diferencias en el nivel

126. Eboe-Osuji (2005: 66).
127. Véase capítulo 2 de este libro.
128. Webb (2012: 130).
129. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párrs. 296-297.
130. Jørgensen (2011: 269).
131. Dawson y Boynton (2008: 277).
132. van Sliedregt (2009b: 167 y 178).
133. Kok (2012: 557).
134. Olásolo Alonso (2013: 53-54).
135. Eboe-Osuji (2005: 76).

subjetivo entre quien comete genocidio (artículo III.a) y quién actúa como cómplice (artículo III.e).

Cabe señalar que el Estatuto de Roma, al definir el crimen de genocidio, solamente incluyó el contenido del artículo II, por lo que, en materia de imputación de responsabilidad se debe aplicar el artículo 25 de dicho instrumento, que incluye referencias a los modos previstos en el artículo III de la Convención, incluidas también dos de las infracciones imperfectas. Por lo tanto, hacer una diferenciación entre la complicidad con el genocidio y con el resto de los crímenes carece de sentido.[136]

Por su parte, la Ley de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya no incluye la complicidad dentro de los actos pasibles de castigo, sino que, en su lugar, menciona, de manera más genérica, la "participación en actos de genocidio".[137]

Este modo de responsabilidad resulta, quizás, el más cercano a la regulación de la responsabilidad del Estado ya que los Artículos preparados por la CDI contienen tres disposiciones relacionadas con situaciones de colaboración interestatal que podrían ser asimiladas a una forma de complicidad,[138] a pesar de que la CDI decidió no utilizar dicho término porque varios de sus miembros señalaron que no resultaba adecuado tomar prestados conceptos del derecho penal.[139] Asimismo, la propia CDI aclaró que los artículos que regulan la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de otro (artículos 16, 17 y 18) constituyen una excepción al principio general que denominó "la responsabilidad independiente", que se basa en que "cada Estado tiene sus propias obligaciones internacionales y las responsabilidades correspondientes".[140] Se ha observado que una explicación posible se vincula con el tradicional bilateralismo de las relaciones interestatales en materia de responsabilidad,[141] mencionado en el capítulo 1. Sin embargo, como fuera señalado, esta concepción de la responsabilidad internacional, similar a la del derecho interno, ha mutado para extenderse más allá de una relación bilateral entre el Estado responsable y el Estado lesionado con la incorporación de nociones como "la comunidad internacional de Estados" y "normas imperativas de derecho internacional". En este contexto, la regulación de situaciones asimilables a la complicidad sigue esa línea y reconoce que "un comportamiento

136. Ambos (2009a: 855).

137. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006), artículo 4. Disponible en https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf (último acceso: 20/04/2024).

138. Véase capítulo 1, apartado 3 de este libro.

139. Palchetti (2009: 382).

140. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 67.

141. Jackson (2015: 125).

internacionalmente ilícito resulta a menudo de la colaboración de varios Estados y no de un solo Estado que actúa aisladamente".[142]

Por otro lado, cabe tener presente que el artículo III de la Convención contra el Genocidio constituye una norma primaria, es decir, no parece considerar la complicidad como un modo de participación, sino, más bien, desde una perspectiva sustantiva.[143] Por ello, la Corte debió aplicar el artículo 16, que es una norma secundaria y que se ocupa precisamente de las consecuencias de la complicidad.[144] Esta desconexión conceptual refleja en cierta forma las discusiones respecto de los estatutos del TPIY y del TPIR antes mencionadas.

En primer lugar, el artículo 16 se refiere a los casos en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.[145] Se trata de una responsabilidad derivada en el sentido de que su configuración depende de que el hecho internacionalmente ilícito del otro Estado haya ocurrido[146] (al igual que la asistencia en el caso de la responsabilidad individual). Además, sobre la base del principio de la responsabilidad independiente, el Estado que asiste será responsable solamente por su propia conducta.[147] En segundo lugar, el artículo 17 dispone que un Estado es responsable por el hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado si ha ejercido poderes de dirección y control sobre dicho Estado. Finalmente, el artículo 18 regula el supuesto en que un Estado coacciona deliberadamente a otro para que se cometa un hecho internacionalmente ilícito.

En el caso sobre la *Convención contra el Genocidio de 2007*, la Corte Internacional de Justicia se abocó al análisis del concepto de complicidad para cometer genocidio, que entendió como la provisión de los medios para permitir o facilitar la comisión del crimen.[148] Asimismo, señaló que, si bien esta noción no existe en la terminología del derecho internacional de la responsabilidad del Estado, se incluyó la "ayuda o asistencia" que un Estado le presta a otro Estado –aunque

142. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, vol. II [2]),* p. 67.

143. Aksenova (2016: 199).

144. Aunque ha sido observado que el artículo 16 sería, a su vez, una norma primaria, pues incorpora la obligación de no asistir o ayudar en la realización de un hecho ilícito y la violación de dicha obligación genera una responsabilidad propia del Estado que asistió o ayudó. *Cf.* Nollkaemper y Jacobs (2013: 409).

145. En su informe de 1978, Roberto Ago ofreció como ejemplo la situación en la que un Estado asiste a otro proveyéndole armas para la comisión de un genocidio, mencionado que el artículo III de la Convención contra el Genocidio incluía la complicidad, adelantando de esta manera, su aplicación a la responsabilidad de los Estados. *Cf.* Palchetti (2009: 381).

146. Jackson (2015: 153).

147. Salvo cuando la asistencia sea un elemento necesario del hecho ilícito en ausencia del cual no podría haber ocurrido. En ese caso, el perjuicio sufrido puede ser atribuido concurrentemente al Estado que presta la asistencia y al Estado que comete el hecho ilícito. *Cf.* A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 71.

148. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

en ese caso no se trataba de dos Estados, sino de un Estado y de una entidad dentro de un Estado– para cometer un hecho ilícito, previsto en el artículo 16 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que, además, calificó como una norma consuetudinaria.[149]

Como fuera señalado en el capítulo 1, dicha norma requiere que el Estado que asiste lo haga con conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito y que ese acto también habría sido ilícito de haber sido cometido por dicho Estado. Este segundo elemento no tiene ningún efecto práctico en el caso de la prohibición de cometer genocidio, pues se trata de una norma de carácter imperativo oponible *erga omnes*. En sus comentarios, la CDI incorporó un tercer elemento al disponer que "la ayuda o asistencia se debe prestar con la *intención* de facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente",[150] (subrayado agregado) es decir que deben guardar "una relación clara con el hecho ilícito subsiguiente"[151] y tratarse de una asistencia o ayuda significativa, aunque no esencial.[152]

En su sentencia, la Corte asimiló una noción de naturaleza penal, como es la complicidad, a un concepto relativo a la responsabilidad internacional del Estado. Al mismo tiempo, distinguió la complicidad en materia de responsabilidad del Estado observando que, mientras en varios ordenamientos penales domésticos el hecho de ordenar o dirigir podría ser considerado una forma de complicidad, en el derecho internacional, ello implicaría considerar autor al Estado que ordena o dirige, sobre la base del artículo 8 de los Artículos de la CDI,[153] acotando el alcance de la complicidad en materia del Estado.[154]

Al respecto, se ha señalado que la Corte, al decir que la complicidad "incluye la ayuda o asistencia", en realidad, sostuvo que la complicidad sería un concepto más amplio que el previsto en el artículo 16.[155] En este sentido, cabe observar que, mientras el artículo 16 se refiere a un supuesto de asistencia interestatal, la complicidad prevista en la Convención contra el Genocidio no menciona expresamente

149. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 420.

150. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 70. El propio Relator Especial, James Crawford, reconoció que el elemento de la intención no aparece en la norma, sino en los Comentarios. *Cf.* Ferro (2016: 145).

151. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 70.

152. *Ibidem*.

153. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

154. De hecho, ha sido observado que la distinción entre el Estado responsable principal y el cómplice resulta sutil. Así, por ejemplo, el hecho de proporcionar armas sería considerado una asistencia en los términos del artículo 16, mientras que proporcionar tropas sería un supuesto de Estado como autor principal. *Cf.* Quigley citado en Jørgensen (2011: 268).

155. Palchetti (2009: 386).

quiénes serían los sujetos involucrados,[156] razón que apoya la interpretación especial que hizo la Corte considerando la asistencia a un actor no estatal. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, al diferenciar la complicidad en el genocidio de la obligación de prevención, observó que la primera siempre requiere algún tipo de acción positiva.[157] No obstante, sería posible pensar en una situación en la que la ayuda o asistencia prestada a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito adquiriera la forma de una omisión, como, por ejemplo, permitir que un Estado use el territorio de otro Estado para cometer un hecho internacionalmente ilícito como el genocidio.[158] Por otro lado, no queda claro si la distinción entre el requerimiento de una conducta activa para la complicidad y una omisión para configurar la violación del deber de prevención constituye una *lex specialis* en materia de genocidio o es aplicable de manera general a la responsabilidad del Estado por cualquier hecho internacionalmente ilícito.[159]

Se ha observado que la construcción de la noción de complicidad que realizó la Corte no se condice con aquella prevista en los ordenamientos penales domésticos ni tampoco en los principios del derecho internacional penal, ya que, por ejemplo, se acepta que en el caso de la responsabilidad individual también es posible la imputación por complicidad *("aid and abet")* en casos de omisión.[160] Por ejemplo, la Sala de Juicio del TPIR condenó a Jean-Paul Akayesu, quien era burgomaestre de una localidad, como cómplice del crimen de genocidio por no haber impedido que otras personas mataran miembros del grupo Tutsi.[161] De manera similar, en el caso de Pauline Nyiramashuhuko *et al.*, la Sala de Juicio condenó por asistencia en el genocidio ("*aid and abet*") a Sylvain Nsabimana quien era prefecto de Butare, por su omisión de actuar y pedir refuerzos a fin de evitar los ataques en la oficina de la Prefectura.[162]

En este aspecto, se ha considerado que, si se hubiera aplicado la figura de la empresa criminal conjunta en casos como *Akayesu*, se habría concluido que,

156. Palchetti (2009: 385).

157. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432. Se ha observado que la Corte no citó ninguna autoridad en apoyo de esta interpretación restrictiva, por lo que podría ser leída como una desviación de la definición de la Convención de 1948 y de la definición consuetudinaria. *Cf.* Mettraux (2019: 23-24).

158. Palchetti (2009: 385).

159. Lanovoy (2014: 146). Cabe observar que, en el caso del *Canal de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia consideró que la omisión de Albania de tomar todas las medidas posibles para advertir a los buques británicos de la existencia de minas y así prevenir la explosión generó su responsabilidad internacional. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *The Corfu Channel Case* (Reino Unido vs. Albania), cit., p. 23.

160. Cassese (2007a: 884).

161. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 704-707.

162. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 5903.

como el acusado tenía dolo especial de genocidio, debía ser condenado como autor principal,[163] pues esta figura pone el énfasis en la *mens rea*, siempre que, además, se pruebe que la persona realizó una contribución significativa para la comisión del crimen de genocidio.[164]

Precisamente, en relación con el elemento subjetivo, la Corte Internacional de Justicia afirmó que, para que la conducta de los órganos o personas del Estado pudiera ser considerada como complicidad, deberían haber actuado, por lo menos,[165] con conocimiento del dolo especial del perpetrador principal, dejando abierta, sin embargo, la cuestión respecto de la intención del cómplice, pues como entendió que en el caso no se cumplía con el primer elemento, no entró en el análisis del segundo,[166] incluso cuando era una cuestión jurídica que había sido discutida durante el trámite del caso.[167] Podría pensarse en este punto que la distinción subjetiva que los tribunales *ad hoc* hicieron respecto de los autores principales y de los partícipes es aplicable al caso de los Estados y, por lo tanto, afirmar que en el caso de la asistencia estatal, solamente se requeriría que el Estado que asiste conozca la intención genocida del otro Estado.[168]

La Corte admitió que se había probado que Serbia había brindado asistencia militar, financiera y política sustancial a la República Srpska y al VRS antes y durante los incidentes de Srebrenica, y que no había demasiada duda respecto de que tales incidentes habían sido cometidos, al menos en parte, con dichos recursos. Sin embargo, y nuevamente echando mano de una noción de derecho penal, entendió que no estaba probado más allá de toda duda que las autoridades de Serbia asistieron a las autoridades de Srpska en el momento en que estas

163. Jørgensen (2011: 261).

164. Jørgensen (2011: 263).

165. La frase "por lo menos" ("*at least*" en el texto original) ha sido interpretada, tanto en el sentido de implicar que el conocimiento es solo uno de los requisitos, como de entender que se trata de un requisito mínimo que permite que la responsabilidad derivada se configure. *Cf.* Ferro (2016: 147).

166. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 421-422.

167. Milanovic (2007a: 681).

168. *Cf.* Jørgensen (2011: 265). Esta fue, precisamente, la postura de algunos jueces. En su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou sostuvo que la Corte debió haber sido más clara y afirmado que no se requiere que el cómplice comparta la intención del autor principal, sino que es suficiente que esté consciente de esta. *Cf.* Opinión Disidente del juez Mahiou, párr. 125. La misma posición adoptó el juez Keith apoyándose en desarrollos relacionados con la responsabilidad penal del individuo, quien, además, señaló que tales requisitos se configuraban en el caso. *Cf.* Declaración del juez Keith, párrs. 1, 6-7. De manera similar, el juez Benouna sostuvo que la *mens rea* para el cómplice se configura con la intención de ayudar al autor principal y con el conocimiento del crimen que el principal cometerá. *Cf.* Declaración del juez Benouna, p. 361.

conocían que se cometería el crimen de genocidio.[169] De esta manera, perpetuó la confusión respecto del elemento de intencionalidad que se había dado en los primeros casos ante los tribunales penales internacionales.

En el caso de considerar que el artículo 16 exige solamente el conocimiento de "las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito", es posible pensar que, en el caso del crimen de genocidio, "las circunstancias" incluyen el dolo especial, pues se trata de uno de sus elementos constitutivos. De hecho, en sus Comentarios al Proyecto de Artículos, la CDI aclaró que, si bien solamente se exigía que el Estado que asiste tuviera conocimiento de las circunstancias y que se estableciera una relación causal específica entre ese hecho y su comportamiento, ello no equivalía a rechazar la posibilidad de que entre los requisitos de la norma primaria se incluyera una intención dolosa,[170] como ocurre en el caso de la Convención contra el Genocidio. La regla del artículo 16 no está concebida necesariamente para ser aplicada a este tipo de hechos internacionalmente ilícitos, en los que el mero conocimiento de que la asistencia serviría para su comisión sin conocimiento de la intención específica del Estado autor de cometer genocidio podría parecer insuficiente para atribuirle responsabilidad al Estado que asistió.[171]

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia incluyó dentro de la conducta cómplice la provisión de los medios *para permitir o facilitar la comisión del crimen*.[172] Esta frase parece agregar un requisito al artículo 16 relacionado con la intención,[173] que no está expresamente mencionado en dicha norma, pero que, como fue indicado, la propia CDI incorpora en los Comentarios al Proyecto de Artículos,[174] generando así una ambigüedad respecto de cuáles serían los requisitos.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Internacional de Justicia no haya distinguido el artículo 16 de los Artículos de la CDI del artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio implica que asimiló el primero a la noción de "*aid and abet*" de la responsabilidad individual.[175] De todas formas, al no haber mencionado

169. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 422. Es interesante señalar que, al examinar la violación del deber de prevención la Corte fijó un estándar subjetivo más bajo que distinguió del requerido para la complicidad, afirmando que, si bien el conocimiento por parte de Serbia de lo que ocurriría en Srebrenica no había alcanzado el umbral necesario para considerar que había sido cómplice –certeza de que el genocidio era inminente–, sí podía afirmar que era imposible que las autoridades de dicho Estado desconocieran el riesgo grave de que ello ocurriera si las fuerzas del VRS decidían ocupar el enclave de Srebrenica. *Cf.* párr. 438.

170. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* pp. 68-69.

171. Jørgensen (2011: 266).

172. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

173. Jackson (2015: 50).

174. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 69.

175. Jørgensen (2011: 265).

expresamente si se requería que el Estado que presta asistencia compartiera el dolo especial del genocidio, dejó abierto el interrogante acerca de la posibilidad de darle un contenido especial al artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio en materia de responsabilidad estatal.

Si bien no fue examinado por la Corte Internacional de Justicia en las sentencias de 2007 y 2015, cabe agregar a este análisis el artículo 41 de los Artículos de la CDI, en cuanto incluye dentro de las consecuencias de la grave violación de una norma imperativa, la obligación de terceros Estados de no prestar asistencia o ayuda para mantener la situación creada por dicha violación. En este sentido, surge la pregunta respecto de la situación jurídica de los Estados que asistan al Estado responsable en los términos de dicho artículo. ¿Podrían ser considerados cómplices en el sentido del inciso e) del artículo III?

En primer lugar, cabe recordar que la CDI en sus comentarios al Proyecto señaló que la obligación de no prestar asistencia va más allá del artículo 16 y "se refiere al comportamiento *a posteriori* que presta asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación oponible a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional". Así, podría pensarse que, mientras el artículo 16 se aplica a la asistencia prestada durante la comisión del crimen de genocidio, la prevista por el artículo 41 sería posterior, no ya para la comisión del crimen, sino para mantener la situación generada por el genocidio, lo que podría no encuadrar en la definición del artículo II de la Convención. Al mismo tiempo, la CDI reconoció que los elementos de "ayuda o asistencia" del artículo 41 deben leerse de forma conjunta con el artículo 16. Agregó, sin embargo, que en el caso del artículo 41, no hay necesidad de mencionar el elemento del conocimiento de las circunstancias del hecho ilícito por parte del Estado que presta la asistencia o ayuda, pues "difícilmente cabe imaginar que un Estado no esté al corriente de la comisión de una violación grave por parte de otro Estado".[176] ¿Sería posible pensar en la aplicación de este razonamiento a la aplicación del artículo 16 y plantear una presunción respecto del elemento del conocimiento? Finalmente, no surge del artículo 41 que el Estado deba compartir la intención del Estado responsable para que su conducta resulte violatoria de dicha norma,[177] lo que lo acercaría a una noción de asistencia ("*aid and abet*") de la responsabilidad del individuo.

2.3. La responsabilidad del superior

Cabe señalar, en último lugar, que de los modos de atribución de responsabilidad descriptos en el capítulo 2, el único que no encuentra algún tipo de eco

176. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 123.
177. Kok (2012: 573).

en el artículo III es la responsabilidad del superior. Ello puede ser explicado por el hecho de que extender al genocidio un modo de participación basado en la negligencia resulta contradictorio con la propia definición del crimen que, no solamente es doloso, sino que, además, requiere un dolo especial o ulterior. Sin embargo, tanto los estatutos de los tribunales *ad hoc* como el Estatuto de Roma contienen este modo de responsabilidad sin hacer ningún tipo de distinción entre el genocidio y el resto de los crímenes de competencia de cada tribunal. De hecho, una Sala de Juicio del TPIY consideró que, para el derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad del superior se extendía al crimen de genocidio.[178] Asimismo, en muchas de las acusaciones, las Fiscalías del TPIR y del TPIY invocaron de forma conjunta tanto la responsabilidad directa como la del superior, lo que fue aceptado por varias Salas de Juicio del TPIR.[179] Por otra parte, las Salas de Juicio del TPIY consideraron que no resultaba adecuado condenar por ambas modalidades, por lo que sostuvieron que había que elegir aquella que reflejara mejor la conducta criminal de la persona acusada.[180] Las Salas de Apelaciones de ambos tribunales afirmaron de modo general que, cuando se configuran los requisitos para ambas formas de responsabilidad, debería condenarse a la persona solamente por la forma dolosa y tomarse en cuenta la responsabilidad del superior como un factor agravante al momento de fijar la pena.[181] Hay algunos casos que constituyen una excepción, como, por ejemplo, el caso de *Nahimana et al.*, en el que el TPIR confirmó una condena sobre la base de responsabilidad del superior por el crimen de genocidio por las conductas de sus subordinados.[182] En el caso *Bagosora et al.*, la Sala condenó por genocidio a

178. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Judgment*, 1° de septiembre de 2004, IT-99-36-T, párr. 712.

179. Schabas (2009²: 364). En el caso *Kayishema y Ruzindana*, la Sala de Juicio condenó a Clément Kayishema por genocidio como superior responsable y como asistente ("*aid and abet*"). *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párrs. 562-563. De la misma manera, en el caso *Musema*, la Sala condenó al acusado como responsable superior y como asistente ("*aid and abet*"). *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema*", Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párrs. 880 y 897. Zahar observó que, en ambos casos, la metodología de las Salas había sido simplemente usar los mismos hechos para dictar una condena por las dos modalidades. *Cf.* (2001: 603). Asimismo, con relación al caso *Musema* criticó la conclusión de la Sala por entender que, al tratarse de un civil dueño de una empresa de té, podría tener implicancias en la responsabilidad de todos los dueños de negocios por los crímenes perpetrados por sus empleados solo por encontrarse vinculados por el lugar de trabajo. *Cf.* (2001: 602).

180. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 652; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Milomir Stakic", *Judgment*, 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, párr. 464.

181. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Radislav Krstic", *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A, párr. 142; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-98-44-A, párr. 338.

182. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment,* 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A, párr. 486. La misma posición sostuvo en TPIR, Sala de

dos de los acusados por responsabilidad del superior por los actos cometidos por sus subordinados, pues conocían la intención genocida de sus acciones.[183] En este sentido, debe probarse el dolo especial de los subordinados y el conocimiento que de ello tenía el superior para imputarle responsabilidad por no haber evitado sus acciones o no haberlas castigado.[184] Ello quiere decir que el superior no debe poseer la intención genocida para ser condenado por este crimen, puesto que se trata de una forma de responsabilidad de omisión culpable.[185]

En cuanto a su capacidad de dar cuenta de la naturaleza sistémica del crimen de genocidio, cabe admitir que este modo de responsabilidad refleja adecuadamente la estructura jerárquica de un Estado, tanto del poder civil como del poder militar[186] y la dimensión colectiva y organizada del crimen. La Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur observó que, cuando los crímenes son cometidos regularmente en gran escala y como parte de un patrón criminal de conducta, la responsabilidad del superior es más grave que cuando los crímenes son cometidos de manera aislada, pues al no evitar los crímenes y castigar a los perpetradores, de alguna manera, el superior toma parte en su comisión.[187]

Los superiores responsables en el ámbito de la responsabilidad individual son los órganos del Estado cuya conducta le es atribuible.[188] No obstante, ello no implica que las personas en cargos de autoridad estatal sean responsables por todos los crímenes que allí ocurran. En el caso *Bizimungu et al.*, en el que se examinaba la responsabilidad de cuatro ministros del gobierno interino de Ruanda, la Sala de Juicio manifestó que ser funcionario de un gobierno no implica tener responsabilidad del superior respecto de cada persona bajo su jurisdicción, pues tener influencia no equivale a contar con control efectivo.[189]

Se ha trazado un paralelismo entre este modo de responsabilidad y la responsabilidad del Estado por la violación del deber de prevención,[190] pues tanto el superior como el Estado serán responsables si conocían o debían haber conocido

---

Apelaciones, "Fiscal vs. Tharcisse Renzaho", *Judgment,* 1° de abril de 2011, ICTR-97-31-A, párr. 564.

183. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párrs. 2135, 2139, 2144, y 2154. *Cf.* TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 14 de diciembre de 2011, ICTR-98-41-A, párr. 384.

184. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", *Judgment*, 17 de mayo de 2011, ICTR-00-56-T, párrs. 2079-2080. Véase también TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Radoslav Brdanin", *Judgment*, 1° de septiembre de 2004, IT-99-36-T, párr. 720.

185. Chadimova (2020: 187).

186. Osiel (2005: 1770).

187. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 9.

188. Reid (2005: 826). Aunque, el vínculo entre el Estado y el superior también podría ser *de facto*. *Cf.* Osiel (2005: 1776).

189. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párr. 1891.

190. Li (2019: 516).

que un genocidio se iba a cometer y no lo previnieron.[191] Sin embargo, cabe observar que, en realidad, en el contexto de la Convención contra el Genocidio, se trataría de la violación de una obligación diferente a la prohibición de no cometer genocidio. Por lo tanto, si bien, tanto en el régimen de responsabilidad del individuo como en la responsabilidad del Estado resulta más fácil probar una responsabilidad del superior o la violación del deber de prevención del genocidio, en realidad, se perdería el rol del autor de la comisión del crimen y, por lo tanto, no ofrecería un relato adecuado de los hechos.

3. Infracciones imperfectas y extensión de la responsabilidad

Las infracciones imperfectas previstas en el artículo III de la Convención contra el Genocidio expanden el alcance del crimen, pues permiten criminalizar más actos vinculados a este. Se ha sugerido que la naturaleza única del genocidio explica la extensión de la responsabilidad a conductas que no están incluidas con respecto a otros crímenes, como la instigación directa y pública a cometer genocidio o la asociación o conspiración.[192] En ambos supuestos no se trata de modos de responsabilidad, sino de infracciones imperfectas[193] por lo que no se requiere que el genocidio sea efectivamente cometido. En el caso de los estatutos del TPIY y del TPIR las dos aparecen en los artículos que definen el crimen de genocidio, mientras que en el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional se incluyó solamente la instigación directa y pública a cometer genocidio en el artículo referido a la responsabilidad individual, excluyéndose la conspiración. Ello se debió a la oposición de los representantes de Estados con tradición romano-germánica.[194] Al respecto, se ha observado que, mientras la definición de genocidio del Estatuto de Roma no criminaliza la conspiración, esta sí estaría criminalizada en la definición consuetudinaria[195] y, además, sería aplicable en materia de responsabilidad del Estado, aunque no existe práctica.[196]

En relación con el inciso b) del artículo III, cabe señalar que la versión en inglés dice "*conspiracy to commit genocide*". Como la conspiración es efectivamente una asociación o acuerdo para cometer un crimen, podría explicarse la traducción en el hecho de que como la conspiración es una infracción imperfecta propia de los sistemas angloamericanos y no tiene un equivalente en los sistemas romano-

191. Asuncion (2009: 1219).
192. Ohlin (2009b: 207); Schabas (2009²: 308).
193. Véase apartado 3.3 del capítulo 2.
194. Ohlin (2009b: 221).
195. Cassese citado en Ohlin (2009b: 222-223).
196. Ohlin (2009c: 375).

germánicos, no se eligió una traducción literal, sino descriptiva.[197] Durante la negociación de la Convención, se decidió incluir la conspiración porque se consideraba que uno de sus objetivos principales era la prevención del crimen de genocidio y, de esta manera, se permitía una intervención en las etapas más tempranas de su desarrollo.[198] Además, al tratarse de una infracción imperfecta, no es necesario que la conspiración para cometer genocidio logre su comisión para ser punible.[199] El acuerdo para actuar con intención de cometer genocidio no debe ser expreso ni formal, y puede ser inferido de acciones coordinadas o concertadas.[200] El hecho de que deban ser concertadas implica que no es suficiente demostrar que se trata de conductas similares.[201] La coautoría en un acto de genocidio no equivale a haber participado en una conspiración para cometerlo.[202] Asimismo, el elemento subjetivo de la conspiración es el propio dolo especial del genocidio.[203] Finalmente, cabe señalar que la Sala de Juicio del caso *Popovic et al.* sostuvo que la conspiración es un crimen continuado y, como tal, una persona puede unirse después de que el acuerdo inicial hubiera concluido.[204]

Una de las cuestiones que se discutió en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* es si era posible que una persona fuese condenada tanto por la comisión

197. Durante las negociaciones en 1948, el representante venezolano observó que "*conspiracy*" en español debía traducirse como "asociación", porque "conspiración" se refería a una conspiración contra el gobierno. *Cf.* UN Doc. E/AC.25/SR.16, 29 de abril de 1948.

198. Ohlin (2009b: 213). *Cf.* UN Doc. E/AC. 25/SR.16, citado en TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema*", Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 187.

199. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema*", Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 194; TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A, párr. 3345.

200. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana y otros", *Judgment*, 28 de noviembre", ICTR-99-52-A, párr. 896; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párr. 1956; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T, párr. 1578; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 869.

201. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment,* 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 5656; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párr. 1956; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 869; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment,* 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 786.

202. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment,* 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 5683.

203. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema", Judgment, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párr. 192; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T, párr. 2087; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", *Judgment*, 17 de mayo de 2011, ICTR-00-56-T, párr. 2048.

204. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párr. 876; TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment,* 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párr. 785.

del genocidio como por la conspiración para cometerlo. En el caso *Musema*, la Sala de Juicio del TPIR observó que, mientras para el sistema de *common law*, una persona podía ser condenada al mismo tiempo por ambas conductas, en los sistemas romano-germánicos, la comisión del crimen excluía la condena por conspiración y, en aplicación de la regla de interpretación más favorable al acusado, determinó que no resultaba posible que una persona fuera condenada por los dos cargos a la vez sobre la base de los mismos hechos.[205] Contrariamente, la Sala de Juicio de *Nahimana y otros* sostuvo que una persona puede ser condenada tanto por conspiración como por la ofensa sustantiva del genocidio, objeto de esa conspiración, pues la primera contiene un elemento distintivo que es el acuerdo.[206] En el mismo asunto, la Sala de Apelaciones estableció que, en ciertos casos, la conspiración entre individuos a cargo de instituciones podía inferirse de la interacción entre las instituciones, si esta fuese la única inferencia razonable.[207]

Esta cuestión se complejiza cuando el modo de responsabilidad utilizado es el de la empresa criminal conjunta. Como fuera explicado, uno de sus elementos es el propósito común, lo que, en los hechos, puede ser probado por un acuerdo. Este punto fue discutido en el TPIY. En el caso *Popovic et al.*, la Sala de Juicio adoptó la postura del caso *Musema* y sostuvo que, como el objetivo de punir una infracción imperfecta es impedir que se cometa el crimen sustantivo, si se comete el genocidio, resulta redundante la condena por la conspiración para cometerlo, máxime cuando una de las pruebas más importantes del genocidio es el acuerdo previo en el que se basa la condena por la conspiración.[208] Sin embargo, ello fue revocado por la Sala de Apelaciones, que entendió que el genocidio y la conspiración para cometer genocidio implican diferentes actos u omisiones y *actus reus* materialmente distintos y que, por lo tanto, era correcto dictar condenas acumuladas.[209] La Sala de Juicio de *Tolimir* consideró que, si bien la prueba del crimen de genocidio y de la conspiración para cometer genocidio

205. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Alfred Musema", Judgment, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T, párrs. 196-198.

206. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment*, 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T, párr. 1043. La misma línea siguió la Sala en TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Eliézer Niyitegeka", *Judgment*, 16 de mayo de 2003, ICTR-96-14-T.

207. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment*, 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A, párr. 907. En dicho caso se trataba de Radio Télévision Libre des Mille Collines, la revista Kangura y un partido extremista Hutu, denominado Coalición para la Defensa de la República. La misma posición fue sostenida en TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment,* 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 5656.

208. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T, párrs. 2124-2125.

209. TPIY, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", *Judgment,* 30 de enero de 2015, IT-05-88-A, párr. 537. El juez Niang disintió en este punto señalando que no se podía distinguir la empresa criminal conjunta de la conspiración. *Cf.* Opinión Disidente del juez Niang, párr. 31.

era mayormente la misma, la infracción imperfecta estaba basada en su conclusión de que el acusado había celebrado un acuerdo para cometer el crimen, por lo que la conducta en la que se basaron las dos condenas era diferente y, por lo tanto, podían ser acumuladas. Al respecto, observó que la conspiración no busca solamente prevenir la comisión del crimen sustantivo, sino castigar el aspecto colaborativo del crimen, que inherentemente presenta un peligro específico, sin perjuicio de que el genocidio sea o no cometido.[210]

En el caso *Gatete*, la Sala de Juicio, siguiendo la posición del TPIY en el caso *Popovic et al.*, consideró que la evidencia de la empresa criminal conjunta también probaba un acuerdo para cometer genocidio y, por lo tanto consideró que no se podía condenar a una persona por genocidio y por conspiración para cometer genocidio sobre la base de los mismos hechos, señalando que ello no mitigaba la culpabilidad individual.[211] Al igual que en el TPIY, la mayoría de la Sala de Apelaciones revocó esta decisión y condenó al acusado también por conspiración para cometer genocidio porque consideró que, de esta manera, se cubría de forma completa su conducta criminal y porque la infracción imperfecta contiene elementos diferentes a la comisión: el acuerdo. En ese sentido, consideró que la criminalización de la conspiración busca prevenir la comisión del genocidio y castigar la colaboración de un grupo resuelto a cometer genocidio. El peligro de esa colaboración justifica la penalización. Asimismo, aclaró que la empresa criminal conjunta es un modo de responsabilidad y no un crimen y, por lo tanto, resultaba irrelevante la comparación de la prueba en uno y otro caso.[212] En la misma línea, dos acusados del caso *Bizimungu et al.* fueron condenados por conspiración para cometer genocidio que la Sala consideró probado con el acuerdo que configuró el propósito criminal común de la empresa criminal conjunta. [213]

Por su lado, la instigación directa y pública a cometer genocidio prevista en el inciso c) del artículo III debe distinguirse de la instigación o incitación como modo de participación. La diferencia radica en que, en el primer caso, no es necesario que el genocidio sea cometido para que la persona pueda ser acusada de la instigación directa y pública por tratarse de una infracción imperfecta,[214] mientras que en el segundo, se requiere que el crimen instigado se cometa efectivamente,

210. TPIY, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Zdravko Tolimir", *Judgment,* 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T, párrs. 1206-1207.

211. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 31 de marzo de 2011, ICTR-2000-61-T, párr. 661.

212. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", *Judgment*, 9 de octubre de 2012, ICTR-2000-61-A, párrs. 260-263.

213. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T, párrs. 1959-1960.

214. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 561; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Simon Bikindi", *Judgment*, 2 de diciembre de 2008, ICTR-01-72-T, párr. 419; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 510.

o al menos se realice una acción en grado de tentativa.[215] Si bien la instigación directa y pública es una infracción imperfecta y no requiere la comisión del genocidio, la reacción de la audiencia luego del mensaje puede ser indicativa de cómo fue entendido.[216] Al mismo tiempo, se ha señalado que el hecho de que el genocidio se hubiera cometido no es suficiente para probar la instigación directa y pública, ya que lo que debe probarse es la intención de las personas acusadas.[217]

En el ámbito de la responsabilidad del Estado, además, la simple instigación no se considera suficiente para atribuirle responsabilidad, a menos que sea acompañada por un apoyo concreto o que involucre dirección o control por parte del Estado instigador.[218] Por lo tanto, el inciso c) del artículo III constituye una *lex specialis* en este sentido.

Asimismo, la aplicación concreta de la instigación directa y pública a cometer genocidio debe diferenciarse de los límites que los propios tratados de derechos humanos imponen al derecho de la libertad de expresión, vinculados a supuestos de propaganda o discurso de odio, que son más amplios, pues no requieren el dolo especial del crimen.[219] Esta infracción debe distinguirse de los discursos de

215. Coco (2019: 257). Ello en el caso de la Corte Penal Internacional. Cabe señalar, sin embargo, que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de los tribunales internacionalizados requiere que el crimen sea cometido y no considera suficiente que el grado de tentativa. *Cf.* Ventura (2019a: 300).

216. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Agustin Ngirabatware", *Judgment,* 20 de diciembre de 2012, ICTR-99-54-T, párr. 1364.

217. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Nahimana *et al.*", *Judgment,* 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A, párr. 709; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 514.

218. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 69.

219. Esto fue analizado en el caso *Nahimana et al. Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment,* 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T, párrs. 980 y siguientes. Así, por ejemplo, según el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Por su parte, el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley", y, de manera más específica, el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial obliga a los Estados partes a) declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) declarar ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye

odio,[220] pues estos, si bien pueden ser parte de una incitación a cometer genocidio, también pueden transmitirse sin que se verifique la intención genocida especial que el crimen requiere. En cambio, la instigación directa y pública a cometer genocidio requiere que la persona acusada posea el dolo especial.[221]

La instigación a cometer genocidio debe ser directa, lo que implica que debe específicamente provocar a otra persona a incurrir en una conducta criminal, es decir, debe tratarse de algo más que una sugerencia vaga o indirecta. Este elemento debe ser analizado de acuerdo con el contenido cultural y lingüístico de cada contexto.[222]

El elemento de la publicidad de la instigación requiere que debe haberse realizado en un espacio público o haber sido dirigida a miembros del público en general a través de, por ejemplo, los medios de comunicación.[223] Este elemento debe ser analizado a la luz del lugar donde ocurre la instigación y de si la asistencia fue selectiva o limitada. La instigación será pública si fue realizada a través de discursos, gritos o amenazas hechos en lugares o reuniones públicas, o a través de la venta o diseminación, oferta de venta o de muestra de material escrito o publicado en lugares o reuniones públicas, o a través de la exhibición pública de carteles, posters o de cualquier otro medio audiovisual.[224] La instigación debe ser dirigida a un gran público en un encuentro o a través de medios o un sistema de comunicación pública a una amplia área pública.[225] Cabe señalar, no obstante, que en el caso *Nzabonimana*, la Sala de Apelaciones aclaró que la instigación no debe necesariamente ser comunicada a través de un medio masivo de comunicación para ser considerada "pública", pues el número de individuos en la audiencia no

---

un delito penado por la ley; y c) no permitir que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

220. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", *Judgment,* 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A, párr. 692.

221. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Tharcisse Muvunyi", *Judgment*, 11 de febrero de 2010, ICTR-00-55A-T, párr. 28.

222. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 557; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Simon Bikindi*", Judgment*, 2 de diciembre de 2008, ICTR-01-72-T, párr. 387; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 514; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Tharcisse Muvunyi", *Judgment*, 11 de febrero de 2010, ICTR-00-55A-T, párr. 25.

223. Ohlin (2009b: 217).

224. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 515.

225. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 20 de octubre de 2010, ICTR-05-88-A, párr. 156. De esta manera, la Sala revocó una condena por instigación directa y pública por expresiones manifestadas en un retén de camino por tratarse de un grupo pequeño. En el caso *Nyiramashuhuko et al.*, la Sala de Juicio también rechazó el cargo de instigación directa y pública por entender que se había tratado más bien de una conversación privada. *Cf.* TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Nyiramashuhuko *et al.*", *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T, párr. 6016.

es un elemento del crimen,[226] aunque el medio y la cantidad de personas pueden ser relevantes para evaluar si la audiencia fue selecta o limitada o si se trató de una instigación pública.[227]

No existe práctica jurisprudencial respecto de la responsabilidad del Estado por estas infracciones imperfectas[228] a pesar de que, como fuera señalado en el capítulo 4, han sido utilizadas como una herramienta para dar cuenta del contexto colectivo, en particular cuando los/as acusados/as habían tenido un rol en el gobierno o en el aparato del Estado. En el caso de la *Convención contra el Genocidio de 2007*, la Corte Internacional de Justicia consideró que Serbia no era responsable por la conspiración porque los actos genocidas habían sido cometidos por personas que no tenían carácter de órganos del Estado ni tampoco habían actuado bajo las instrucciones o el control efectivo de Serbia.[229] A la misma conclusión llegó respecto de la instigación directa y pública para cometer genocidio, considerando, además, que no existían pruebas precisas e incontrovertibles de que esa conducta hubiera sido llevada adelante.[230] En la sentencia de 2015, la Corte ni siquiera ingresó en su análisis porque entendió que no se había probado el dolo especial del genocidio.[231]

Finalmente, la tentativa de cometer genocidio, prevista en el inciso d) del artículo III, ha generado algunos problemas de interpretación porque, tal como fuera mencionado, la definición del crimen no requiere necesariamente que el genocidio sea cometido, es decir, que se logre la destrucción parcial o total de

226. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Callixte Nzabonimana", *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-98-44D-A, párr. 126.

227. *Idem*, párr. 231.

228. Si bien se trata de un caso iniciado con posterioridad al cierre de esta investigación, cabe señalar que Sudáfrica ha requerido a la Corte Internacional de Justicia que declare que Israel es responsable por instigación directa y pública a cometer genocidio y por no prevenir ni sancionar dicha instigación cometida por funcionarios gubernamentales de alto nivel. *Cf.* Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 110, incisos d) y h).

229. En su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou afirmó que de la prueba presentada por Bosnia Herzegovina se vislumbraba la existencia de una conspiración entre Belgrado y las autoridades de Pale para planificar e implementar una política de eliminación de la población musulmana a través de varias formaciones armadas de la República Srpska, los paramilitares serbios y ciertos elementos de las fuerzas armadas serbias. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 78.

230. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 417. En su Opinión Disidente, el juez *ad hoc* Mahiou sostuvo que la propaganda deliberada de la ideología de una Gran Serbia, el hecho de crear odio racial, religioso y étnico en ese contexto y de incitar la "limpieza étnica" equivalía a la instigación directa y pública de cometer genocidio. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* Opinión Disidente del juez *ad hoc* Mahiou, párr. 77.

231. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 441 y 517.

algún grupo protegido.[232] Por otro lado, si se adoptara la postura propuesta por Kress de entender que la intención genocida debe ser "realista",[233] entonces podría alegarse que, cuando ello no se configure, se estaría frente a un supuesto de tentativa. Sin embargo, esto sería aplicable solamente a la determinación de la responsabilidad individual, pues Kress sostuvo que la intención sería realista cuando exista una campaña genocida o una pauta de manifiesta de conducta similar,[234] lo que sería más sencillo que se configure en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

Se ha sugerido que, en realidad, la tentativa debe analizarse respecto de los actos individuales del segundo párrafo de la definición[235] y que tendrá lugar cuando algún elemento subjetivo no concuerde con algún elemento objetivo.[236]

Aunque la tentativa de genocidio está prevista en los artículos 4 y 2 de los estatutos del TPIY y del TPIR, respectivamente, y de forma genérica respecto de todos los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, en el artículo 25.3(f) de su estatuto,[237] no existe práctica judicial al respecto.[238] Una posible explicación para ello se relaciona con el hecho de que la tentativa de cometer un crimen internacional no es susceptible, al menos de manera teórica, de alcanzar el umbral de gravedad normalmente requerido en los juzgamientos internacionales.[239]

4. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y las defensas en derecho internacional

Como fuera explicado en los capítulos 1 y 2, tanto el régimen de responsabilidad del Estado como el régimen de responsabilidad del individuo prevén la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad, es decir, aquellas circunstancias por las que, a pesar de que se hubiera conformado el hecho ilícito o el crimen internacional, el Estado o la persona acusada no pueden ser considerados

232. Ohlin (2009a: 194).
233. Kress (2009:304-305); Kress (2015: 679-680). Véase capítulo 6 de este libro.
234. Kress (2007: 622).
235. Ohlin (2009a: 194).
236. Arnold (2003: 134).
237. Véase apartado 3.3 del capítulo 2 de este libro.
238. Ohlin (2009a: 203); Schabas (2009[2]; 337). Como fuera señalado en el capítulo 2, uno de los pocos ejemplos de condena por tentativa de un crimen internacional fue el caso de Dominic Ongwen, pero no involucró el crimen de genocidio.
239. Ohlin (2009a: 204). Véase, por ejemplo, el artículo 17.1.d) del Estatuto de Roma.

responsables para el derecho internacional. Sin embargo, una de las mayores diferencias entre ambos regímenes es la regulación de dichas circunstancias.

En materia de responsabilidad del Estado, cabe recordar que el artículo 26 de los Artículos de la CDI dispone que no es posible invocar una circunstancia eximente de responsabilidad cuando el hecho del Estado "no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general", lo que incluye, sin dudas, a la prohibición de cometer genocidio. En consecuencia, un Estado al que se le atribuye la comisión del crimen de genocidio no podría invocar ninguna defensa. La única excepción a la regla del artículo 26 es la legítima defensa, que está prevista como defensa frente al uso de fuerza en caso de ataque armado, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, como el derecho internacional en la materia requiere que la legítima defensa se lleve adelante respetando la proporcionalidad, ello no permitiría que se responda a un ataque armado a través de la comisión del crimen de genocidio.[240]

Diferente es la situación de las defensas en materia de responsabilidad individual, ya que, si bien la Convención contra el Genocidio nada dice acerca de circunstancias eximentes de responsabilidad, los tribunales penales internacionales han permitido su invocación. Esta diferencia puede explicarse en razón de que la naturaleza de la responsabilidad del Estado es reparatoria, mientras que la del individuo, punitiva.[241]

Tal como fuera desarrollado en el capítulo 2, las circunstancias eximentes de responsabilidad que pueden plantearse ante un tribunal penal internacional son la falta de capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta debido a enfermedad o deficiencia mental o estado de intoxicación, la legítima defensa propia o de un tercero, la coacción, el error de hecho y de derecho y el cumplimiento de órdenes superiores. Con la excepción del cumplimiento de órdenes superiores (que solo es aplicable para crímenes de guerra), el Estatuto de Roma no diferencia entre los crímenes de competencia de la Corte, por lo que las demás defensas serían aplicables a casos de genocidio. Por ejemplo, podría pensarse en error de hecho respecto de los elementos objetivos del crimen.[242]

A la fecha no existe jurisprudencia internacional relativa al crimen de genocidio en donde se haya examinado la aplicación de estas circunstancias.

Asimismo, la Convención contra el Genocidio no prevé ninguna circunstancia eximente entre sus disposiciones, pero, de manera tácita, descarta una posible defensa para aquellas personas que son funcionarios de Estado, pues el artículo IV dispone que serán responsables todas las personas que hayan cometido el crimen,

240. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Oil Platforms* (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), cit., párr. 51. Schabas (2009²: 395). Las mismas razones podrían ser invocadas en materia de responsabilidad penal individual.

241. Nollkaemper (2006: 69).

242. Schabas (2009²: 396).

incluso cuando se trate de gobernantes o funcionarios.[243] Se trata de personas a las que el derecho internacional les reconoce inmunidad de jurisdicción ante tribunales locales.

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción puede configurar un cruce en materia de dualidad de responsabilidades. La comisión de crímenes internacionales como el genocidio no configura actos privados, sino actos públicos que generan responsabilidad para las personas que los cometen y que, además, pueden ser atribuidos al Estado como sujeto de derecho internacional,[244] incluso si fueran considerados como actos *ultra vires* en los términos del artículo 7 de los Artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. En materia de responsabilidad del individuo, se ha discutido si la consideración de los crímenes internacionales como actos oficiales no implicaría la posibilidad de que ciertos representantes del Estado pudieran invocar la inmunidad de jurisdicción.[245] Al respecto, la CDI, en el marco de su trabajo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ha identificado dos argumentos para rechazar esta posición: 1) los crímenes internacionales no podrían ser considerados actos oficiales, o 2) como los crímenes internacionales violan normas primarias de carácter imperativo, ello impide la aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción.[246] De todas maneras, la cuestión excede el ámbito de esta investigación pues, en línea con el artículo IV, esta inmunidad no puede ser invocada ante tribunales penales internacionales.[247] Así, por ejemplo, en el caso *Milosevic*, el acusado había planteado que el tribunal no podía juzgarlo por tratarse de un ex presidente. La Sala rechazó el argumento, afirmando que, desde el desarrollo de la doctrina de responsabilidad penal individual, se había establecido una norma consuetudinaria que establecía que dicha inmunidad no podía ser invocada ante tribunales internacionales.[248]

243. Sobre la negociación de este artículo, véase capítulo 3 de este libro.

244. *Cf.* Spinedi (2002: 897); Gaeta (2007: 645).

245. De hecho, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que la inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son dos conceptos separados, siendo el primero un tema jurisdiccional y el segundo, un tema sustantivo. *Cf.* Corte Internacional De Justicia, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (República Democrática del Congo vs. Bélgica), cit., párr. 60.

246. A/72/10, *Yearbook of the International Law Commission (2017, Vol. II [2])*, p. 183.

247. Corte Internacional De Justicia, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (República Democrática del Congo vs. Bélgica), cit., párr. 61. Asimismo, véase artículo 7.2 del Estatuto del TPIY, artículo 6.2 del Estatuto del TPIR y artículo 27 del Estatuto de Roma. Véase, además, el "Quinto Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" de la Relatora Especial de la CDI, Concepción Escobar Hernández, A/CN.4/701, *Yearbook of the International Law Commission (2016, Vol. II)*, pp. 47-51.

248. TPIY, "Fiscal vs. Slovodan Milosevic", *Decision on Preliminary Motions*, IT-02–54-PT, 8 de noviembre de 2001, párrs. 29-31.

5. Recapitulación

En este capítulo se han revisado los conceptos estudiados en el capítulo 2 relativos a las condiciones para la atribución de responsabilidad aplicándolos al crimen de genocidio, tanto en el contexto del régimen de responsabilidad individual como del régimen de responsabilidad del Estado. En este sentido, se observó que, si bien estas condiciones pueden entenderse como normas secundarias, el elemento subjetivo particular del genocidio requiere volver sobre el contenido de la norma primaria.

Precisamente en relación con el dolo especial, surgen una serie de dificultades en la atribución de responsabilidad, en especial, en materia de responsabilidad del Estado, relacionadas con la discusión acerca de la posibilidad de identificar el estado mental de una persona jurídica. A tal fin, se advirtió que se han propuesto dos caminos en relación con la evidencia del elemento subjetivo para configurar el crimen: la intención específica se prueba con el dolo especial de las personas cuyas conductas pueden atribuirse al Estado o, en su lugar, la prueba de un patrón de conducta o contexto que dé cuenta de la intención del Estado. No obstante, el hecho de que la regulación de la responsabilidad internacional del Estado no requiera culpa o un elemento subjetivo significa que la intención genocida o el dolo eventual forma parte del elemento objetivo.

La metodología utilizada por la Corte Internacional de Justicia en las sentencias de 2007 y 2015 implicó analizar la existencia del dolo especial para determinar la responsabilidad de un Estado a través del examen del estado mental de individuos cuya conducta le podía ser atribuible. Asimismo, incluso cuando aceptó la posibilidad de que el dolo especial surgiera de un patrón de conducta, lo hizo exigiendo que la intención genocida fuera la única inferencia posible, al igual que los tribunales penales internacionales. Así, surge claramente un cruce entre ambos regímenes debido a que la Corte eligió seguir el camino individual de la prueba de la intención genocida por sobre el camino colectivo. Otro camino posible era aplicar a la responsabilidad del Estado la doctrina del "*knowledge-based approach*" propuesta en el contexto de la responsabilidad penal individual, que considera suficiente que el perpetrador actúe con el conocimiento de que su conducta forma parte de una acción colectiva en la forma de una campaña genocida realista dirigida a la destrucción parcial o total de un grupo determinado, lo que permite que la intención genocida dé cuenta de la estructura sistémica del crimen.

Las nociones incluidas en el artículo III de la Convención contra el Genocidio en materia de atribución y de infracciones imperfectas se han considerado aplicables a las dos responsabilidades, convirtiéndose en una *lex specialis*, en particular, respecto de la responsabilidad del Estado, que ofrece un menor desarrollo en su régimen general y, por lo tanto, en materia de genocidio ha debido "tomar prestados" conceptos de la responsabilidad del individuo.

En este sentido, el estudio de la jurisprudencia internacional revela que la dimensión colectiva de los crímenes internacionales juega un rol esencial en la determinación de la responsabilidad individual y, al mismo tiempo, facilita la determinación de la responsabilidad del Estado. Esta cuestión tiene implicancias en el modo de atribución aplicable por los tribunales penales para dar cuenta adecuadamente de la criminalidad sistémica. La empresa criminal conjunta ha simplificado el enjuiciamiento y eventual sanción de más cantidad de personas, pero no resulta suficiente para reflejar el alcance colectivo del crimen y del rol del Estado, mientras que la coautoría mediata a través de un aparato estatal está concebida para este tipo de crímenes.

En cuanto a la responsabilidad accesoria, los Artículos preparados por la CDI contienen tres disposiciones relacionadas con situaciones de colaboración interestatal que podrían ser asimiladas a una forma de complicidad (en particular, la prevista en el artículo 16), a pesar de que, como fuera mencionado, la CDI decidió no utilizar dicho término porque varios de sus miembros señalaron que no resultaba adecuado tomar prestados conceptos del derecho penal. La Corte Internacional de Justicia afirmó que, para que la conducta de los órganos o personas del Estado pudiera ser considerada como complicidad en el genocidio, deberían haber actuado, por lo menos, con conocimiento del dolo especial del perpetrador principal, dejando abierta la cuestión respecto de la intención del cómplice. Por lo tanto, manteniendo la metodología de la Corte de seguir la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, se podría aplicar la distinción subjetiva y sostener que, en el caso de la complicidad estatal, solamente se requeriría que el Estado que asiste conozca la intención genocida del otro Estado.

La responsabilidad del superior no está prevista en el artículo III de la Convención contra el Genocidio. Ello puede deberse al hecho de que se basa en una negligencia, lo que resulta contradictorio con la propia definición del crimen. Sin embargo, como se explicó, los estatutos de los tribunales penales internacionales la incluyen sin ningún tipo de distinción o matiz. La práctica jurisprudencial da cuenta de que, cuando la Fiscalía había acusado sobre la base de un modo doloso y de la responsabilidad del superior, la condena se dictó solamente por la forma dolosa, tomando la responsabilidad del superior como un factor agravante al momento de fijar la pena.

La conspiración y la instigación directa y pública a cometer genocidio fueron incluidas en el artículo III de la Convención de 1948 para expandir el alcance de la responsabilidad, tanto a nivel individual como estatal. Sin embargo, a la fecha solo existe práctica jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los individuos por estas infracciones imperfectas.

Finalmente, en materia de defensas, el régimen desarrollado por la CDI impide que un Estado invoque alguna circunstancia que excluya la ilicitud por tratarse de la violación de una norma primaria de naturaleza imperativa. Diferente es la situación de las defensas en materia de responsabilidad individual, ya que, si bien

la Convención contra el Genocidio nada dice acerca de circunstancias eximentes de responsabilidad, los tribunales penales internacionales han permitido su invocación (aunque, como se vio, algunos estatutos rechacen la alegación de defensas como la obediencia debida). Asimismo, la Convención contra el Genocidio descarta una posible defensa para aquellas personas que son funcionarios de Estado, pues el artículo IV dispone que serán responsables todas las personas que hayan cometido el crimen, incluso cuando se trate de gobernantes o funcionarios, es decir, dispone la imposibilidad de alegar la inmunidad de jurisdicción.

Con este capítulo se completa el examen de los cruces en materia de responsabilidad internacional por el crimen de genocidio que dan contenido a la llamada dualidad de responsabilidades. Sobre la base de este análisis, en el siguiente capítulo se propondrá una matriz de fragmentación secundaria para la aplicación de los regímenes de responsabilidad estatal e individual.

Capítulo 8
La fragmentación secundaria: propuesta de una matriz de análisis

En este capítulo se desarrollará la *matriz de análisis* propuesta en este libro para los supuestos en los que distintas jurisdicciones internacionales deben determinar la responsabilidad del Estado y del individuo por el crimen de genocidio en relación con una plataforma fáctica común. La matriz busca ofrecer un esquema de análisis en un contexto de fragmentación secundaria, es decir, cuando son aplicables dos regímenes distintos de responsabilidad a los mismos hechos. Se trata de brindar un marco aplicable a situaciones de dualidad de responsabilidades por la comisión de genocidio por parte de las jurisdicciones internacionales con diferente competencia personal. A la luz de los cruces identificados en esta Parte del libro, la matriz considera las diversas situaciones que pueden surgir cuando un tribunal internacional debe determinar la responsabilidad por el crimen de genocidio del Estado o de individuos cuya conducta puede ser atribuida al Estado, de conformidad con el derecho internacional.

1. La relación entre ambas responsabilidades: el trabajo de la CDI sobre los regímenes de responsabilidad

A pesar de que la CDI estudió los dos temas de forma independiente, durante su trabajo sobre los Artículos relativos a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y sobre el Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad,[1] reconoció en más de una oportunidad que

1. Véase capítulos 1 y 2 de este libro, respectivamente.

ambos regímenes tenían puntos en común y que, además, no se excluían entre sí, sino que podían convivir en el ordenamiento internacional.

Uno de los primeros ejemplos se encuentra en el informe de 1976 del Relator Especial Roberto Ago. Allí señaló que la obligación de los Estados de juzgar a aquellos individuos acusados de cometer crímenes internacionales no excluía la responsabilidad internacional de los Estados atribuida a través de la conducta de sus órganos. Al mismo tiempo, sostuvo que el hecho de determinar la responsabilidad individual de una persona que actuó como un órgano del Estado no implicaba automáticamente que ese Estado fuera responsable por un hecho internacionalmente ilícito o que estuviera sujeto a un régimen de responsabilidad especial.[2]

Cuando en la década de 1980 la CDI retomó la discusión sobre el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad que se había suspendido a mediados de la década de 1950,[3] se encontraba trabajando en la versión del Proyecto de Artículos que contenía el borrador del artículo 19, propuesto por Roberto Ago (luego eliminado de la versión final presentada a la Asamblea General).[4] Como ya fuera analizado en el capítulo 1, este artículo presentaba el vínculo más claro entre ambas responsabilidades y, por lo tanto, tuvo un gran impacto en las discusiones sobre el Código.

En efecto, durante las primeras discusiones sobre dicho Código, los Estados realizaron sus comentarios en los que observaron cruces entre ambos proyectos. Por ejemplo, el delegado de Finlandia hizo una referencia concreta al borrador del artículo 19 del Proyecto de Artículos, señalando el paralelismo existente entre ambos trabajos y la necesidad de determinar si las reglas de atribución previstas en relación con el Estado eran aplicables también respecto de los crímenes del borrador de Código.[5] En un sentido similar, el delegado israelí manifestó que el tema de la responsabilidad individual debía ser encuadrado dentro de los conceptos contenidos en el borrador del artículo 19 del Proyecto de Artículos, pues dicha norma resultaba controvertida y, por lo tanto, sería más adecuado incluirla en una convención integrada sobre el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad que en una codificación general sobre la responsabilidad del Estado.[6]

Aun sin hacer referencia al artículo 19, un grupo de Estados reconoció la relación directa entre ambos proyectos. Así, por ejemplo, el representante de Polonia afirmó que la conexión entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo ya se encontraba establecida por la práctica

2. A/31/10, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*, p. 104.

3. Al respecto, véase capítulo 2 de este libro.

4. Véase capítulo 1 de este libro.

5. A/CN.4/365, *Analytical Paper prepared pursuant to the request contained in paragraph 256 of the Report of the Commission on the work of its thirty-fourth session*, párr. 125.

6. *Ibidem*.

internacional, aunque no ofreció ningún ejemplo, mientras que el delegado cubano consideró que la responsabilidad individual no podía analizarse de manera aislada de la responsabilidad del Estado como resultado de la acción de individuos. En la misma línea, el delegado de la República Democrática Alemana sostuvo que el hecho de enjuiciar individuos no podía reemplazar la responsabilidad internacional del Estado.[7] También el representante de Trinidad y Tobago manifestó que la responsabilidad por dichos crímenes debía ser atribuida directamente a los Estados, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera caberle a otras personas.[8] El delegado de Jordania consideró que el principio por el cual el Estado podía ser responsable por actos criminales había logrado aceptación y era el centro del Proyecto de Artículos que en el que se encontraba trabajando la CDI.[9]

Por otro lado, algunos Estados cuestionaron la conveniencia de retomar la cuestión del Código en virtud de que aún no se había completado el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado. Así, el representante de Argentina señaló que podía resultar peligroso elaborar un instrumento equivalente a un código penal interno antes de adoptar un acuerdo en materia de responsabilidad de los Estados y sus agentes,[10] reconociendo tácitamente el vínculo entre ambos. De manera similar, el delegado de Pakistán señaló que, mientras la cuestión de la responsabilidad del Estado estuviese siendo considerada por la CDI, sería bueno conocer su postura respecto de la naturaleza o extensión de dicha responsabilidad por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, antes de empezar a trabajar el borrador de Código.[11]

El propio Relator Especial Thiam, al examinar el ámbito de aplicación personal del Código, es decir, quiénes eran los sujetos pasibles de ser responsables por la comisión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, observó que, a pesar de la doctrina sentada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se registraba una tendencia que impedía seguir desestimando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los grupos, asociaciones o, inclusive, los Estados, que hacía necesario revisar la decisión de la CDI en 1954 de limitar el alcance del código a los individuos. Al mismo tiempo, reconoció como una dificultad el hecho de que el Estado acusado de cometer un crimen internacional aceptara comparecer ante una jurisdicción internacional.[12] Ello así en virtud de que

7. *Idem,* párr. 121.
8. *Idem*, párr. 123.
9. *Idem*, párr. 124.
10. *Idem*, párr. 47.
11. *Idem*, párr. 46.
12. A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]),* p. 155.

> [c]onseguir que el Estado baje del elevado pedestal en que se encuentra, como las divinidades de antaño, para convertirlo en una criatura susceptible de cometer faltas y errores, y asignarle un derrotero y una ética para que se atenga a ellos so pena de sufrir sanciones aflictivas, supone, sin lugar a dudas, una total subversión de las ideas y conceptos que han imperado hasta el presente.[13]

Sobre esta cuestión, en su informe a la Asamblea General de 1983, la CDI manifestó que, si bien no hubo consenso total, finalmente predominó la opinión de que en el proyecto "se debía reconocer y dejar sentada la responsabilidad criminal del Estado", en particular, en virtud de entender que los crímenes contra la paz y seguridad contra la humanidad solían ser obra de estos sujetos o que solamente estos podían cometerlos. Se dejó constancia de que los miembros de la CDI que se expresaron en contra lo hicieron sobre la base de destacar la imposibilidad práctica de promover un procedimiento criminal contra un Estado, debido a la inmunidad que les reconoce el derecho internacional o la improbabilidad de que estos acepten una jurisdicción internacional y, en virtud de que, en realidad, esta cuestión debía ser regulada exclusivamente en el proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado.[14]

La CDI consideró que esta discusión planteaba el problema de la delimitación de los ámbitos de cada proyecto. Entendió que era una cuestión sencilla de resolver debido a que el artículo 19 relativo a la responsabilidad de los Estados tenía un ámbito más amplio, por lo que, más allá de la discusión respecto de la aplicación del proyecto de Código a los Estados, este no debía ser confundido ni unificado con el régimen de responsabilidad internacional del Estado, pues de las resoluciones de la Asamblea General surgía claramente la intención de desarrollar dos regímenes separados.[15]

Por su parte, el Relator Especial en materia de responsabilidad del Estado que trabajó la cuestión durante la década de 1990, Arangio-Ruiz, señaló que el Estado estaría involucrado de alguna manera con las personas acusadas en la mayoría de los casos incluidos en el Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y que, por lo tanto, se configuraría un supuesto de crimen de Estado. Ello así, pues sostuvo que la norma primaria violada era básicamente idéntica en ambos casos y porque la noción de la responsabilidad internacional del individuo no eliminaba la razón de ser del artículo 19.[16]

13. *Idem*, p. 156. Véase capítulo 2, apartado 2.3.b) de este libro.

14. A/38/10, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1])*, p. 15.

15. *Idem*, p. 16. Como fuera explicado en el capítulo 2, esta discusión fue saldada, finalmente, en 1985, cuando el Sexto Comité de la Asamblea General determinó que el código se ocuparía exclusivamente de la responsabilidad de los individuos. *Cf.* A/CN.4/387, *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1])*, p. 66.

16. A/CN.4/469 and Add.1 and 2*, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1])*, p. 27.

Finalmente, el borrador de Código fue adoptado antes de que la CDI completara su trabajo sobre el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad estatal y, quizás por dicha razón, el Código no contiene demasiadas pistas en materia de los vínculos entre ambos regímenes. La única disposición vinculada es el artículo 4 del borrador de Código, que disponía simplemente que "El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional".[17] En sus comentarios a dicha norma, la CDI reiteró la afirmación que había hecho con relación al artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad estatal, respecto de que el Estado seguirá siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen.[18]

En la misma línea, pero unos años después, cuando en 2001 fue finalmente adoptado el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, se incluyó el artículo 58, que establece que los Artículos deben entenderse "sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado". En los Comentarios, la CDI observó que el principio de que los funcionarios del Estado también pueden ser responsables con arreglo al derecho internacional "sirvió de base a la evolución del más reciente derecho penal internacional" y que, hasta entonces, se había aplicado solamente en la esfera de la responsabilidad, lo que no implicaba excluir la posibilidad de que existiera una responsabilidad civil individual.[19]

Resulta claro que la CDI reconoció los vínculos entre ambos regímenes y que consideraba que ninguno excluía al otro, lo que refleja la práctica internacional actual.[20] Sin embargo, los reguló de manera independiente. Esta situación, no obstante, no configura un obstáculo para reflexionar sobre los puntos de contacto que se presentan, en particular cuando dichos regímenes son aplicables por jurisdicciones internacionales. De hecho, como comentario preliminar, cabe señalar que, así como a nivel de la responsabilidad estatal la violación de una norma imperativa genera una relación multilateral entre el Estado violador y el resto de los Estados que son considerados igualmente lesionados, a nivel de la responsabilidad individual la comisión de un crimen internacional genera una relación multilateral similar en la que el resto de los Estados, es decir, la comunidad internacional, estaría representada por el Fiscal del tribunal internacional

17. A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2])*, pp. 25-26.
18. *Idem*, p. 26.
19. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II (2),* p. 152.
20. Nollkaemper (2006: 63).

que tuviera jurisdicción sobre dicha conducta.[21] En ambos casos, si bien las herramientas jurídicas son diferentes, la base fáctica es idéntica y afecta los fundamentos de la comunidad internacional.[22] De todas formas, de ello no se sigue que el contenido específico de la norma primaria de naturaleza imperativa sea equivalente, ya que este resultará de las características propias del sujeto al que obliga. Estas diferencias justificarían la existencia de dos regímenes diferentes de responsabilidad.

La existencia de esta responsabilidad dual reconocida por la Corte Internacional de Justicia[23] no implica una violación del principio del *non bis in idem*, es decir, el hecho de poder juzgar a dos sujetos diferentes por los mismos hechos no equivale a un doble juzgamiento. Ello porque, precisamente, se analizan los hechos desde dos perspectivas distintas, lo que permite contar una versión más completa de la historia. En este sentido, mientras que el régimen de responsabilidad estatal puede tener una mirada más general acerca de lo ocurrido, la responsabilidad individual buscaría un propósito más acotado de rendición de cuentas de la persona acusada de conformidad con el derecho penal,[24] es decir, un examen de las pruebas acerca de su culpabilidad o inocencia.[25] No obstante, como se vio en el capítulo 4, a diferencia de los procesos nacionales por delitos ordinarios, los procesos ante los tribunales penales internacionales suelen discutir cuestiones que van más allá de la conducta individual.[26]

21. Fletcher (2016: 515). En esa línea, el Preámbulo del Estatuto de Roma califica a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional como aquellos "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto".

22. Informe de la CDI sobre el trabajo de su sesión 48º, Borrador de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, "Crímenes contra el Medio Ambiente", citado en Jørgensen (2000: 140).

23. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 163.

24. Mohamed (2009: 361), quien, además, ha criticado esta metodología por utilizar procesos penales para conseguir objetivos políticos o buscar establecer un relato histórico de los hechos, más allá de la culpabilidad o inocencia de la persona acusada.

25. Naqvi (2006: 2).

26. De hecho, a nivel nacional, los procesos judiciales han sido utilizados para promover el llamado "derecho a la verdad", incluso cuando no era posible fijar responsabilidades penales en virtud de leyes de amnistía. Al respecto, véase Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Informe de 28 de agosto de 2013, A/HRC/24/4, párrs. 18-20; Méndez (1997); Naqvi (2006). Cabe señalar aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la determinación de una "verdad histórica" a través de las llamadas comisiones de la verdad no reemplaza la obligación estatal de alcanzar la verdad a través de procesos judiciales. *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, cit., párr. 150, entre otros. La Corte, asimismo, se refirió a una dimensión colectiva del derecho a la verdad que también exige la "determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas de diversas formas participaron

No se trata tampoco de una duplicación de remedios judiciales,[27] pues actúan, por un lado, jurisdicciones con competencia sobre individuos en materia penal, mientras que, por el otro, interviene la Corte Internacional de Justicia, que tiene competencia sobre Estados.[28]

2. La criminalidad sistémica y la dualidad de responsabilidades

El reconocimiento de la dualidad de responsabilidades del derecho internacional significa que sería absurdo que la comunidad internacional considerara que un jefe de Estado ha cometido un crimen y fuera condenado por ello, mientras que las estructuras estatales que permitieron dicha comisión se mantuvieran sin modificar.[29] Nollkaemper ha señalado que la responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos que configuran violaciones graves a normas imperativas refleja el carácter sistémico de la conducta ilícita del Estado. Este carácter debe ser reconocido en las respuestas normativas previstas por el ordenamiento, que deben ir más allá de la tradicional función reparatoria del daño. El reconocimiento de una criminalidad sistémica permite que la respuesta frente a la responsabilidad del Estado por un crimen internacional no entrañe una aplicación del concepto de culpa colectiva, sino que esta esté dirigida específicamente al sistema que permitió la comisión de la conducta en cuestión.[30]

Sin embargo, la regulación actual de la responsabilidad internacional de los Estados no prevé la posibilidad de aplicar satisfactoriamente un régimen agravado de responsabilidad. Mientras que hoy la responsabilidad internacional de los individuos por crímenes internacionales goza de un desarrollo relativamente sofisticado –en términos de la existencia de tribunales especiales con sus propios estatutos en los que se prevén normas procesales y de fondo específicas–, la responsabilidad del Estado no cuenta con un procedimiento adecuado para regular la relación multilateral que nace con la violación de una norma de *ius*

---

en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades". *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit. párr. 192.

27. Franck (2007: 568).

28. Como fuera explicado en el capítulo 3, no se considera aquí a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que, si bien han discutido la figura del genocidio en su jurisprudencia, su competencia no incluye la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por su comisión, pues su mandato se limita a examinar la responsabilidad de los Estados por violaciones a instrumentos de derechos humanos que les reconocen jurisdicción, entre los que no se encuentra la Convención contra el Genocidio.

29. Nollkaemper (2003: 625).

30. Nollkaemper (2010: 325).

cogens.[31] Como fuera examinado en el capítulo 1, si bien los artículos 40 y 41 del proyecto de la CDI prevén ciertas consecuencias específicas, su objetivo es solamente transmitir como mensaje a la comunidad internacional que existen ciertas obligaciones fundamentales que recogen valores universales y comunitarios,[32] pero no difieren demasiado del régimen tradicional de responsabilidad previsto para las violaciones "simples" del derecho internacional. De hecho, las obligaciones adicionales que prevé el artículo 41 están dirigidas a los terceros Estados sin prever la imposición de una nueva carga al Estado responsable.

El rol de los terceros Estados frente a estas situaciones se confirma con el artículo 48 del proyecto que expande la legitimación para invocar la responsabilidad en supuestos en los que la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, constituye una herramienta para los casos de criminalidad sistémica, pues, como se ve en el caso de *Gambia vs. Myanmar*, permite llevar adelante un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia.[33]

Así, a fin de dar una respuesta adecuada a la criminalidad sistémica, no solo debe ampliarse el régimen de la responsabilidad agravada del Estado, sino sumar el derecho internacional penal como parte de esa respuesta en el marco de un diálogo interjurisdiccional que esta investigación denomina fragmentación secundaria.

3. Construyendo la matriz de la fragmentación secundaria

Como ha sido estudiado en este libro, tradicionalmente se ha considerado que la regulación de la responsabilidad internacional pertenece a la esfera de las llamadas normas secundarias. Ese, precisamente, fue el enfoque que la CDI adoptó de forma expresa y que llevó, junto con otras razones, a rechazar la propuesta del artículo 19 que el Relator Especial Roberto Ago había incluido en su proyecto. Sin embargo, en materia de responsabilidad por genocidio, al existir una dualidad de responsabilidades, es imposible ignorar que las normas primarias también juegan un rol en la determinación de tales responsabilidades, puesto que

31. Nollkaemper (2003: 627).

32. Milanovic (2006: 563).

33. Si bien Myanmar ha cuestionado la legitimación de Gambia para llevar un caso sobre la base la supuesta violación de una obligación *erga omnes* (véase segunda objeción preliminar presentada el 20 de enero de 2021, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024), ello fue rechazado por la Corte. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar). Decisión de 22 de julio de 2022, párrs. 106-114.

ambos tipos de normas operan en un mismo sistema de derecho internacional.[34] Por lo tanto, podría pensarse que en esta materia se aplica un régimen especial, posibilidad que se prevé en el artículo 55 de los propios Artículos de la CDI.

El hecho de que coexistan dos regímenes de responsabilidad en materia de genocidio puede generar una fragmentación del derecho internacional en el aspecto sustantivo y en el aspecto institucional, que se vinculan con los cruces de caminos en cuestiones jurisdiccionales, probatorias, de fondo, de consecuencias jurídicas de la responsabilidad y de las condiciones para su determinación, como fue explicado en los capítulos anteriores. El análisis de la aplicación de los distintos aspectos de ambos regímenes en casos de genocidio demuestra que no existe una uniformidad que permita presentar un relato coherente de la situación fáctica que subyace en esos casos. En este trabajo se propone que esta conjunción de fragmentaciones, en realidad, da cuenta de una *fragmentación secundaria*, es decir, una fragmentación a nivel de las reglas de responsabilidad, pues las diferencias y cruces señalados en esta Parte responden al hecho de que las reglas secundarias aplicables respecto de los Estados y de los individuos son diversas, pero tienen puntos en común. Se trata de una cuestión que, si bien ha sido identificada, no se encuentra desarrollada en profundidad.

En este punto, cabe señalar que, para Seibert-Forh,[35] el hecho de que el ordenamiento jurídico internacional prevea diferentes modos de responsabilidad demuestra una creciente sofisticación del derecho internacional y no se trata de una instancia de fragmentación del derecho internacional. Bonafè también ha rechazado la existencia de una fragmentación por entender que el régimen de responsabilidad estatal previsto en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional y el sistema de responsabilidad penal individual deben ser considerados como un marco legal unitario.[36]

Sin embargo, debido a la manera en que se desarrollaron ambos regímenes en la práctica, incluyendo la existencia de jurisdicciones diferentes para su aplicación, se ha generado una historia contada de forma compartimentada.[37] Por lo tanto, el concepto de fragmentación secundaria propuesto en esta investigación permitirá tener en consideración estas observaciones, pues supone una superación de las categorías de fragmentación sustantiva e institucional que no alcanzan para describir adecuadamente la situación que se genera cuando un supuesto de dualidad de responsabilidades debe ser analizado por diferentes jurisdicciones internacionales.

34. Weatherall (2022: 38).
35. Seibert-Fohr (2009: 372-373).
36. Bonafè (2009: 253).
37. Cançado Trindade (2005: 258).

En este sentido, la forma en que los tribunales han aplicado las normas relativas al genocidio implica una transposición[38] de conceptos o enfoques de uno y otro régimen, sin ninguna sistematicidad ni criterios claros. Surge así que, a pesar de la existencia de dos regímenes separados, en materia jurisdiccional, los tribunales han reconocido, a veces expresa y a veces tácitamente, que existen puntos de contacto entre ellos; se trata de cruces procesales y sustantivos que requieren una reflexión a fin de sistematizarlos.

Una de las dificultades del derecho internacional para desarrollar una matriz que contemple los cruces de caminos y los desvíos se vincula con el hecho de que, en materia de responsabilidad del Estado, la responsabilidad está planteada teóricamente como una regulación secundaria, mientras que, en materia de responsabilidad del individuo, el derecho internacional penal es un ordenamiento que contiene tanto reglas secundarias como primarias. Sin embargo, como se desarrolló en esta investigación, en el ámbito de la responsabilidad del Estado se encuentran reglas cuya naturaleza secundaria no surge de manera clara, como, por ejemplo, el artículo 16, el artículo 41 o las disposiciones en materia de reparaciones de los Artículos de la CDI.

Así, la regulación y determinación jurisdiccional del crimen de genocidio (objeto de una dualidad de responsabilidades) generan un riesgo de fragmentación y ofrecen entonces material para pensar en las interacciones entre ambos regímenes que tienda hacia una convergencia que, finalmente, resulte en una reafirmación de su prohibición.[39]

Esa interacción debe darse en el marco de un *diálogo interjurisdiccional* que comprenda el alcance de las competencias de cada tribunal y que, de esta manera, aplique de manera apropiada los distintos precedentes para evitar funcionar en un vacío.[40]

En el análisis llevado adelante en esta investigación surgieron cuestiones que deben ser examinadas en una matriz de fragmentación secundaria sobre la base de ciertas premisas.

- En primer lugar, la responsabilidad del Estado es de carácter institucional, es decir, no desaparece en caso de cambios de gobierno ni de los individuos a cargo del aparato estatal.
- En segundo lugar, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia dan cuenta de la dificultad de ese tribunal para llevar a cabo investigaciones de tipo fáctico que le permitan decidir acerca de la configuración de crimen de genocidio, lo que generó problemas metodológicos relacionados con la carga, el estándar y los métodos de prueba. Por lo tanto, al echar mano de

38. Webb (2013: 16).
39. Webb (2012: 120).
40. Webb (2012: 148); Frisso (2015: 443).

la jurisprudencia de tribunales penales internacionales se ha reforzado la naturaleza individualista del derecho internacional en materia de crímenes internacionales.

- En tercer lugar, y a los fines de matizar dicha naturaleza, la determinación jurisdiccional del genocidio debe incluir un análisis del elemento contextual, es decir, del rol del aparato estatal como colectivo en el que se enmarcan las conductas individuales.
- En cuarto lugar, si bien existe un consenso respecto de que la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio no es de naturaleza penal (al menos no en el mismo sentido de la responsabilidad individual), en sus sentencias de 2007 y 2015 la Corte utilizó categorías del derecho penal para analizar la responsabilidad internacional del Estado.[41] Esta confusión responde a la metodología que aplicó el tribunal para arribar a sus sentencias, que parece ser una especie de fusión de los dos regímenes de responsabilidad. Por un lado, las reglas de atribución utilizadas son, efectivamente, aquellas que desarrolló la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad estatal, pero, por el otro, la primera parte de la decisión, en la que analizó si se había cometido el crimen de genocidio, se apoyó mayormente en las conclusiones del TPIY. Ello quiere decir que el elemento objetivo de la responsabilidad del Estado depende de la responsabilidad individual.[42] Como el Estado es una persona jurídica que no posee capacidad para presentar por sí misma un estado mental (en el caso, el dolo especial del genocidio), entonces, siguiendo las reglas clásicas de responsabilidad, debió analizar la conducta de sus agentes o de aquellas personas cuyas conductas les pueden ser atribuidas. Se trató de un doble análisis de esta cuestión: en primer lugar, a fin de determinar si se violó una norma internacional (la prohibición de cometer genocidio) y, luego, para identificar el elemento de la atribución. Ello implicaba, inexorablemente, una superposición con la tarea del TPIY y, por tanto, un análisis de las reglas de imputación de la responsabilidad penal individual.

La afirmación de este vínculo entre ambas responsabilidades debe evitar la consideración del individuo como un mero funcionario del Estado, sin agencia propia en el derecho internacional,[43] cuya conducta solo tiene valor para este ordenamiento en tanto sea atribuible al Estado. Por ello, la matriz de una fragmentación secundaria debe considerar ambos regímenes buscando limitar la compartimentación que ha surgido en razón de regulaciones separadas y de las diversas naturalezas de la responsabilidad (punitiva y reparatoria).

41. Se ha observado que, con su razonamiento, la Corte parece haber creado una especie de "genocidio civil" (en referencia al derecho civil) que reduciría la gravedad de la conducta, *cf.* Asuncion (2009: 1206).

42. Weatherall (2022: 326).

43. Dupuy (2002b: 1091 y 1093).

Se trata en el fondo de desarrollar normas secundarias para la violación de normas primarias similares –si no idénticas– en el marco de un diálogo interjurisdiccional. La metodología seguida por la Corte Internacional de Justicia de basarse en las determinaciones fácticas de un tribunal penal y de estas jurisdicciones de tomar en cuenta los contextos colectivos considerados por esas jurisdicciones tiene un impacto directo en la regulación de la responsabilidad individual. Como se estudió en el capítulo 4, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales da cuenta del desarrollo de herramientas para lidiar con la criminalidad sistémica en el marco de procesos individuales, permitiendo de esta manera considerar cuestiones relativas a la conducta del Estado como sujeto. Por ejemplo, en sus sentencias se encuentra siempre una referencia a dicho contexto antes de entrar en el análisis de la conducta individual,[44] y, además, han aplicado modos de atribución de responsabilidad que insertan la conducta individual en el contexto general. Sin embargo, el derecho internacional penal no resulta suficiente para capturar la complejidad de los mecanismos y relaciones organizacionales de un colectivo, como el aparato estatal, que lleva adelante crímenes internacionales, pues las personas sujetas a proceso penal representan un número muy pequeño frente al número de personas que toma parte de la comisión de crímenes como el genocidio. Por lo tanto, resulta necesario completar el panorama con el establecimiento de la responsabilidad del Estado.[45]

No obstante, de un examen de la cantidad de casos llevados ante los tribunales penales internacionales y de los llevados ante la Corte Internacional de Justicia es posible concluir que la justicia internacional ha dado preeminencia a la responsabilidad individual en detrimento de la responsabilidad de tipo colectiva o institucional.[46]

Como fuera mencionado en la "Introducción" de este libro, Nollkaemper, junto a otros/as autores/as, ha desarrollado el concepto de responsabilidad compartida, según el cual existe una multiplicidad de actores –concentrándose particularmente en el Estado y las organizaciones internacionales, aunque sin descartar a los individuos– que contribuyen a la generación de un resultado dañoso, cuya contribución no puede ser determinada en términos de causalidad, pero la responsabilidad se atribuye de forma individual y no colectiva.[47] En esta matriz, sin embargo, no se trata de establecer una responsabilidad compartida, sino de proponer el desarrollo de un régimen adecuado para las situaciones de dualidad de responsabilidad, es decir, para los supuestos en los que, sobre la misma plataforma fáctica, sea factible atribuir responsabilidad al Estado y al

44. Bonafè (2009:252). Véase capítulo 4 de este libro.
45. *Cf.* Nollkaemper y Van der wilt (2009: 344).
46. *Cf.* Drumbl (2011: 51).
47. Nollkaemper y Jacobs (2013: 366-368).

individuo. No obstante, esta propuesta no ignora que las conductas de ambos sujetos pueden haber contribuido a la comisión del crimen.

Sobre la base de estas consideraciones, se propone a continuación una matriz de análisis para los casos de dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio que podría ser aplicada por las jurisdicciones internacionales en oportunidad de determinar la responsabilidad del Estado o del individuo, según corresponda, buscando estipular la forma en que se relacionarían los casos de los diferentes tribunales intervinientes. La matriz propuesta facilitará el diálogo interjurisdiccional cuando, por ejemplo, se analice la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio en casos en los que existan (o no) decisiones de tribunales penales internacionales que versen sobre la misma plataforma fáctica.[48]

En el año 2002, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema de la fragmentación internacional. Para su análisis, conformó un Grupo de Estudio bajo la presidencia de Martii Koskenniemi. En su informe final presentado en 2006 el Grupo se concentró en la llamada fragmentación sustantiva –dejando de lado la fragmentación institucional– y examinó las técnicas para ocuparse de conflictos (o conflictos *prima facie*) sobre el fondo del derecho internacional, que definió como una "situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema".[49] El Grupo de Estudio entendió que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados ofrece una herramienta para tratar la fragmentación[50] a través de un principio de armonización por medio de las reglas de interpretación.[51]

Por su parte, una matriz de una fragmentación secundaria no busca una armonización de las normas de los regímenes de responsabilidad del Estado y del individuo, sino su aplicación concreta por las jurisdicciones internacionales. Esta matriz puede ser considerada una herramienta que contribuya a desarrollar una especie de economía procesal internacional que permita un diálogo interjurisdiccional efectivo sin que ello necesariamente equivalga a una doctrina del *stare decisis* o a la posibilidad de invocar un supuesto de litispendencia. La relación entre jurisdicciones internacionales en supuestos de una potencial dualidad de responsabilidades puede ser entendida como un diálogo que busca evitar la compartimentación de las responsabilidades sin desnaturalizar el carácter personal (subjetivo) de cada instancia jurisdiccional. Al identificar los ejes de dicho diálogo,

48. La inexistencia de decisiones de tribunales penales internacionales o de informes de órganos de derechos humanos puede deberse a que no exista ningún órgano entendiendo en el caso. En el caso de que existiera, pero aún no hubiera dictado sus resoluciones definitivas, podría pensarse en el supuesto en que ciertas resoluciones interlocutorias o acusaciones fiscales fueran tomadas en cuenta por la Corte Internacional de Justicia.

49. A/CN.4/L.682, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", párr. 25.

50. *Idem*, párr. 493.

51. *Idem*, párr. 37.

la matriz ofrece una metodología para determinar la responsabilidad internacional por el genocidio, sea desde la perspectiva del Estado o del individuo. De esta forma, los cruces estudiados en la Parte III de este libro servirán como tópicos del diálogo interjurisdiccional que se lleva delante de conformidad con la matriz.

3.1. El esquema de la dualidad de responsabilidades

La siguiente tabla identifica los supuestos posibles del diálogo interjurisdiccional en materia de dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio.[52]

Jurisdicción que debe resolver	Supuesto	Ejemplos jurisprudenciales del supuesto
3.1.a) Tribunal Penal Internacional	Existen sentencias/informes de órganos de investigación que determinaron la responsabilidad del Estado por genocidio	Situación de Bangladesh/ Myanmar ante la Corte Penal Internacional Situación de Ucrania ante la Corte Penal Internacional

52. Como fuera señalado, se deja constancia de que unos meses después de la defensa de la tesis sobre la que se basa este libro, Sudáfrica presentó ante la Corte Internacional de Justicia un nuevo caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio contra Israel que podría configurar un supuesto de dualidad de responsabilidades, pues actualmente, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional se encuentra investigando hechos similares en el marco de la situación del Estado de Palestina (para el 20 de febrero de 2024 no se ha dictado aún públicamente ninguna orden de arresto). El 26 de enero de 2024, a pedido de Sudáfrica, la Corte Internacional de Justicia dictó una orden de medidas provisionales en la que determinó que la verosimilitud de los derechos en juego en el caso, en particular, el derecho de los palestinos en Gaza de ser protegidos de actos de genocidio y de actos relacionados prohibidos identificados en el artículo III de la Convención, y el derecho de Sudáfrica de buscar que Israel cumpla con dichas obligaciones son de tal naturaleza que una afectación puede causar daño irreparable. Asimismo, entendió que la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza corre el riesgo grave de deteriorarse aún más antes del dictado de la sentencia final. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Sanction of the Crime of Genocide in The Gaza Strip* (Sudáfrica vs. Israel). Medidas provisionales. Orden del 26 de enero de 2024, párrs. 66 y 72. El caso comparte algunas características con los casos analizados en este libro, en particular con el caso de Gambia vs. Myanmar. Por ejemplo, Sudáfrica basa su legitimación en la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de la Convención contra el Genocidio. Asimismo, cabe observar que, para el análisis de la configuración de los requisitos para el dictado de las medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia se apoyó en documentos emitidos por diferentes mecanismos de las Naciones Unidas. Véase nota 58, capítulo 5.

3.1.b) Tribunal Penal Internacional	Existen sentencias/informes previos que determinaron que el Estado no tenía responsabilidad por genocidio	Situación de Darfur ante la Corte Penal Internacional
3.1.c) Tribunal Penal Internacional	No existen sentencias/informes previos que hubieran analizado la responsabilidad del Estado	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
3.1.d) Corte Internacional de Justicia	Existen sentencias que condenan a individuos por el crimen de genocidio o informes de órganos de investigación que determinan posibles responsabilidades individuales	Bosnia Herzegovina vs. Serbia República de Gambia vs. Myanmar
3.1.e) Corte Internacional de Justicia	Existen casos previos de tribunales penales internacionales que no incluyen cargos o disponen absoluciones por genocidio	Croacia vs. Serbia
3.1.f) Corte Internacional de Justicia	No existen sentencias/informes previos de un tribunal penal internacional o de un órgano de investigación que hubiera analizado responsabilidades individuales por genocidio	Ucrania vs. Federación Rusa

A continuación, se analizará cada uno de los supuestos identificados a fin de explicar cómo se han aplicado en la práctica jurisprudencial, en caso de que la hubiere. Luego, en el apartado siguiente, se explicará la propuesta de una metodología de diálogo para cada uno de estos supuestos.

3.1.a. La determinación de responsabilidad individual cuando existen sentencias o informes relativos a la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio

A la fecha no existe ningún tribunal penal internacional que se encuentre investigando o haya investigado el crimen de genocidio luego del dictado de una sentencia o publicación de informe de un órgano de investigación sobre la responsabilidad del Estado por los mismos hechos, por lo que no se pudo revisar práctica concreta relativa a este supuesto.

Como fuera explicado en el capítulo 3, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en el marco de la situación de Bangladesh/Myanmar, por razones

de jurisdicción más que por la falta de configuración de sus elementos, no ha incluido a la fecha el crimen de genocidio en su investigación. Esta situación podría cambiar si el Consejo de Seguridad remitiera la situación a través de una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 13.b) del Estatuto, o si Myanmar aceptara la competencia de la Corte, de conformidad con el artículo 12.3).[53] Como la Corte Internacional de Justicia sí se encuentra examinando –desde la perspectiva del Estado– la comisión de dicho crimen podría eventualmente llegar a la conclusión de que el Estado de Myanmar es responsable por genocidio. Asimismo, la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar ya ha concluido que dicho Estado tiene responsabilidad por su comisión.[54] En ese caso, la sentencia (y, eventualmente, el informe de la Misión) serviría como insumo en futuros casos individuales de tribunales penales internacionales a fin de describir el contexto histórico-colectivo.

En un sentido similar, es posible pensar que la situación de Ucrania que se encuentra bajo investigación de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional podría dar lugar a un supuesto en el que un tribunal penal internacional deba determinar la responsabilidad penal individual por genocidio con relación a la plataforma fáctica que está siendo examinada por la Corte Internacional de Justicia en el caso presentado por Ucrania en 2022.[55]

Ucrania no ha ratificado el Estatuto de Roma, sino que la jurisdicción de la Corte se basa en dos declaraciones que depositó en 2014 y 2015 de conformidad con el artículo 12.3 de dicho instrumento, que permite que los Estados que no sean partes del Estatuto consientan la competencia de la Corte de modo específico o *ad hoc* con respecto a los crímenes del artículo 5.[56] El 1° de marzo de 2022,

53. También podría ocurrir que Myanmar ratificara el Estatuto de Roma, pero para que la Corte tuviese competencia sobre crímenes ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor respecto de ese Estado, Myanmar debería, además, declarar que acepta la competencia, de conformidad con el artículo 12.3). *Cf.* artículo 11, Estatuto de Roma. El artículo 12 del Estatuto de Roma dispone: "Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX". Todas estas posibilidades dependen, naturalmente, de factores extrajurídicos que exceden el ámbito de esta investigación.

54. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019.

55. Debe tenerse en cuenta las limitaciones que surge de la decisión sobre excepciones preliminares dictada luego de la defensa de la tesis. Véase Corte Internacional de Justicia, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa). Decisión de 2 de febrero de 2024. Véase nota 405, capítulo 3.

56. En la primera declaración presentada por el gobierno de Ucrania, se aceptó la jurisdicción de la Corte Penal Internacional con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano desde el 21 de noviembre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2014. A través de

la Fiscalía recibió una remisión de la República de Lituania y, al día siguiente, un grupo coordinado de Estados Partes presentó una remisión conjunta.[57] En consecuencia, el 2 de marzo de 2022, el Fiscal comunicó que había procedido a abrir una investigación de la situación en Ucrania. Aunque por ahora no se ha informado oficialmente si la Fiscalía ha incluido el crimen de genocidio en sus investigaciones, no habría ningún obstáculo jurisdiccional para que lo haga si, por supuesto, recolecta la prueba necesaria para ello. De acuerdo con los parámetros jurisdiccionales generales conferidos a través de estas remisiones y de las declaraciones de Ucrania, el alcance de la situación abarca posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona a partir del 21 de noviembre de 2013.

Sin embargo, como fuera explicado en el capítulo 3, el procedimiento iniciado por Ucrania ante la Corte Internacional de Justicia contra la Federación Rusa por la violación de la Convención contra el Genocidio no busca que se determine que dicho Estado ha cometido actos de genocidio, sino que la Corte declare que las alegaciones rusas respecto de que Ucrania ha cometido genocidio son falsas y que, por lo tanto, la Federación Rusa ha ejercido de manera abusiva y de mala fe las obligaciones previstas en el artículo I[58] a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio.[59] Si bien en su Solicitud, Ucrania

---

la segunda declaración, se amplió este período de tiempo de forma abierta para abarcar los presuntos crímenes en curso cometidos en todo el territorio de Ucrania a partir del 20 de febrero de 2014.

57. El grupo incluyó a la República de Albania, Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumanía, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. A ese primer grupo de Estados se unieron luego Japón y Macedona del Norte el 11 de marzo, Montenegro el 21 de ese mes y Chile el 1° de abril. Información sobre la "Situación en Ucrania 01/22", disponible en https://www.icc-cpi.int/ukraine (último acceso: 20/02/2024).

58. Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, párrs-26-27. Disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf (último acceso: 20/02/2024).

59. En su Solicitud, Ucrania citó una serie de frases de Vladimir Putin de otros funcionarios de la Federación Rusa que afirmaban que Ucrania había cometido actos de genocidio en las provincias ("*oblasts")* de Luhansk y Donetsk para justificar sus operaciones militares. *Cf.* Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, párr. 8. Como fuera señalado, luego de la defensa de la tesis, la Corte Internacional de Justicia dictó su decisión sobre las excepciones preliminares interpuestas por la Federación Rusa, haciendo lugar a la referida a la falta de competencia material de la Corte para analizar la legalidad del uso de fuerza a la luz de la Convención contra el Genocidio y, como consecuencia, en la etapa de fondo la Corte ya

señaló que la Federación Rusa estaba planificando actos de genocidio en Ucrania porque estaba matando e infligiendo serias lesiones a miembros de la nacionalidad ucraniana y que estos actos, vistos de manera conjunta con las declaraciones del presidente Putin, sugerían una intención genocida,[60] no incluyó una petición concreta para que la Corte declarara la responsabilidad de ese Estado por la comisión de genocidio. En consecuencia, y salvo que en futuras presentaciones Ucrania incluya tal petición, en principio no se podría configurar una situación de dualidad de responsabilidades, pues, cuando ingrese al análisis del fondo, de conformidad con el planteo actual de Ucrania, la Corte no examinaría la responsabilidad de la Federación Rusa por el crimen de genocidio.

Ahora bien, en el supuesto hipotético de que existieran sentencias o informes relativos a la responsabilidad del Estado, se facilitaría el análisis del contexto histórico-colectivo en un caso individual ya que podría pensarse que, si la persona acusada formaba parte de algún órgano del Estado, entonces su conducta podría ser considerada dentro de los factores tenidos en cuenta para la determinación del primer elemento de la responsabilidad de Estado –la comisión del crimen de genocidio– y, de esta manera, entender la prueba de ese elemento como un factor probatorio de la responsabilidad individual, en particular, de la intención genocida.

No obstante, esta metodología podría ser criticada desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de las garantías penales. Por lo tanto, en estos supuestos se considera que el aspecto colectivo relativo a la prueba de la responsabilidad del Estado debería ser solamente uno de los elementos probatorios de la responsabilidad individual, pero no resultar suficiente por sí solo. Es decir, el hecho de que el Estado haya sido considerado responsable no podría generar de forma automática la responsabilidad penal individual de sus funcionarios.

De todas maneras, se ha observado que, en materia de atribución de responsabilidad, el régimen estatal requiere un umbral de prueba más alto, como parece ser el caso en la sentencia de 2007. Allí, la Corte Internacional de Justicia no consideró suficientes para atribuir responsabilidad a Serbia los elementos utilizados por la Sala de Juicio del TPIY para afirmar que se podría probar más allá de toda duda razonable que Slodovan Milosevic había participado en una empresa criminal conjunta para cometer genocidio, de conformidad con la Regla 98bis.[61]

La inexistencia de una responsabilidad automática se confirma también por el hecho de que, como fuera explicado en el capítulo 7, podría ocurrir que en el marco de un proceso penal la persona acusada invoque alguna circunstancia

---

no analizará el planteo referido al ejercicio abusivo de los deberes de prevenir y de sancionar el genocidio, sino solamente la verdad o falsedad de las alegaciones rusas respecto de la comisión del crimen de genocidio por parte de Ucrania. Véase nota 405, capítulo 3.

60. Solicitud de Ucrania, párr. 24. Véase capítulo 3 de este libro.

61. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 288.

que la exima de responsabilidad, mientras que ello no podría tener lugar con relación a la responsabilidad del Estado a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de los Artículos de la CDI.

Finalmente, de modo alternativo, podría alegarse que la sentencia o informe sobre la responsabilidad del Estado serviría para que la Fiscalía solicite a una Sala de un tribunal penal internacional que realice una constatación judicial ("*judicial notice*") sobre la configuración del crimen de genocidio.[62] En ese caso, el hecho de la responsabilidad del Estado podría servir como parte del contexto colectivo en el que se realizó la conducta de la persona acusada, pero no bastaría para afirmar su culpabilidad, pues, como se desprende de los casos analizados en el capítulo 4, incluso cuando la Sala hubiera constatado judicialmente la existencia del genocidio, aún se debía probar la participación individual y la configuración del dolo especial del individuo.

En este punto, el interrogante que surge es si la constatación judicial del genocidio determinado por la Corte Internacional de Justicia tomaría la forma de un hecho adjudicado previamente o de un hecho de conocimiento común o notorio. Ello dependerá de la regulación concreta de este instituto incluida en los instrumentos reglamentarios del tribunal. En el caso del TPIR y del TPIY, por ejemplo, las Salas solamente estaban autorizadas a constatar un hecho adjudicado previamente por el mismo tribunal, por lo que una determinación de la Corte Internacional de Justicia debería ser considerada como un hecho de conocimiento común o notorio. Sin embargo, podría pensarse que el hecho de que la Corte haya aplicado un estándar de prueba similar al de los tribunales penales sería un argumento a favor a considerar su sentencia sobre la configuración del genocidio como un hecho adjudicado previamente.

3.1.b. La determinación de responsabilidad individual cuando existen sentencias o informes que determinaron que el Estado no era responsable por el crimen de genocidio

Si bien no existe práctica jurisdiccional, este supuesto no presenta *a priori* demasiadas dificultades, pues los tribunales penales internacionales cuentan con herramientas suficientes para llevar a cabo el análisis, tanto en relación con la investigación de los hechos como con respecto a la interpretación y aplicación de la normativa correspondiente, es decir que su tarea no depende, en términos prácticos, del trabajo de otro tribunal.

De todos modos, y en virtud del rol que el contexto histórico-colectivo ha jugado en la determinación de la responsabilidad individual por la comisión de un crimen sistémico como genocidio, cabe reflexionar sobre la manera en

62. Véase capítulo 4, apartado 3 de este libro.

que impactaría en la determinación de la responsabilidad de una persona cuya conducta pueda ser atribuible al Estado –en particular si se trata de algún funcionario de alta jerarquía– el hecho de que un tribunal como la Corte Internacional de Justicia hubiera concluido que el Estado en el que se desempeñaba no tiene responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio. Cabe aclarar, no obstante, que, como se ha estudiado en el capítulo 4, una referencia al contexto histórico-colectivo no requiere necesariamente que dicho contexto incluya una determinación de la responsabilidad del Estado.

En el supuesto de que el juicio contra Slodovan Milosevic ante el TPIY hubiera llegado a su fin y de que hubiere recaído condena por el crimen de genocidio por la masacre de Srebrenica luego del dictado de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 2007, habría sido interesante estudiar la forma –en caso de que hubiera ocurrido– en la que el TPIY habría dialogado con dicho fallo que consideró que Serbia no era responsable por la comisión de genocidio, ya que Milosevic era el presidente de ese Estado al momento de los hechos.[63] Al respecto, cabe recordar que, como se explicó en el capítulo 7, en la instancia de la Regla 98bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala de Juicio del TPIY entendió que factores como el apoyo logístico y financiero de Serbia a los serbio-bosnios eran relevantes para probar más allá de toda duda razonable que el acusado había participado en una empresa criminal conjunta para cometer genocidio,[64] pero que esos factores no fueron considerados suficiente por la Corte Internacional de Justicia para atribuirle responsabilidad a Serbia.

El caso de Omar Hassan Ahmad Al Bashir de la Corte Penal Internacional también podría ser examinado desde esta perspectiva. A la fecha no existe sentencia de un tribunal internacional que hubiera declarado que Sudán no es responsable por la comisión del crimen de genocidio. Sin embargo, como fuera explicado en los capítulos 4 y 6, a pesar de que la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur debía identificar a los supuestos autores individuales de violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, comenzó su análisis del crimen a nivel colectivo, es decir, examinando si el *gobierno* de Sudán había tenido intención genocida, en lugar de empezar por el nivel individual. Su análisis se dirigió a intentar identificar el elemento subjetivo especial en la entidad "gobierno",[65] concluyendo que no había existido una política genocida debido a la imposibilidad de determinar la existencia del dolo especial,[66] lo que podría impactar en una eventual determinación sobre la responsabilidad del Estado.

63. Aunque todavía persiste la duda respecto de si la Corte Internacional de Justicia habría fallado de manera diferente respecto de la responsabilidad de Serbia en caso de que el TPIY hubiera condenado por genocidio a la mayor autoridad de dicho Estado.

64. TPIY, Sala de Juicio "Fiscal vs. Slobodan Milosevic", *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párr. 288.

65. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 515.

66. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 518.

En este sentido, cabe observar que, a pesar de su conclusión respecto de la ausencia de intención genocida en el gobierno de Sudán, la Comisión señaló que ello no obstaba que un tribunal penal determinara que ciertos individuos particulares sí presentaban esa intención.[67] De hecho, si bien se encuentra aún en una instancia inicial (en la que el umbral de prueba requerido es el de "motivo razonable para creer"), la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dictó una orden de arresto por el crimen de genocidio (que aún no ha sido ejecutada) observando que Al Bashir y otros líderes políticos y militares de alta jerarquía del gobierno de Sudán dirigieron las ramas del aparato del Estado de manera coordinada para implementar de forma conjunta el plan común y que, como presidente y comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, Omar Al Bashir jugó un rol esencial en la coordinación, el diseño e implementación del plan.[68]

Asimismo, tal como fuera explicado en el capítulo 6, cabe observar que la Sala de Cuestiones Preliminares –al igual que la Comisión Internacional de Investigación– parece identificar la existencia de una intención colectiva al referirse a la intención del *gobierno* de Sudán,[69] pero –al menos en una instancia no definitiva del proceso penal– llegó a una conclusión diferente de la Comisión.[70]

En consecuencia, es posible afirmar que el hecho de que un tribunal internacional (o una comisión de investigación) hubiera determinado que un Estado no es responsable por el crimen de genocidio, no impediría que un tribunal penal internacional determinara que ciertos individuos con cargos en dicho Estado fueran culpables de la comisión de dicho crimen.

3.1.c. La determinación de responsabilidad individual en casos de ausencia de sentencias o informes previos que hubieran analizado la responsabilidad del Estado

67. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 520.

68. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrs. 216 y 221.

69. Kress (2015: 681).

70. En este punto, cabe indicar que la Sala incluyó algunas referencias al informe de la Comisión Internacional de Investigación en su decisión, en particular, para describir los grupos atacados y determinar que se trataba de grupos étnicos protegidos por la Convención contra el Genocidio y, por lo tanto, incluidos en la tipificación del crimen. *Cf.* Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94, párr. 43, remitiéndose a sus conclusiones en la primera decisión: *Decision on Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3, notas al pie 151-152.

De forma similar al supuesto anterior, el hecho de que no existan sentencias o informes que hubieran analizado la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio no constituye un obstáculo para la actuación del tribunal penal internacional.

Sin perjuicio de ello, surge de la jurisprudencia estudiada en el capítulo 4 que, cuando la persona acusada tenía un rol en la estructura del Estado, los tribunales internacionales examinaron su conducta en el contexto histórico-colectivo, en particular, cuando tales personas habían ocupado cargos públicos prominentes, ya que dicho contexto asistía en la comprensión de las pruebas presentadas por las partes. La metodología utilizada en estos casos incluye un estudio del contexto general antes de entrar en la conducta individual, así como su consideración a los fines de determinar la configuración de la intención genocida individual. En caso de no existir una sentencia o informe relativo a la responsabilidad del Estado por genocidio, un tribunal penal internacional deberá utilizar solamente la prueba presentada en el caso individual relativa al contexto general.

Esta fue, precisamente la situación a la que se enfrentó el TPIR, ya que no existió ninguna instancia internacional en la que se hubiera examinado la responsabilidad de Ruanda como Estado y, sin embargo, las Salas incluyeron una referencia al contexto colectivo antes de entrar en el análisis de la conducta individual. De hecho, como fuera estudiado en el capítulo 4, en los primeros casos, las Salas de Juicio comenzaron con un análisis de la configuración del crimen de genocidio de manera general, sin entrar en la conducta de los acusados.[71] En los casos siguientes, si bien las Salas no volvieron a calificar en el nivel colectivo la plataforma fáctica como un genocidio, de todas maneras, incluyeron una descripción del contexto nacional y/o regional, dependiendo del caso, antes de entrar en el análisis de las conductas individuales.

Por lo tanto, la ausencia de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia o informe de un órgano de derechos humanos que determine la responsabilidad de un Estado no resulta un obstáculo para el trámite de los casos individuales ni, incluso, para que los tribunales penales internacionales realicen un análisis del contexto general.

71. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párrs. 78-11; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T, párr. 274. Aunque, como ello no encuadraba dentro de su competencia, no concluyeron que el Estado de Ruanda era responsable por el crimen de genocidio.

3.1.d. La determinación de responsabilidad del Estado cuando existen sentencias de un tribunal penal internacional de condena a individuos o de informes de un órgano de investigación que determinan posibles responsabilidades individuales

Este supuesto se configuró en el primer caso en el que la Corte Internacional de Justicia debió determinar la responsabilidad de un Estado por la comisión del crimen de genocidio. Como fuera detallado en el capítulo 3 y en esta Parte del libro, en la controversia entre Bosnia Herzegovina y Serbia, la Corte contaba con la jurisprudencia del TPIY que versaba sobre la misma plataforma fáctica. En su sentencia de 2007, no solamente consideró que se había configurado el crimen en la región de Srebrenica al igual que el TPIY, sino que, además, aplicó un estándar de prueba alto y nociones de derecho penal relativas, por ejemplo, a los modos de atribución de responsabilidad.

En efecto, la Corte sostuvo que la prueba debía ser absolutamente concluyente ("*fully conclusive*")[72] y utilizó frases como "prueba precisa e incontrovertible" ("*precise and incontrovertible evidence*") para poder probar la atribución de las conductas ilícitas al Estado serbio.[73] Se trata de un estándar de prueba comparable al exigido para determinar la responsabilidad penal de un individuo, apartándose del umbral de prueba tradicional en materia de responsabilidad estatal de balance de probabilidades,[74] en virtud de la gravedad de los hechos alegados. Asimismo, la Corte aceptó como prueba las distintas decisiones del TPIY, incluso cuando afirmó que estaba en condiciones de hacer su propia determinación de los hechos,[75] y resolvió de conformidad con las conclusiones de dicho tribunal.

La metodología utilizada por la Corte fue criticada por varios de los jueces en sus votos disidentes o separados señalando que la determinación de la responsabilidad del Estado y la del individuo están reguladas por regímenes diferentes y, por lo tanto, no era adecuado transpolar sin más conceptos de uno al otro.

Como fue señalado en el capítulo 5, la controversia llevada por Gambia contra Myanmar ante la Corte Internacional de Justicia pondrá a prueba esta metodología. Si bien la Misión Internacional Independiente de Investigación concluyó que los factores que permitían la inferencia de la intención genocida estaban presentes en la situación y que correspondía a un tribunal investigar y decidir

72. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209.

73. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 417.

74. Nollkaemper (2003: 630).

75. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 181.

los casos contra individuos determinados,[76] lo hizo sobre la base del estándar de "motivos razonables",[77] alejándose así del umbral de prueba de los procesos penales. Cuando la Corte examine el fondo del asunto, se verá si este informe resulta suficiente o si, por el contrario, reafirma la necesidad de la prueba del genocidio "más allá de toda duda razonable".[78]

De todas formas, esta relación establecida por la metodología aplicada por la Corte no asegura automáticamente la declaración de una dualidad de responsabilidades, tal como ilustra el caso de la Convención contra el Genocidio de 2007, en el que, a pesar de existir condenas contra individuos, la Corte no declaró la responsabilidad del Estado por la comisión del crimen por parte del Estado por no haber encontrado probada la atribución de dicha violación.

En conclusión, se advierte que la existencia de jurisprudencia de un tribunal penal internacional relativa a la comisión del genocidio ha jugado un rol clave en la determinación de la responsabilidad del Estado por parte de la Corte Internacional de Justicia, pero no definitorio, puesto que, en materia de atribución de responsabilidad, la Corte ha aplicado exclusivamente las reglas de la responsabilidad del Estado.

3.1.e. La determinación de responsabilidad del Estado en casos de existencia de sentencias de un tribunal penal internacional que no incluyen cargos o disponen absoluciones de individuos por el crimen de genocidio

En su sentencia de 2007, la Corte había señalado que la responsabilidad de un Estado por actos de genocidio y por complicidad en el genocidio puede surgir sin que un individuo haya sido condenado por dicho crimen,[79] es decir que, al menos desde una perspectiva teórica, la ausencia de sentencias de un tribunal penal no sería un obstáculo para la determinación de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, el fundamento ofrecido por la Corte para dicha afirmación se vinculó con una razón de tipo práctico, más que con un motivo basado en

76. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 1441.

77. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018, párr. 10.

78. En ese caso, como fuera explicado en el capítulo 5, la Corte podría disponer de la prueba recolectada por el Mecanismo Independiente de Investigación para Myanmar, que, a pesar de ser un órgano de investigación creado por el Consejo de Derechos Humanos, trabaja sobre la base del estándar de "más allá de toda duda razonable" o prueba de la íntima convicción requerido en los casos penales.

79. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 182.

la relación entre ambos regímenes, pues sostuvo que, si la responsabilidad del Estado dependiera de una condena penal, en los casos en los que el genocidio fuera cometido por los líderes estatales, el juzgamiento nunca tendría lugar, ya que sería casi imposible que fueran llevados ante un tribunal cuando todavía mantuvieran control sobre los poderes estatales, y no existiera un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre tales crímenes.[80]

De hecho, del estudio de las sentencias de 2007 y de 2015 llevado a cabo en esta Parte del libro surge que la metodología aplicada por la Corte entrañó una dependencia entre la responsabilidad del Estado y la del individuo, puesto que, para la configuración del primer elemento de la responsabilidad, la Corte se basó en la prueba del dolo especial respecto de los individuos cuya conducta podía serle atribuida al Estado analizada por el TPIY.

Como fuera observado en el capítulo 5, esta dependencia se vincula con la dificultad práctica de la Corte Internacional de Justicia para probar que una o varias personas, cuya conducta sea atribuible al Estado, han llevado adelante comportamientos criminales sin que un tribunal penal lo haya establecido previamente,[81] lo que explicaría la metodología aplicada en las sentencias mencionadas.

Este supuesto se observó con claridad en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la controversia entre Croacia y Serbia. La jurisprudencia del TPIY relativa a la situación de Croacia no incluía condenas por el crimen de genocidio dictadas contra nacionales croatas o contra nacionales serbios. Si bien sobre la base de las determinaciones fácticas realizadas por el TPIY,[82] la Corte sostuvo que se habían cometido matanzas y lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo,[83] no encontró probado el dolo especial del genocidio. Incluso alejándose de la prueba del dolo individual y examinando un patrón de conducta, apoyándose nuevamente en la jurisprudencia del TPIY, entendió que el objetivo de los líderes de Serbia y de los serbios en Croacia había sido el de crear un Estado serbio étnicamente homogéneo, pero que ello no implicaba la intención de destruir a los croatas, sino forzarlos a abandonar la región[84] y castigarlos por poseer el estatus de enemigos en un sentido militar.[85] De manera similar, en el caso de la reconvención interpuesta por Serbia, sostuvo que los

80. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 182.

81. Gaeta (2007: 646).

82. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 208, 300, 335, 353, 371, 376, 384, 387, 392, entre otros.

83. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 401.

84. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párrs. 426 y 428.

85. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 429.

actos de genocidio probados no habían sido cometidos en una escala de tamaño suficiente tal que solo pudiera afirmarse la configuración del dolo especial,[86] es decir que, incluso probando un patrón de conducta, la intención genocida no era la única inferencia posible.

En esta sentencia, la dependencia de la Corte Internacional de Justicia no se limitó a la ausencia de condenas, sino que también impactaron en su fallo las decisiones fiscales de no incluir cargos de genocidio en los casos individuales, a pesar de que la Corte afirmó que la ausencia de cargos no era una prueba decisiva sino solamente un factor a tener en cuenta al momento del análisis, en particular, cuando las personas acusadas eran líderes políticos y militares a cargo de la estrategia general[87] y no de personas que ocuparan una posición más baja en la cadena de mando.[88]

Esta decisión fue criticada por algunos/as jueces/zas en sus declaraciones o votos separados o disidentes resaltando que, en un proceso penal, las decisiones fiscales se pueden basar en criterios estratégicos no aplicables en un procedimiento de determinación de responsabilidad del Estado.

3.1.f. La determinación de responsabilidad del Estado en casos de ausencia de sentencias o informes previos de un tribunal penal internacional o de un órgano de investigación

Este supuesto es el que puede presentar mayores dificultades en virtud de la metodología que ha utilizado la Corte Internacional de Justicia hasta la fecha en los casos relativos a la Convención contra el Genocidio. En efecto, a la luz del análisis realizado en este libro, surge la dependencia respecto de las determinaciones fácticas para probar el primer elemento de la responsabilidad del Estado, la configuración del crimen de genocidio. A diferencia de la controversia entre Gambia y Myanmar pendiente de resolución ante la Corte Internacional de Justicia mencionada *supra*, en el supuesto bajo análisis la Corte no contaría con decisiones de un tribunal penal ni con informes de órganos de derechos humanos.

Por lo tanto, incluso si la investigación en curso ante la Corte Penal Internacional incluyera cargos de genocidio contra nacionales rusos, ello no tendría ningún impacto en la controversia interestatal.

86. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 512.

87. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 440.

88. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 187.

3.2. Propuesta de una metodología de diálogo en supuestos en los que se pudiera configurar una dualidad de responsabilidades

A la luz de los supuestos analizados en el apartado anterior, este capítulo finaliza con sugerencias metodológicas para resolver los diferentes supuestos de diálogo interjurisdiccional en casos de una potencial dualidad de responsabilidades. Como se desprende del apartado anterior, a la fecha de finalización de esta investigación, no se han configurado supuestos concretos de dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio, es decir, no existen ejemplos en los que la Corte Internacional de Justicia (o un órgano de investigación de derechos humanos) haya declarado la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito del genocidio y un tribunal penal internacional haya condenado a una persona por dicho crimen sobre la misma plataforma fáctica.

Sin perjuicio de ello, la importancia creciente del medio jurisdiccional de solución de controversias, tanto en materia de responsabilidad estatal como individual, permite pensar que la configuración de una dualidad de responsabilidades no solo es posible, sino que existe una alta probabilidad de que ello ocurra y, por lo tanto, es necesario que las jurisdicciones intervinientes estén preparadas desde un punto de vista metodológico.

A tal fin, la siguiente tabla resume la metodología que se considera más apropiada para cada uno de los supuestos posibles y que se explicará a continuación.

Jurisdicción que debe resolver	Supuesto	Metodología propuesta
Tribunal Penal Internacional	Existen sentencias/informes de órganos de investigación que determinaron la responsabilidad del Estado por genocidio	Permite considerar como elemento de prueba del contexto histórico-político o hecho notorio o de conocimiento común
Tribunal Penal Internacional	Existen sentencias/informes previos que determinaron que el Estado no tenía responsabilidad por genocidio	No resulta un obstáculo para que el tribunal penal internacional dicte una condena por el crimen de genocidio, pero necesidad de entablar un diálogo interjurisdiccional
Tribunal Penal Internacional	No existen sentencias/ informes previos que hubieran analizado la responsabilidad del Estado	No resulta un obstáculo para que el tribunal penal internacional dicte una condena por el crimen de genocidio. Análisis propio del contexto histórico-político

Corte Internacional de Justicia	Existen sentencias que condenan a individuos por el crimen de genocidio o informes de órganos de investigación que determinan posibles responsabilidades individuales	Las sentencias o informes pueden ser considerados como un elemento de prueba, pero sin que ello implique aplicar los mismos estándares de los tribunales penales internacionales.
Corte Internacional de Justicia	Existen casos previos de tribunales penales internacionales que no incluyen cargos o disponen absoluciones por genocidio	Aplicación de umbral de prueba intermedio entre aquel aplicable de forma general a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el aplicable a la responsabilidad penal internacional de los individuos. Criterios de oportunidad o estrategia judicial de la Fiscalía no deben impactar en la determinación de la responsabilidad del Estado
Corte Internacional de Justicia	No existen sentencias/ informes previos de un tribunal penal internacional o de un órgano de investigación que hubiera analizado responsabilidades individuales por genocidio	Necesidad de desarrollar una metodología para determinar el primer elemento de la responsabilidad del Estado sin entrar en determinación de responsabilidad individual: uso de las pautas de contexto o de un patrón de actos.

A continuación, se desarrollará la matriz de la fragmentación secundaria para llevar adelante el diálogo interjurisdiccional entre tribunales con competencia sobre individuos y con competencia sobre Estados que deban determinar la responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio.

3.2.a. El diálogo tribunal penal internacional – Corte Internacional de Justicia/órgano de investigación

En este apartado se propondrá la metodología aplicable desde la perspectiva de un tribunal penal internacional, es decir, la forma en que estas jurisdicciones deberían dialogar con la Corte Internacional de Justicia o con un órgano de investigación de derechos humanos sobre la responsabilidad del Estado.

Como se vio en esta investigación, los tribunales penales internacionales parecen estar mejor preparados para llevar adelante investigaciones en el terreno y enjuiciamientos sobre la comisión del crimen de genocidio y, por lo tanto, la

relación que su jurisprudencia podría tener con la de la Corte Internacional de Justicia en el marco de esta matriz de fragmentación secundaria debe tener esta característica en consideración. Si bien podría pensarse que estos tribunales tienen autonomía suficiente para llevar adelante esta tarea, como fuera desarrollado a lo largo de este libro, un relato completo no compartimentado de la comisión de crímenes sistémicos requiere que se tenga en cuenta el contexto colectivo, en particular, cuando fueron cometidos en el marco del aparato de un Estado. En este sentido, si para determinar la responsabilidad del individuo se requiere un contexto que tenga en cuenta la acción del colectivo, entonces resulta difícil pensar su responsabilidad sin incluir un análisis de la conducta del Estado. En efecto, surge de la jurisprudencia estudiada en el capítulo 4 que el rol de las personas acusadas, especialmente aquellas que habían ocupado cargos públicos prominentes, exige que, a fin de determinar su responsabilidad, el tribunal considere el contexto general antes de ingresar en el examen de la conducta individual.

Así, en primer lugar, como parte de un diálogo interjurisdiccional se propone que la comisión del genocidio declarada por la Corte Internacional de Justicia o por un órgano de investigación sea calificada por un tribunal penal internacional como un hecho notorio o de público conocimiento en el que se enmarca la conducta de la persona acusada, especialmente cuando se trata de funcionarios del Estado, a través de una constatación judicial ("*judicial notice*"). Esta opción se estima más adecuada que entender dicha declaración como un hecho adjudicado anteriormente por un tribunal. Esta posición es acorde con la metodología del TPIR, que constató judicialmente que el genocidio en Ruanda era un hecho de conocimiento común sobre la base de diversos informes de las Naciones Unidas, de gobiernos, de diferentes relatos y de la propia jurisprudencia del TPIR,[89] documentos que hasta pueden presentar un grado de certeza menor que una sentencia de un tribunal como la Corte Internacional de Justicia.

En consecuencia, y en segundo lugar, aunque en materia probatoria los tribunales penales internacionales deben respetar garantías y principios considerados más exigentes que en materia de responsabilidad estatal, de la presente investigación surge que, a fin de examinar si se configuró el dolo especial del genocidio, uno de los factores que han examinado ha sido el contexto general, como, por ejemplo, la existencia de una campaña colectiva de violencia, los antecedentes políticos, el involucramiento de organizaciones estatales, la implementación de medidas discriminatorias o de un programa militar y el carácter planificado, coordinado y sistémico de los crímenes, entre otros.[90]

Esto no implica reducir el umbral de prueba en los casos individuales, sino que, en los casos en los que exista jurisprudencia relativa a la responsabilidad

89. TPIR, Sala de Apelaciones, "Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C), párr. 34.
90. Cupido (2014: 385).

estatal, esta formará parte del contexto histórico-político del que, eventualmente, podría inferirse la intención genocida de la persona acusada, siempre y cuando ella constituya la única inferencia posible sobre la base del umbral de "más allá de toda duda razonable".

En tercer lugar, en lo que respecta precisamente a la intención genocida, surge de este trabajo que su prueba es una de las cuestiones más difíciles (sea en el ámbito de la responsabilidad del individuo como del Estado). En este sentido, y teniendo en cuenta el carácter sistémico del genocidio, se considera adecuado interpretar el dolo especial individual en el marco de una campaña genocida, que sirve de punto de referencia implícito y que la torna en una intención realista[91] y entiende que el genocidio no puede ser cometido sin un aparato organizado.[92] Como fuera explicado en el capítulo 7, el contexto colectivo, por caso, el aparato estatal, sirve como un punto de referencia para el conocimiento de los perpetradores de medio y bajo rango y para interconectar sus actos entre sí y con la voluntad de los autores intelectuales o "mentes maestras". Se trata de la aplicación del enfoque llamado "*structure-based approach*", propuesto por Kress y Vest,[93] que se basa en considerar la estructura del crimen a fin de examinar la intención genocida individual.

En consecuencia, en esta matriz de fragmentación secundaria se propone que, en el caso de que el tribunal penal internacional cuente con alguna sentencia de la Corte Internacional de Justicia o con un informe de un órgano de investigación, podrá utilizarlo para describir el contexto colectivo y analizar la conducta individual de la persona acusada en dicho marco.

Por otro lado, ello no equivale a afirmar que la determinación de la responsabilidad del Estado al cual se le atribuye la conducta de la persona acusada resulte suficiente por sí sola para declararla culpable, no solamente en virtud del principio de culpabilidad y del respeto de las garantías del derecho de defensa, sino porque, como se ha explicado en el capítulo 7, las condiciones de atribución de responsabilidad son distintas. Por ejemplo, en materia de circunstancias que excluyan tal responsabilidad, mientras que un Estado no puede invocarlas frente a la violación de la prohibición de comisión de genocidio, las reglas de los tribunales penales internacionales permiten que los individuos sí lo hagan.

Asimismo, como ha sido observado por algunos votos separados en los casos de 2007 y 2015 de la Corte Internacional de Justicia, por razones de estrategia fiscal, es posible que no se presenten cargos de genocidio ante un tribunal penal internacional y, en su lugar, se opte por incluir el crimen de lesa humanidad de exterminio o de persecución, como ha ocurrido en la jurisprudencia del TPIR y del TPIY.

91. Kress (2007: 622).
92. Ambos (2009a: 847).
93. *Cf.* Ambos (2009a: 845).

En cuarto lugar, en cuanto a la forma de atribución de responsabilidad individual, tal como fue analizado en los capítulos 4 y 7, el derecho internacional penal ha desarrollado modos que reflejan el carácter sistémico del genocidio, como la empresa criminal conjunta y la (co)autoría mediata a través de una estructura o aparato organizado de poder, que dan cuenta adecuadamente de la función central que desempeñan los dirigentes en el diseño y desarrollo de los crímenes internacionales y permiten imputarlos como principales en lugar de como partícipes. En casos de criminalidad sistémica como el genocidio, el discurso tradicional del derecho penal y la extensión de sus categorías no es suficiente para dar cuenta de la complejidad de crimen,[94] pues atomiza la conducta del Estado como ente colectivo.[95] Por lo tanto, la existencia de sentencias o informes de órganos de investigación de derechos humanos podría resultar enriquecedora para el análisis que deban llevar a cabo los tribunales penales internacionales.

En el contexto de la matriz aquí propuesta, se considera adecuado aplicar un modo de atribución de responsabilidad individual que refleje el rol y el impacto del Estado en la conducta individual, lo que, como ha sido explicado en el capítulo 7, puede ser llevado adelante a través de la autoría o coautoría a través de un aparato organizado de poder, aunque ello no descarta que la empresa criminal conjunta también pueda ser aplicada en casos de conductas individuales realizadas en el contexto estatal.

En esta línea, en el marco de la matriz de fragmentación secundaria aquí propuesta, en caso de existir una sentencia de la Corte Internacional de Justicia o un informe de un órgano de investigación de derechos humanos, se considera que las determinaciones que allí se hubieran incluido en relación con el funcionamiento del Estado podrían ser útiles para el examen de la responsabilidad individual de un tribunal penal internacional, en particular para describir el plan o propósito común.

Las infracciones imperfectas previstas en el artículo III de la Convención contra el Genocidio también constituyen herramientas adecuadas para dar cuenta del rol del Estado en el examen de una conducta individual. Ello se advierte de modo claro del estudio de la jurisprudencia del TPIR.[96] En sus primeras decisiones, el aspecto colectivo o sistémico del crimen de genocidio se hizo explícito a través del cargo de conspiración para cometer genocidio, en particular cuando los/as acusados/as habían tenido un rol en el gobierno o en el aparato del Estado. En efecto, se observó que el aparato de Estado sirve de marco para la celebración de un acuerdo entre dos o más personas, elemento central de esta infracción imperfecta. Los espacios estatales como un gabinete de gobierno o la comandancia de un ejército pueden resultar conducentes para llevar a cabo este tipo de conductas

94. Drumbl (2004: 447).
95. Nollkaemper (2006: 61).
96. Véase capítulo 4, apartado 5.1 de este libro.

que requieren una coordinación. Por lo tanto, se considera que, en caso de contar con pruebas suficientes, la Fiscalía de un tribunal penal internacional podría considerar incluir cargos por conspiración para cometer genocidio, siempre y cuando la infracción esté prevista en el estatuto del tribunal (lo que no ocurre en el caso de la Corte Penal Internacional).

La instigación directa y pública a cometer genocidio también podría dar cuenta de una campaña de propaganda del Estado con intención genocida, que tomara en cuenta el contexto cultural y lingüístico[97] y sea realizada en un espacio público o haber sido dirigida a miembros del público en general a través de, por ejemplo, los medios de comunicación,[98] en especial si se trata de medios estatales.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración de culpabilidad, como fue indicado en el capítulo 6, el derecho internacional penal prevé penas de privación de libertad, multas o decomiso de bienes, alejándose así de la responsabilidad del Estado en este punto. Sin embargo, como fue señalado en el capítulo 6, el desarrollo más reciente del derecho internacional penal ha acercado las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del individuo a la naturaleza reparatoria de las del Estado. De esta manera, en el marco de la matriz de fragmentación secundaria, se considera que, si la Corte Penal Internacional condenara a una persona por el crimen de genocidio, en el supuesto de que existiese una sentencia o informe de algún órgano de investigación en materia de responsabilidad del Estado, podría tenérselo en cuenta a fin de entablar un diálogo interjurisdiccional que permita una complementariedad de las reparaciones ordenadas en uno y otro régimen.

3.2.b. El diálogo Corte Internacional de Justicia/órgano de investigación – tribunal penal internacional

En este apartado se propondrá la metodología aplicable desde la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia o de un órgano de investigación sobre la responsabilidad del Estado, es decir, el aspecto de la matriz de la fragmentación secundaria vinculado con la forma en que esta jurisdicción debería dialogar con los tribunales penales internacionales.

Cabe recordar en este punto que el régimen responsabilidad agravada previsto en el Proyecto de Artículos de la CDI ofrece una regulación bastante escueta en materia de determinación de la responsabilidad por violaciones graves a normas

97. TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Akayesu", *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 557; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Simon Bikindi", *Judgment*, 2 de diciembre de 2008, ICTR-01-72-T, párr. 387; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T, párr. 514; TPIR, Sala de Juicio, "Fiscal vs. Tharcisse Muvunyi", *Judgment*, 11 de febrero de 2010, ICTR-00-55A-T, párr. 25.
98. Ohlin (2009b: 217).

imperativas de derecho internacional y de las consecuencias de tales violaciones. En consecuencia, en los casos de 2007 y 2015, la Corte debió desarrollar dicho régimen para cubrir los aspectos no regulados. De esta manera, a través de su jurisprudencia, la Corte ha ampliado el régimen de responsabilidad agravada propuesto por la CDI, que prácticamente no incluye cuestiones procesales ni consecuencias concretas para el Estado responsable.

Es cierto que la metodología seguida por la Corte en las sentencias de 2007 y 2015 podría asegurar cierta consistencia entre las decisiones de los distintos tribunales que analicen una misma situación fáctica, pero, a su vez, no resulta del todo adecuada para dar cuenta de las características particulares de la responsabilidad internacional del Estado.

En primer lugar, en cuanto a la carga de la prueba, la Corte Internacional de Justicia aplicó el principio general que dispone que la carga de la prueba recae sobre el Estado que alega los hechos.[99] Como fuera observado en el capítulo 5, en el caso de 2015, el juez Cançado Trindade consideró que debía revisarse la regla general basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que es el Estado demandado quien debe producir la prueba, ya que quien incoa el procedimiento seguramente tendrá dificultades para acceder a la evidencia.[100] Si bien esta propuesta se acerca a la metodología que aquí se desarrolla, el paralelismo propuesto por el juez resulta engañoso, pues en los procesos ante la Corte Interamericana el demandante es un individuo particular, quien, por supuesto, no cuenta con los mismos recursos que un Estado para producir prueba.

Por lo tanto, en materia de carga probatoria, se considera que la decisión de la mayoría de la Corte en las sentencias de 2007 y 2015 es adecuada,[101] pero que, en razón de las dificultades que podría enfrentar el Estado que incoa la acción, debería preverse un cierto grado de flexibilidad o, en todo caso, la Corte debería aplicar de manera proactiva el artículo 49 de su Estatuto, que le permite pedir a los agentes de un Estado que produzcan un documento u ofrezcan explicaciones,

99. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr 204.

100. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez Cançado Trindade, párr. 99.

101. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia ha señalado –aunque con ciertas reservas– que, en algunos casos, un Estado también puede tener dificultades para acceder a la prueba. En la decisión sobre reparaciones de 2022, si bien la Corte reconoció que probar detalles específicos sobre eventos que ocurrieron durante un conflicto armado en áreas remotas y luego de casi dos décadas puede resultar difícil o casi imposible, al mismo tiempo criticó la poca cantidad de elementos probatorios relativos a las pérdidas de vida aportados por la República Democrática del Congo. *Cf.* Corte Internacional de Justicia, *Armed activities on the territory of the Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022, párr. 159.

no solamente dejando constancia de su negativa, sino, además, generando alguna consecuencia para el Estado que se niegue.

En cuanto al estándar de prueba, el desarrollo propio de la Corte parece tener en consideración que, por involucrar la comisión de crímenes internacionales, el estándar debe elevarse, puesto que una declaración de responsabilidad por la comisión de un crimen tan grave como el genocidio crearía un estigma para el Estado asimilable a una pena de prisión privativa de la libertad en el caso de los individuos. Sin embargo, tal como señalaron algunos/as jueces/zas en sus votos separados o disidentes, una de las diferencias más importantes entre la responsabilidad del Estado y la del individuo se refiere al estándar de prueba.[102]

En consecuencia, para los casos en los que la Corte Internacional de Justicia deba determinar la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio en esta matriz de fragmentación secundaria se propone un umbral de prueba intermedio entre aquel aplicable de forma general a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el aplicable a la responsabilidad penal internacional de los individuos de "más allá de toda duda razonable". En este sentido, se considera adecuada la metodología utilizada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, como la Misión Internacional de Investigación sobre Myanmar, que se basan en el estándar de "motivos razonables" para adoptar sus determinaciones fácticas sobre los casos individuales, los incidentes y los patrones de conducta. Como fuera explicado en el capítulo 5, dicho estándar se alcanza cuando existe un cuerpo de información primaria suficiente y confiable, consistente con otras informaciones, y que permitiría a una persona común y prudente concluir razonablemente que un caso, incidente o patrón de conducta tuvo lugar.[103] Asimismo, la prueba de los incidentes más importantes se basa en varias fuentes de testigos oculares y víctimas, mientras que los patrones de conducta se apoyan sobre varias fuentes creíbles de primera mano, consistentes y corroboradas por todo el conjunto de información creíble recolectada. Entre las fuentes de primera mano, la Misión tomó en cuenta entrevistas confidenciales con víctimas, testigos, familiares cercanos de las víctimas, perpetradores o ex funcionarios de Myanmar con conocimiento directo, imágenes satelitales de fuentes confiables, material fílmico y fotográfico autenticado y documentos de fuentes confiables y leyes y directivas de Myanmar.[104]

De esta forma, se toma en consideración la gravedad de la norma primaria violada sin equiparar un proceso interestatal con un juicio de naturaleza penal.

102. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 2.

103. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 10.

104. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 13. Para más información sobre la metodología utilizada por la Misión, véase párrs. 10 a 32 del Informe.

En esa línea, la prueba de la intención genocida no dependería exclusivamente de la existencia de condenas penales individuales por dicho crimen, sino que se podrían tomar en cuenta factores de tipo general para probarlo, de forma similar al análisis realizado por el TPIR en los casos de *Akayesu* y *Kayishema y Ruzindada*.[105]

Así, este estándar de prueba se aplicaría sin perjuicio de que existan o no decisiones previas de un tribunal penal internacional. Naturalmente, estas decisiones podrían ser tenidas en cuenta por la Corte Internacional de Justicia, pero no de forma de crear una relación de dependencia que llevara, como ocurrió en el caso de 2015, a que, frente a la ausencia de condenas o a decisiones fiscales de no incluir el crimen de genocidio, ello implicase casi automáticamente la determinación de ausencia de intención genocida en materia de responsabilidad estatal. Tal como señaló la jueza Sebutinde en su Opinión Separada de 2015, los casos individuales del TPIY pudieron haber sido considerados como piezas de un rompecabezas más amplio, es decir, tener un impacto cumulativo sobre el grupo protegido, aun cuando los perpetradores no pudieran ser identificados y llevados ante el TPIY, y de esta manera, adoptar una perspectiva de tipo global respecto de la prueba, pues la Corte Internacional de Justicia se encontraba en una mejor posición que el TPIY para evaluar la totalidad de los crímenes.[106] Esta observación se vincula directamente con la naturaleza de la responsabilidad del Estado y busca evitar una compartimentación del relato de un crimen sistémico atomizando su prueba en casos individuales.

En cuanto a la interpretación de la definición del crimen de genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha seguido la misma línea que los tribunales penales internacionales. Si bien ha utilizado las reglas de interpretación de tratados de forma más bien tradicional, al haberse apoyado en la jurisprudencia del propio TPIY para la determinación de la configuración del crimen de genocidio, incorporó de forma implícita reglas de interpretación en materia penal. Ello es consecuencia de la metodología aplicada por la Corte, pero también de la naturaleza propia de la Convención contra el Genocidio, que es, al mismo tiempo, fuente de obligaciones para los Estados y para los individuos. En consecuencia, su interpretación debe considerarla como un tratado interestatal, y como un instrumento que tipifica un crimen.[107]

Sin embargo, y en línea con la observación del juez Gaja en la sentencia de 2015, existen razones para sostener que la interpretación debiera ser más restrictiva en el caso de los individuos, a la luz del principio de legalidad y de *in dubio pro reo*,[108] principios que no son aplicables en materia de responsabilidad estatal.

105. Véase capítulo 4 de este libro.

106. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada de la jueza Sebutinde, párr. 21.

107. Quigley (2006:73).

108. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez Gaja, párr. 2.

Quizás uno de los elementos del crimen más afectado por las diversas interpretaciones es el elemento subjetivo, el dolo especial del genocidio. Como fuera explicado en el capítulo 7, la forma en que la Corte Internacional de Justicia lo ha considerado probado fue a través de la prueba con el dolo especial de las personas cuyas conductas pueden atribuirse al Estado, es decir, sobre la base de condenas dictadas por un tribunal penal internacional que examinaron el estado mental de individuos concretos, que no debían ser necesariamente aquellos que ocupaban las posiciones más altas en la estructura del Estado (el presidente o jefe del ejército). En su sentencia de 2007 dijo expresamente que no veía razones para apartarse de la determinación del TPIY respecto de la existencia del dolo especial.[109]

Si bien la Corte aceptó que, si de los hechos alegados surgía evidencia persuasiva y consistente de un patrón de atrocidades, ello podría constituir prueba del dolo especial de Serbia, no solamente priorizó en su decisión las determinaciones de un tribunal penal, sino que requirió para la prueba del dolo especial que la intención genocida deba ser la única inferencia posible que emerja de dicho patrón,[110] es decir, incluso cuando admitió que la prueba del dolo especial podría no surgir de una condena penal, aplicó el estándar de prueba de los tribunales penales internacionales.

Esta situación se repitió en la sentencia de 2015. Ante la ausencia de condenas por genocidio del TPIY, Croacia había alegado una serie de factores que, en su opinión, tomados de manera individual o conjunta, probaban la política sistemática serbia de atacar a croatas con el fin de eliminar dicho grupo.[111] Nuevamente, la Corte afirmó que no había sido probado que la única inferencia razonable que surgía de dicho patrón de conducta[112] era la intención de destruir total o parcialmente el grupo croata, lo que reafirmó apoyándose en la ausencia de condenas dictadas por el TPIY.[113]

Como fue observado en el capítulo 7, los factores invocados por Croacia eran similares a los utilizados por la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar para considerar por configurada la intención genocida.[114] Si bien la Misión también aplicó el estándar de "la única inferencia posible", lo

109. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 295.

110. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007,* párr. 373.

111. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párr. 413.

112. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015,* párrs. 417 y 440.

113. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 426-429 y 435.

114. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 224.

hizo sobre la base del umbral de prueba de "motivos razonables para creer", que, como se afirmó, es el que se considera más adecuado para la determinación de la responsabilidad del Estado.

Aunque la elección de la metodología por la Corte Internacional de Justicia parece haber respondido a un criterio práctico que facilitó su tarea, el resultado ha sido contraproducente, pues ha convertido la determinación de la responsabilidad del Estado en una determinación de naturaleza cuasipenal, con un umbral muy difícil de alcanzar.

Por lo tanto, la matriz que aquí se propone permitiría tener en cuenta las decisiones del TPIY en materia de intención genocida, sin que ello implique limitar el análisis, sino que, a su vez, permita examinar la configuración de dicho elemento a través de un patrón claro de conducta estatal. En relación con esta cuestión, de la presente investigación surge que tanto la Corte Internacional de Justicia como los tribunales penales internacionales entendieron que el contexto no es un elemento del crimen, sino un factor que sirve para probar la intención genocida.

Las nociones incluidas en el artículo III de la Convención contra el Genocidio en materia de atribución y de infracciones imperfectas se han considerado aplicables a las dos responsabilidades, convirtiéndose en una *lex specialis*, en particular, respecto de la responsabilidad del Estado, que ofrece un menor desarrollo en su régimen general y, por lo tanto, en materia de genocidio ha debido "tomar prestados" conceptos de la responsabilidad del individuo. En efecto, en lo que respecta a los modos de atribución de responsabilidad, nuevamente la Corte Internacional de Justicia asimiló una noción de naturaleza penal, como es la complicidad, a un concepto relativo a la responsabilidad internacional del Estado previsto en el artículo 16 de los Artículos de la CDI.

Como fuera señalado en el capítulo 1, dicha norma requiere que el Estado que asiste lo haga con conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito y que ese acto también habría sido ilícito de haber sido cometido por dicho Estado. En sus comentarios, la CDI incorporó un tercer elemento al disponer que "la ayuda o asistencia se debe prestar con la *intención* de facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente",[115] (subrayado agregado) es decir que deben guardar "una relación clara con el hecho ilícito subsiguiente" y tratarse de una asistencia o ayuda significativa, aunque no esencial.[116]

En este punto, se propone que, como parte de la matriz de la fragmentación secundaria, la distinción subjetiva que los tribunales *ad hoc* hicieron respecto de los autores principales y de los partícipes sea aplicable al caso de los Estados y, por

115. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 70. El propio Relator Especial, James Crawford, reconoció que el elemento de la intención no aparece en la norma, sino en los Comentarios. *Cf.* Ferro (2016: 145).
116. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]),* p. 70.

lo tanto, se afirma que, en el caso de la asistencia estatal, solamente se requeriría que el Estado que asiste conozca la intención genocida del otro Estado.[117]

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por el crimen de genocidio, surge de esta investigación la necesidad de revisar el esquema de reparaciones previsto en los Artículos de la CDI. Las reglas que allí se incluyeron no realizan ninguna distinción en virtud de la norma primaria violada.

En la matriz que aquí se propone no se considera necesario el desarrollo de un régimen de sanciones punitivas, sino que se sugiere seguir en este punto la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para expandir el alcance de las medidas tradicionales de reparación e incluir la consideración que los efectos del genocidio tienen sobre las comunidades de personas afectadas por el crimen.

En rigor de verdad, el derecho internacional tradicional prevé ciertas medidas como las garantías de no repetición que podrían ser adaptadas correctamente a un caso de genocidio. Estas medidas plantean una vinculación directa con el futuro, ya que el Estado debe garantizar la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la violación de la norma internacional para que ello no vuelva a ocurrir, por lo que tienen el potencial de cambiar las características del aparato estatal que permitieron la comisión de un crimen sistémico como el genocidio. De hecho, la importancia de este tipo de medidas para los casos de violaciones de derechos humanos ha sido reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[118]

En cuanto a las medidas reparatorias de carácter pecuniario, como fue observado en el capítulo 7, si bien la Corte Internacional de Justicia no tiene demasiada práctica al respecto, su decisión de febrero de 2022 sobre reparaciones en la controversia entre la República Democrática del Congo y Uganda ofrece algunas pautas que podrían ser aplicadas en casos de comisión de genocidio a los fines de ordenar una reparación de tipo pecuniaria. Por ejemplo, si existiera una gran cantidad de víctimas, no sería necesario identificarlas de manera individual para determinar los daños para fijar las reparaciones. Asimismo, estas podrían ser definidas de manera global sobre la base de consideraciones de equidad y sobre la base de un estándar de prueba menos riguroso, siempre y cuando no haya dudas respecto de que el hecho internacionalmente ilícito hubiera causado daño probado.

Finalmente, otra de las medidas reparatorias que la Corte Interamericana ordena frecuentemente y que sería posible aplicar en materia de responsabilidad por genocidio, es la obligación de juzgar y sancionar a los individuos responsables

117. *Cf.* Jørgensen (2011: 265).

118. Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/60/147, "*Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones*", 16 de diciembre de 2005.

por las conductas que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos.[119] En el contexto de una dualidad de responsabilidades, es necesario entender la responsabilidad individual como parte de las consecuencias de una criminalidad sistémica previstas en el párrafo 3 del artículo 41 de los Artículos de la CDI, sin que por ello desaparezca la responsabilidad del Estado.[120] Se trata de considerar ambas responsabilidades como un todo que busca responder a una situación de criminalidad sistémica. En este sentido, es posible pensar en las condenas individuales de los agentes del Estado como una garantía de no repetición, aunque ello no haya sido considerado por la CDI en su trabajo.[121] Por otro lado, podría pensarse que las sentencias condenatorias de agentes del Estado fueran consideradas como medidas de satisfacción.[122]

A modo de ejemplo, cabe señalar que el Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur propuso al Consejo de Seguridad dos líneas de acción que entendió complementarias: el establecimiento de una Comisión de Compensación y la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional, observando que los Estados tienen la obligación de actuar, no solamente contra los perpetradores, sino en nombre de las víctimas.[123] No se trataba solamente de una rendición de cuentas de tipo penal, sino también de reparar los daños causados por las violaciones al derecho internacional (obligación que puso en cabeza del Estado)[124] reconociendo la dualidad de responsabilidades que se había configurado.[125] Sin embargo, el Consejo de Seguridad solamente adoptó la recomendación de la remisión de la situación a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a través de la Resolución 1593 (2005) en la que nada se dice respecto de la obligación de reparar del Estado de Sudán.[126]

En la misma línea, la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar, aunque no tenía competencia para ordenar medidas reparatorias, entre las recomendaciones que incluyó en su Informe para el Estado de

119. Desde su primera sentencia en 1988 en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido una jurisprudencia constante que dispone que el deber de garantizar los derechos humanos, previsto en el artículo 1.1.de la Convención Americana, implica prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. *Cf.* párr. 166.

120. Algunos autores se han referido a la responsabilidad individual como un suplemento de la responsabilidad del Estado. *Cf.* Posner y Sykes (2007: 101).

121. Bonafè (2009:232). Posner y Sykes han argumentado que las sanciones penales a los individuos pueden servir como medidas disuasorias para los agentes del Estado en caso en que la determinación de la responsabilidad internacional de Estado no fuera suficiente. *Cf.* (2007: 98).

122. Bonafè (2009:234).

123. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 590.

124. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 598.

125. Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, párr. 593.

126. Consejo de Seguridad, Res. S/1593, 31 de marzo de 2005. Al respecto, véase también Fletcher (2016: 519).

Myanmar, mencionó la realización de investigaciones efectivas respecto de los actos de genocidio y, cuando resulte apropiado, enjuiciar y castigar a las personas responsables y la adopción de legislación doméstica necesaria para sancionar el crimen de genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio, es decir, todos los actos incluidos en el artículo III de la Convención de 1948.[127]

Si bien es un ejemplo claro de los puntos de contacto entre ambas responsabilidades, este tipo de medidas se centra, no obstante, en el accionar del individuo por sobre el del Estado y pone el enjuiciamiento en cabeza de las jurisdicciones penales nacionales. Por lo tanto, desde la perspectiva de una dualidad de responsabilidades se requiere una combinación de una sentencia declaratoria de responsabilidad del Estado que contenga medidas reparatorias más allá de la mera decisión y de condenas individuales por parte de un tribunal penal internacional contra los agentes del Estado.[128]

127. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párrs. 692-693.
128. Jørgensen (2000: 280).

Conclusiones

Of course, the idea that a State, any more than a corporation, commits crimes, is a fiction. Crimes always are committed only by persons. While it is quite proper to employ the fiction of responsibility of a State or corporation for the purpose of imposing a collective liability, it is quite intolerable to let such a legalism become the basis of personal immunity.[1]

No State or organisation is on trial here today. The indictments do not accuse an entire people of being collectively guilty of the crimes, even the crime of genocide. It may be tempting to generalise when dealing with the conduct of leaders at the highest level, but that is an error that must be avoided. Collective guilt forms no part of the Prosecution case (…).[2]

Un Estado puede ser internacionalmente responsable por un crimen, imputable tanto a sus agentes que lo cometieron, como al propio Estado como persona jurídica de derecho internacional. Negar esto sería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional en el presente dominio de la responsabilidad internacional.[3]

1. Alegato de apertura del Fiscal Robert Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 21 de noviembre de 1945, disponible en https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/ (último acceso: 20/02/2024).

2. Alegato de apertura de la Fiscal Carla del Ponte en el juicio contra Slodovan Milosevic, 12 de febrero de 2002, disponible en https://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/trans/en/020212IT.htm (último acceso: 20/02/2024).

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 15.

Se ha afirmado que el derecho internacional penal nació con el objetivo de establecer una ficción que separaría al Estado de los individuos "malvados", que cometen crímenes y que buscan obstaculizar el normal funcionamiento del orden internacional, de manera de limpiar de posibles responsabilidades al Estado[4] y así mantener "el halo de santidad en torno a las jerarquías estatales".[5] Las dos primeras citas del epígrafe son, precisamente, un ejemplo de esta posición.

Sin embargo, la cita del voto del juez Cançado Trindade propone una lectura del derecho internacional diferente que ha sido explorada a lo largo de esta investigación. De hecho, como surge de este trabajo, al analizar la comisión de crímenes internacionales como el genocidio, es casi imposible separar al individuo del contexto general, ya que estas conductas son a la vez de naturaleza individual y colectiva, basadas en una estructura organizacional determinada. Por ello, en este libro se ha adoptado el término "criminalidad sistémica", enunciado por Röling[6] y desarrollado por Nollkaemper. Este autor lo describió como una situación en la que entidades colectivas ordenan o alientan la comisión de crímenes internacionales, o permiten o toleran su comisión.[7] En este contexto, el Estado es la forma más importante de entidad colectiva que puede estar involucrada en una criminalidad sistémica, en particular, por la posibilidad de utilizar su aparato y burocracia en la comisión de estos crímenes.

En ese marco, esta investigación se ocupó de examinar la relación entre el régimen aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados y aquel aplicable a la responsabilidad internacional de los individuos, y el diálogo (o la falta de él) entre los tribunales que determinan una y otra en los casos de genocidio. Para ello, se estudiaron las sentencias de los tribunales penales internacionales e internacionalizados en los que se analizaron cargos por este crimen, así como los casos de la Corte Internacional de Justicia en los casos sobre la Convención contra el Genocidio.

Una de las primeras discusiones que se examinó es aquella relativa a la naturaleza de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio. Así, mientras que en el capítulo 1 se estudió el régimen de responsabilidad agravada establecido por la CDI en los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el capítulo 3 se focalizó en la responsabilidad del Estado por la comisión del genocidio y la aplicación de dicho régimen. Allí se determinó que la interpretación correcta es la que sugiere que hablar de crimen de Estado no implica, necesariamente, afirmar que la responsabilidad que surja tenga naturaleza penal en el sentido en que es usado en el derecho doméstico y que tampoco resultaba convincente el término "genocidio civil", puesto que

4. Simpson (2007: 63).
5. Jaspers (1998 [1965]): 129).
6. Nollkaemper (2009: 16).
7. Nollkaemper (2010: 316).

ese concepto parece plantear dos tipos de definiciones del crimen y reducir su gravedad en casos de responsabilidad estatal. Por ello, se concluyó que entender el crimen de genocidio como un hecho internacionalmente ilícito que merece un régimen de responsabilidad agravada ofrece mayor claridad y evita confusiones terminológicas y conceptuales que afectan la efectividad de la Convención contra el Genocidio, aunque se advirtió que dicho régimen se encuentra regulado de forma bastante escueta en los Artículos de la CDI. Asimismo, se observó que el análisis que llevó adelante la Corte Internacional de Justicia en los casos sobre genocidio puede resultar difícil de compaginar con el régimen de responsabilidad agravada, pues incorporó conceptos relacionados con una responsabilidad de tipo penal y le otorgó un rol central a la jurisprudencia del TPIY.

Precisamente en materia de responsabilidad penal, en el capítulo 2 de este libro se estudió con detalle el desarrollo del derecho internacional penal y de la noción de la responsabilidad internacional penal del individuo. Luego, en el capítulo 4, se examinó la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en los casos en los que la conducta de los individuos se enmarcaba en una criminalidad sistémica en un aparato estatal a fin de identificar los puntos en común del régimen de responsabilidad del Estado y del régimen de responsabilidad del individuo por el crimen de genocidio. Allí surgió que, en sus sentencias, los tribunales penales internacionales realizaron referencias al contexto colectivo antes de ingresar en el examen de la conducta individual, tomando en cuenta el rol de la política estatal. También infirieron la intención genocida de la persona acusada del contexto colectivo cuando no existía prueba directa de dicha intención y, en ciertos casos, utilizaron modos de atribución de responsabilidad que reflejaban el contexto colectivo de la conducta y comprobaron la configuración de infracciones imperfectas que también podían dar cuenta de dicho contexto. Si bien el rol de un plan o política genocida del Estado no ha sido considerado como un elemento del crimen, el hecho de que esté mencionado en casi todos los casos como un indicio del dolo especial, permite afirmar la importancia del aparato del Estado en la determinación de la responsabilidad penal internacional individual.

Sobre la base de las conclusiones parciales de las dos primeras partes, en la Parte III de este libro se examinó la relación entre las jurisdicciones con competencia para determinar la responsabilidad de los individuos por el crimen de genocidio y la Corte Internacional de Justicia, incluyendo, cuando fuera pertinente, referencias a los informes de las comisiones de investigación sobre las situaciones de Darfur y Myanmar. En los tres primeros capítulos de esta sección se utilizaron tres ejes para dicha búsqueda: uno referido a cuestiones jurisdiccionales y probatorias, otro a cuestiones sustantivas y el último relativo a las condiciones para la atribución de responsabilidad por el crimen de genocidio.

En relación con el primer eje, en el capítulo 5 se estableció que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia da cuenta de una relación de cuasi-dependencia entre sus propias sentencias y las decisiones de los tribunales penales

internacionales en materia de comisión del crimen de genocidio. Asimismo, en materia probatoria se observó que las jurisdicciones que aplican ambos regímenes acuerdan en que la carga de la prueba la tiene la parte que alega la comisión del crimen, sin perjuicio de las diferencias procedimentales que existen entre ellas. En cuanto al umbral requerido, el voto mayoritario de la Corte Internacional de Justicia ha aplicado un umbral más alto que el utilizado en la mayoría de sus casos en virtud de la gravedad de las alegaciones, que se acerca al aplicado en los casos de responsabilidad penal individual. No obstante, se consideró que es necesario revisar esta posición y, a tal fin, se propuso un umbral de prueba intermedio entre aquel aplicable de forma general a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el aplicable a la responsabilidad penal internacional de los individuos, haciendo referencia a la metodología utilizada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, que se basan en el estándar de "motivos razonables" para adoptar sus determinaciones fácticas sobre los casos individuales, los incidentes y los patrones de conducta.

Con respecto al segundo eje, en el capítulo 6 se observó que la interpretación de la Convención contra el Genocidio ha resultado particularmente difícil debido a su carácter de fuente de obligaciones, tanto para los Estados como para los individuos, a pesar de que, en cierta medida, estas diferencias se diluyen por la metodología utilizada por la Corte Internacional de Justicia y su dependencia de la jurisprudencia de tribunales penales internacionales, que implicó una incorporación tácita de reglas de interpretación en materia penal. Asimismo, se advirtió que, más allá de que la definición del crimen de genocidio no ha sido modificada desde 1948, todavía existen divergencias relacionadas con algunos de sus elementos, en particular con el elemento contextual, lo que tiene un impacto directo en la determinación de una responsabilidad dual. En cuanto a las consecuencias jurídicas de la comisión del genocidio, se consideró necesario revisar el esquema de reparaciones previsto en los Artículos de la CDI puesto que no incluyen ninguna distinción en virtud de la norma primaria violada. En este sentido, se estimó que este aspecto ofrece una oportunidad para vincular los dos regímenes de responsabilidad ya que, por ejemplo, el enjuiciamiento de las personas acusadas de cometer genocidio debería incluirse dentro de las medidas reparatorias que el Estado responsable deba llevar adelante.

Finalmente, el tercer eje analizado en el capítulo 7 se refirió a las condiciones para la atribución de responsabilidad por el crimen de genocidio, tanto en el contexto del régimen de responsabilidad individual como del régimen de responsabilidad del Estado, relativas a la determinación del elemento subjetivo especial, a los modos de atribución de responsabilidad y a las circunstancias que excluirían dicha ilicitud. La prueba y determinación del dolo especial representan un claro cruce entre ambos regímenes, en particular, en virtud de la metodología utilizada por la Corte Internacional de Justicia en las sentencias de 2007 y 2015 en donde, a fin de determinar la responsabilidad de un Estado se basó en el examen del

estado mental de individuos cuya conducta le podía ser atribuible. Incluso cuando aceptó la posibilidad de que el dolo especial surgiera de un patrón de conducta, lo hizo exigiendo que la intención genocida fuera la única inferencia posible, al igual que los tribunales penales internacionales. Asimismo, se determinó que las nociones incluidas en el artículo III de la Convención contra el Genocidio en materia de atribución y de infracciones imperfectas han sido aplicadas a las dos responsabilidades, convirtiéndose en una *lex specialis* respecto de la responsabilidad del Estado. Como fuera señalado, esta ofrece un menor desarrollo en su régimen general y, por lo tanto, en materia de genocidio ha debido "tomar prestados" conceptos de la responsabilidad del individuo. Finalmente, en materia de defensas, mientras el régimen desarrollado por la CDI impide que un Estado invoque alguna circunstancia que excluya la ilicitud por tratarse de la violación de una norma primaria de naturaleza imperativa, en materia de responsabilidad individual, los tribunales penales internacionales han permitido su invocación, a pesar de que la Convención contra el Genocidio nada dice al respecto, sino que solamente descarta una posible defensa para aquellas personas que son funcionarios de Estado en razón de su cargo.

Una vez completado el examen de los cruces en materia de responsabilidad internacional por el crimen de genocidio, en el capítulo 8 se propuso una matriz de fragmentación secundaria para la aplicación de los regímenes de responsabilidad estatal e individual. Ella se basa en la idea directriz de esta investigación que plantea que la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito del genocidio se vincula con ciertos elementos propios de la responsabilidad individual derivada del crimen de genocidio y que, si bien se trata de dos regímenes de responsabilidad diferentes, dentro del sistema de derecho internacional público ambos encuentran puntos de contacto a través de los cuales se retroalimentan.

La categoría de "fragmentación secundaria" (complementaria de los conceptos de fragmentación sustantiva e institucional ya existentes en el derecho internacional) se eligió como herramienta para la comprensión de la interrelación entre los regímenes de responsabilidad, a fin de construir una matriz de análisis que brinde un marco aplicable a situaciones de dualidad de responsabilidades por la comisión de genocidio por parte de las jurisdicciones internacionales con diferente competencia personal. Esa interacción debe darse en el marco de un diálogo interjurisdiccional que comprenda el alcance de las competencias de cada tribunal y que, de esta manera, aplique de manera apropiada los distintos precedentes para evitar funcionar en un vacío. A la luz de los cruces identificados en la Parte III del libro, la matriz considera las diversas situaciones que pueden surgir cuando un tribunal internacional debe determinar la responsabilidad por el crimen de genocidio del Estado o de individuos cuya conducta puede ser atribuida al Estado, de conformidad con el derecho internacional. De esta manera, la matriz propuesta facilitará el diálogo interjurisdiccional cuando, por ejemplo, se analice la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio en casos en

los que existan o no decisiones de tribunales penales internacionales que versen sobre la misma plataforma fáctica.

En este sentido, en el capítulo 8 se identificaron situaciones en las que podría configurarse una dualidad de responsabilidades y, sobre la base de los ejes analizados, se propuso una metodología para resolver los diferentes supuestos de diálogo interjurisdiccional. Si bien del análisis realizado en este trabajo no se han identificado supuestos concretos de dualidad de responsabilidades por el crimen de genocidio, se considera que la importancia creciente del medio jurisdiccional de solución de controversias, tanto en materia de responsabilidad estatal como individual, permite pensar en que la configuración de una dualidad de responsabilidades no solo es posible, sino que existe una alta probabilidad de que ello ocurra. Por lo tanto, se ofreció una matriz de fragmentación secundaria para llevar adelante el diálogo interjurisdiccional en dos direcciones: i) cuando un tribunal penal internacional deba determinar la responsabilidad de los individuos por el crimen de genocidio y ii) cuando la Corte Internacional de Justicia (o un órgano de investigación de derechos humanos) deba determinar la responsabilidad del Estado por dicho crimen. Para ambos supuestos se propuso una metodología que toma en consideración los diferentes cruces identificados a lo largo del trabajo.

La aplicación de esta matriz muestra que, en definitiva, todo régimen de responsabilidad debe procurar no generar una visión compartimentada de los hechos, creando una separación artificial entre la conducta de los Estados y de los individuos que no da cuenta de los hechos tal como realmente ocurrieron y dificultando de esta manera el estudio (y, lo que es más grave, la persecución efectiva) de los crímenes internacionales.

De esta manera, se ha comprobado la hipótesis planteada que afirma que la compartimentación entre los regímenes de responsabilidad del Estado y del individuo por el crimen de genocidio es artificial y que se puede superar a partir de la identificación de la matriz de una "fragmentación secundaria", capaz de explicar la relación entre ambas responsabilidades.

La demostración de esta hipótesis dio cuenta de que la relación de los regímenes de responsabilidad no es una discusión teórica, sino que tiene repercusiones concretas en el funcionamiento de los tribunales internacionales. Permite repensar algunos aspectos problemáticos relacionados con la fragmentación del derecho internacional en materia de responsabilidad, con respecto a cuestiones tanto sustantivas como procesales.

De esta forma, se espera que las reflexiones planteadas en este trabajo resulten útiles para futuros estudios interesados en explorar el alcance, contenido y aplicación de los regímenes de responsabilidad estatal e individual por crímenes internacionales y su relación entre sí.

Bibliografía

1. Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe N.º 3/87, Caso N.º 9647 (*Roach & Pinkerton*), Estados Unidos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75). Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, Serie A No. 2.

Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 04.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva del 1° de octubre de 1999. OC-16/99, Serie A No. 16.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03. Serie A No. 18.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C No. 105.

Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de octubre de 2004, Serie C No. 114.

Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C No. 126.

Masacre de Mapiripan vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Masacre de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 1° de julio de 2006. Serie C No. 148.

Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso del Penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs, México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2021. Serie C No. 239.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (Diario Militar). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2012. Serie C, No. 253.

Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Caso Herztog y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.

La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva del 30 de mayo de 2018, OC-25/2018, Serie A No. 25.

Corte International de Justicia

The Corfu Channel Case (Reino Unido vs. Albania), sentencia del 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949, p. 4.*

Reparation for Injuries suffered at the Service of the United Nations, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949, p. 174.*

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951, p. 15.*

South West Africa Cases (second phase), (Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica), sentencia del 18 de julio de 1966, *I.C.J. Reports 1966, p. 6*

Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Bélgica vs. España) Second Phase, sentencia del 5 de febrero de 1970 *I.C.J. Reports 1970, p. 3*.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstading Security Council Resolution 276 (1970), Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, *I.C.J. Reports (1971), p. 16.*

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986, *I.C.J. Reports 1986, p. 14.*

Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro). Medidas provisionales, Orden del 8 de abril de 1993, *I.C.J. Reports 1993, p. 3*.

Case concening East Timor (Australia vs. Portugal), sentencia del 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1995, p. 90.*

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996, p. 226*.

Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia), Excepciones Preliminares, sentencia del 11 de julio de 1996, *I.C.J. Reports, p. 595.*

LaGrand Case (Alemania vs. Estados Unidos de América, sentencia del 27 de junio de 2001, *I.C.J. Reports 2001, p. 466.*

Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports 2002, p. 3.*

Case concerning Oil Platforms (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), sentencia del 6 de noviembre de 2003, *I.C.J. Reports 2003, p. 161.*

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports 2004, p. 136.*

Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports 2005, p. 168*.

Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo (new application: 2002) (República Democrática del Congo vs. Ruanda), sentencia del 3 de febrero de 2006, *I.C.J. Reports 2006, p. 6.*

Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*, *p. 43*.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Croacia vs. Serbia), Decisión sobre excepciones preliminares, 18 de noviembre de 2008, *I.C.J. Reports 2008, p. 412.*

Jurisdictional Immunities of the State, (Alemania vs. Italia), sentencia del 3 de febrero de 2012, *I.C.J. Reports 2012, p. 99*.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica vs. Senegal), sentencia del 20 de julio de 2012, *I.C.J. Reports 2012, p. 422*.

Case concerning *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea vs. República Democrática del Congo), sentencia del 30 de noviembre de 2012, *I.C.J Reports 2012, p. 639.*

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia vs. Serbia y Montenegro), sentencia del 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015, p. 3.*

Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo (República Democrática del Congo vs. Uganda), Orden del 1° de julio de 2015, *I.C.J. Reports 2015, p. 580*.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia vs. Myanmar). Medidas provisionales. Orden del 23 de enero de 2020, *I.C.J. Reports 2020, p. 3*.

Case concerning Armed activities on the territory of the Congo (República Democrática del Congo vs. Uganda), sentencia del 9 de febrero de 2022.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa). Medidas provisionales. Orden del 16 de marzo de 2022.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia vs. Myanmar). Excepciones preliminares. Decisión de 22 de julio de 2022.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia vs. Myanmar), Orden del 22 de julio de 2022.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa). Orden del 7 de octubre de 2022.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa). Orden del 5 de junio de 2023.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip (Sudáfrica vs. Israel). Medidas provisionales. Orden del 26 de enero de 2024.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa). Excepciones preliminares. Decisión de 2 de febrero de 2024.

Corte Penal Internacional

"Situación en la República Democrática del Congo", Sala de Apelaciones, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber's I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal,* 24 de julio de 2006, ICC-01/04-168.

"Fiscal vs. Thomas Luganga Dyilo", Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN.

"Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui", Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717.

"Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Sala de Cuestiones Preliminares, *Decison on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-3.

"Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Sala de Apelaciones, *Judgement in the Jordan referral re Al Bashir Appeal,* 6 de mayo de 2019, ICC-CPI-02/05-01/09-397-Corr.

"Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 3 de febrero de 2010, ICC-02/05-01/09-73.

"Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Sala de Cuestiones Preliminares, *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 de julio de 2010, ICC-02/05-01/09-94.

"Fiscal vs. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi", Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecutor's Application pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, 27 de junio de 2011, ICC-01/11-12.

"Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", Sala de Primera Instancia I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation*s, 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06-2904.

"Fiscal vs. Germain Katanga", Sala de Primera Instancia II, *Decision in the application for the interim release of detained witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 y DRC-D02-P-0350*, 1° de octubre de 2013, ICC-CPI-01/04-01/07-3405-tENG.

"Fiscal vs. Germain Katanga", Sala de Primera Instancia II, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

"Fiscal vs. Laurent Gbagbo", Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 12 de junio de 2014, ICC-02/11-01/11-656-Red.

"Fiscal vs. Bosco Ntaganda", Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the confirmation of charges*, 9 de septiembre de 2014, ICC-01/04-02/06-309.

"Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1° de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red.

"Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo", Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals against the 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations' of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, 3 de marzo de 2015, ICC-01/04-01/06-3129.

"Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo", Sala de Primera Instancia III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 21 de marzo de 2016, ICC-01/05-01/08-3343.

"Fiscal vs. Dominic Ongwen", Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the confirmation of charges*, de 23 de marzo de 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red.

"Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo", Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 8 de junio de 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Red.

"Fiscal vs. Bosco Ntaganda", Sala de Primera Instancia IV, *Judgment*, 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06-2359.

"Situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar", Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14 de noviembre de 2019, ICC-01/19-27.

"Situación en la República Islámica de Afganistán", Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138-Anx-Corr, 6 de marzo de 2020.

"Fiscal vs. Dominic Ongwen", Sala de Primera Instancia IX, *Judgment*, 4 de febrero de 2021, ICC-02/04-01/15-1762-Red.

"Fiscal vs. Bosco Ntaganda", Sala de Primera Instancia VI, *Reparations. Order*, 8 de marzo de 2021, ICC-01/04-02/06-2659.

Corte Permanente de Justicia Internacional

Case concerning the Factory at Chorzow (Alemania vs. Polonia). Sentencia del 26 de julio de 1927, Jurisdiction, Serie A, N.º 9.

Case concerning the Factory at Chorzow (Alemania vs. Polonia). Sentencia del 13 de septiembre de 1928, Merits, Serie A, N.º 17.

The Case of the S.S. Lotus (Francia/Turquía) – Series A, N.° 10. Sentencia del 7 de septiembre de 1927.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railways officials who have passed into the Polish Service against the Polish Railways Administration). Opinión Consultiva del 3 de marzo de 1928, Serie B, N.º 15.

Tribunal Especial para El Líbano

Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tyrer vs. Reino Unido (Application No. 5856/72), sentencia del 25 de abril de 1978.

Caso Al-Adsani vs. Reino Unido, (Application 35763/97), sentencia del 21 de noviembre de 2001.

Broniowski vs. Polonia, (Application 31443/96), sentencia del 22 de junio de 2004.

Jorgic vs. Alemania, (Application 74613/01), sentencia del 12 de julio de 2007.

Korbely vs. Hungría (Application 9174/02), Gran Sala, sentencia del 19 de septiembre de 2008.

Kononov vs. Letonia (Application 36376/04), Gran Sala, sentencia del 17 de mayo de 2010.

Janowiec y otros vs. Rusia, (Applications 55508/07 y 290520/09), Gran Sala, sentencia del 21 de octubre de 2013.
Margus vs. Croacia, (Application 4455/10), Gran Sala, sentencia del 27 de mayo de 2014.
Vasiliauskas vs. Lituania, (Application 35342/05), sentencia del 20 de octubre de 2015.
Drélingas vs. Lituania (Application 28859/16), sentencia del 12 de marzo de 2019.

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Goering y otros (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal), Sentencia del 1° de octubre de 1946.

Tribunales Militares de Ocupación

Corte Militar Británica, *Joseph Kramer et al.*, (caso No. 10) 17/09/1945-17/11/1945.
Corte Militar Británica, *Juicio de Zyklon B contra Bruno Tesch et al.*, 1-8 de marzo de 1946.
Tribunal General Militar Gubernamental de la zona ocupada por Francia, *Francia vs. Albert Wagner* (Caso No. 75), sentencia del 29 de noviembre de 1946.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Erhard Milch*, sentencia del 17 de abril de 1947.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Karl Brandt et al.* (caso de los médicos), sentencia del 19 de julio de 1947.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Oswald Pohl et al.*, sentencia del 3 de noviembre de 1947.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Josef Altstoetter et al.* (el caso de la justicia o de los abogados), sentencia del 4 de diciembre de 1947.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Friedrich Flick et al.* (caso Flick), sentencia del 22 de diciembre de 1947.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Wilhelm List et al.* (caso de los rehenes), sentencia del 19 de febrero de 1948.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Ulrich Greifelt et al.* (caso de RuSAH), sentencia del 10 de marzo de 1948.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Otto Ohlendorf et al.* (caso de los Einsatzgruppen), sentencia del 8 de abril de 1948.
Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Carl Krauch et al.* (caso I.G. Farben), sentencia del 30 de julio de 1948.

Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Alfred Krupp et al.*, sentencia del 31 de julio de 1948.

Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Wilhelm von Leeb et al.* (caso del Alto Comando), sentencia del 27 de octubre de 1948.

Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EE. UU. vs. Ernst von Weizsaecker et al.* (caso de los Ministerios), sentencia del 11 de abril de 1949.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

"Fiscal vs. Dusko Tadic", Sala de Apelaciones, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1.

"Fiscal vs. Drazen Erdemovic", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 7 de octubre de 1997, IT-96-22-A.

"Fiscal vs. Tihomir Blaskic", Sala de Apelaciones, *Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber II of 18 July, 1997*, 29 de octubre de 1997, IT-95-14-ARI08bis.

"Fiscal vs. Delalic *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 16 de noviembre de 1998, IT-96-21-T.

"Fiscal vs. Anto Furundzija", Sala de Juicio, *Judgment*, 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T.

"Fiscal vs. Dusko Tadic", Sala de Apelaciones, *Judgement*, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A.

"Fiscal vs. Goran Jelisic", Sala de Juicio, *Judgment*, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10.

"Fiscal vs. Zoran Kupreskic, Mirjam Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic y Vladimir Santic a/k/a Vlado", Sala de Juicio, *Judgment*, 14 de enero de 2000, IT-95-16-T.

"Fiscal vs. Kvocka y otros", Sala de Juicio I, *Decision on the Defense 'Motion regarding concurrent procedures before International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Court of Justice on the same question*', 5 de diciembre de 2000.

"Fiscal vs. Kvocka y otros", Sala de Apelaciones, *Decision on interlocutory appeal by the accused Zoran Zigic against the Decision of Trial Chamber I dated 5 December 2000*, 25 de mayo de 2001.

"Fiscal vs. Goran Jelisic", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10-A.

"Fiscal vs. Radislav Krstic", Sala de Juicio I, *Judgment*, 2 de agosto de 2001, No IT-98-33-T.

"Fiscal vs. Milomir Stakic", Sala de Juicio, *Judgment,* 31 de julio de 2003, IT-97-24-T.

"Fiscal vs. Radoslav Brdjanin", Sala de Juicio, "*Decision on motion for acquittal pursuant to Rule 98bis*, 28 de noviembre de 2003, IT-99-36-T.

"Fiscal vs. Radoslav Brdjanin", Sala de Apelaciones, *Decision on Interlocutory Appeal*, 19 de marzo de 2004, IT-99-36-A.

"Fiscal vs. Radislav Krstic", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A.

"Fiscal vs. Slobodan Milosevic", Sala de Juicio, *Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, 16 de junio de 2004, párr. 246, IT-02-54-T.

"Fiscal vs. Radoslav Brdanin", Sala de Juicio, *Judgment*, 1° de septiembre de 2004, IT-99-36-T.

"Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", Sala de Juicio, *Judgment,* 17 de enero de 2005, IT-02-60-T.

"Fiscal vs. Miroslav Kvocka", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 28 de febrero de 2005, IT-98-30/1-A.

"Fiscal vs. Milomir Stakic", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 22 de marzo de 2006, IT-97-24-A.

"Fiscal vs. Momcilo Krajiskic", Sala de Juicio, *Judgment,* 27 de septiembre de 2006, IT-00-39-T.

"Fiscal vs. Stanislav Galic", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 30 de noviembre de 2006, IT-98-29-A.

"Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A.

"Fiscal vs. Milan Martic", Sala de Juicio, *Judgment*, 12 de junio de 2007, IT-95-11-T.

"Fiscal vs. Radovan Karadzic", Sala de Apelaciones, *Decision on the Prosecution's motion appealing Trial Chamber's Decision on JCE III foreseeability*, 25 de junio de 2009, IT-95-5/18-AR72.4.

"Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment,* 16 de junio de 2010, IT-05-88-T.

"Fiscal vs. Anto Gotovina *et al.*" Sala de Juicio, *Judgment*, 15 de abril de 2011, IT-06-90-T.

"Fiscal vs. Zdravko Tolimir", Sala de Juicio, *Judgment,* 12 de diciembre de 2012, IT-05-88/2-T.

"Fiscal vs. Jadranko Prlic y otros", Sala de Primera Instancia III, *Judgment*, Opinión Separada y Parcialmente Disidente del juez presidente Jean-Claude Antonetti, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T.

"Fiscal vs. Jovica Stanisic y Franko Simatovic", Sala de Juicio, *Judgment*, 30 de mayo de 2013, IT-03-69-T.

"Fiscal vs. Vujadin Popovic *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 30 de enero de 2015, IT-05-88-A.

"Fiscal vs. Zdravko Tolimir", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 8 de abril de 2015, IT-05-88/2-A.

"Fiscal vs. Radovan Karadzic", Sala de Juicio, *Judgment,* 24 de marzo de 2016, IT-95-5/18-T.

"Fiscal vs. Radko Mladic", Sala de Juicio, *Judgment,* 22 de noviembre de 2017, IT-09-92-T.
"Fiscal vs. Jadranko Prlic *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 29 de noviembre de 2017, IT-04-74-A

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

"Fiscal vs. Joseph Kanyabashi", Sala de Juicio, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, ICTR-96-15-T.
"Fiscal vs. Jean Paul Akayesu", Sala de Juicio, *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T.
"Fiscal vs. Jean Kambanda", Sala de Juicio, *Judgment*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23-T.
"Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", Sala de Juicio, *Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T.
"Fiscal vs. Joseph Kanyabashi", Sala de Apelaciones, *Joint and Separate Opinion of Judge* McDonald *and Judge* Vohrah, 3 de junio de 1999, ICTR-95-15-A.
"Fiscal vs. George Rutaganda", Sala de Juicio, *Judgment*, 6 de diciembre de 1999, ICTR-96-3-T.
"Fiscal vs. Alfred Musema", Sala de Juicio, *Judgment*, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-T.
"Fiscal vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 1° de junio de 2000, ICTR-95-1-A.
"Fiscal vs. Laurent Semanza", Sala de Juicio, *Decisión on the Prosecution's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94 and 54,* 3 de noviembre de 2000, ICTR-97-20-I.
"Fiscal vs. Ignace Baglishema", Sala de Juicio, *Judgment*, 7 de junio de 2001, ICTR-95-1A-T.
"Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gerard Ntakirutimana", Sala de Juicio, *Decision on the Prosecutor's motion for judicial notice of adjudicated facts*, 22 de noviembre de 2001, ICTR-96-10-T y ICTR 96-17-T.
"Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana", Sala de Juicio, *Judgment,* 21 de febrero de 2003, ICTR-96-10-T & ICTR-96-17-T.
"Fiscal vs. Laurent Semanza", Sala de Juicio, *Judgment*, 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T.
"Fiscal vs. Eliézer Niyitegeka", Sala de Juicio, *Judgment*, 16 de mayo de 2003, ICTR-96-14-T.
"Fiscal vs. Georges Rutaganda", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 26 de mayo de 2003, ICTR-96-3-A.
"Fiscal vs. Juvénal Kajelijeli", Sala de Juicio, *Judgment,* 1° de diciembre de 2003, ICTR-44A-T.

"Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 3 de diciembre de 2003, ICTR-99-52-T.

"Fiscal vs. Jean de Dieu Kamuhanda", Sala de Juicio, *Judgment*, 22 de enero de 2004, ICTR-95-54A-T.

"Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", Sala de Juicio, *Judgment*, 17 de junio de 2004, ICTR-2001-64-T.

"Fiscal vs. Emmanuel Ndindabahizi", Sala de Juicio, *Judgment*, 15 de julio de 2004, ICTR-2001-71-I.

"Fiscal vs. André Rwamakuba", Sala de Apelaciones, *Decision on Interlocutory Appeal regarding application of joint criminal enterprise to the crime of genocide*, 22 de octubre de 2004, ICTR-98-44-AR72.4.

"Fiscal vs. Elizaphan Ntakirutimana y Gérard Ntakirutimana", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 13 de diciembre de 2004, ICTR-96-10-A y ICTR 96-17-A.

"Fiscal vs. Aloys Simba", Sala de Juicio, *Judgment*, 13 de diciembre de 2005, ICTR-01-76-T.

"Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", *Decision on Defence motions challenging the pleading of a joint criminal enterprise in a count of complicity in genocide in the amended indictment*, 18 de mayo de 2006, ICTR-98-44-T.

"Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", Sala de Apelaciones, *Decision on the Prosecutor's Interlocutory Appeals of Decision on Judicial Notice*, 16 de junio de 2006, ICTR-98-44-AR73(C).

"Fiscal vs. Sylvestre Gacumbitse", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A.

"Fiscal vs. André Rwamakuba", Sala de Juicio, *Judgment*, 20 de septiembre de 2006, ICTR-98-44C-T.

"Fiscal vs. Athanase Seromba", Sala de Juicio, *Judgment*, 13 de diciembre de 2006, ICTR-01-66-T.

"Fiscal vs. Ferdinand Nahimana *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 28 de noviembre de 2007, ICTR-99-52-A.

"Fiscal vs. François Karera", Sala de Juicio, *Judgment*, 7 de diciembre de 2007, ICTR-01-74-T.

"Fiscal vs. Athanase Seromba", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 12 de marzo de 2008, ICTR-01-66-A.

"Fiscal vs. Siméon Nachimihigo", Sala de Juicio, *Judgment*, 12 de noviembre de 2008, ICTR-01-63-T.

"Fiscal vs. Simon Bikindi", Sala de Juicio, *Judgment*, 2 de diciembre de 2008, ICTR-01-72-T.

"Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-98-41-T.

"Fiscal vs. Protais Zigiranyirazo", Sala de Juicio, *Judgment*, 18 de diciembre de 2008, ICTR-01-73-T.

"Fiscal vs. François Karera", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 2 de febrero de 2009, ICTR-01-74-A.
"Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", Sala de Juicio, *Judgment*, 27 de febrero de 2009, ICTR-2001-70-T.
"Fiscal vs. Callixte Kalimanzira", Sala de Juicio, *Judgment*, 22 de junio de 2009, ICTR-05-88-T.
"Fiscal vs. Tharcisse Renzaho", Sala de Juicio, *Judgment*, 14 de septiembre de 2009, ICTR-97-31-T.
"Fiscal vs. Tharcisse Muvunyi", Sala de Juicio, *Judgment*, 11 de febrero de 2010, ICTR-00-55A-T.
"Fiscal vs. Ephrem Setako", Sala de Juicio, *Judgment*, 25 de febrero de 2010, ICTR-04-81-T.
"Fiscal vs. Yussuf Munyakazi", Sala de Juicio, *Judgment*, 5 de julio de 2010, ICTR-97-36A-T.
"Fiscal vs. Emmanuel Rukundo", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 20 de octubre de 2010, ICTR-2001-70-A.
"Fiscal vs. Gaspard Kanyarukiga", Sala de Juicio, *Judgment*, 1° de noviembre de 2010, ICTR-2002-78-T.
"Fiscal vs. Ildéphonse Hategekimana", Sala de Juicio, *Judgment*, 6 de diciembre de 2010, ICTR-00-55B-T.
"Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", Sala de Juicio, *Judgment*, 31 de marzo de 2011, ICTR-2000-61-T.
"Fiscal vs. Tharcisse Renzaho", Sala de Apelaciones, *Judgment,* 1° de abril de 2011, ICTR-97-31-A.
"Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 17 de mayo de 2011, ICTR-00-56-T.
"Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 24 de junio de 2011, ICTR-98-42-T.
"Fiscal vs. Casimir Bizimungo *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 30 de septiembre de 2011, ICTR-99-50-T.
"Fiscal vs. Théoneste Bagosora *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 14 de diciembre de 2011, ICTR-98-41-A.
"Fiscal vs. Grégoire Ndahimana", Sala de Juicio, *Judgment*, 30 de diciembre de 2011, ICTR-01-68-T.
"Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", Sala de Juicio, *Judgment*, 2 de febrero de 2012, ICTR-98-44-T.
"Fiscal vs. Callixte Nzabonimana", Sala de Juicio, *Judgment*, 31 de mayo de 2012, ICTR-98-44D-T.
"Fiscal vs. Ildéphonse Nizeyimana", Sala de Juicio, *Judgment*, 19 de junio de 2012, ICTR-2000-55C-T.
"Fiscal vs. Jean-Baptiste Gatete", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 9 de octubre de 2012, ICTR-2000-61-A.

"Fiscal vs. Agustin Ngirabatware", Sala de Juicio, *Judgment*, 20 de diciembre de 2012, ICTR-99-54-T.
"Fiscal vs. Casimir Bizimungu *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 4 de febrero de 2013, ICTR-99-50-A.
"Fiscal vs. Grégoire Ndahimana", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 16 de diciembre de 2013, ICTR-01-68-A.
"Fiscal vs. Agustin Ndindiliyimana *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 27 de febrero de 2014, ICTR-00-56-A.
"Fiscal vs. Édouard Karemera *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-98-44-A.
"Fiscal vs. Ildéphonse Nizeyimana", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 29 de septiembre de 2014, ICTR-2000-55C-A.
"Fiscal vs. Pauline Nyiramashuhuko *et al.*", Sala de Apelaciones, *Judgment*, 14 de diciembre de 2015, ICTR-98-42-A.

Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya

"Fiscal vs. Chea", Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 de mayo de 2010, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38).
"Fiscal vs. NUON Chea y KHIEU Samphan", Sala de Juicio, *Judgment*, 16 de noviembre de 2018, Caso 002/02, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC.

2. Informes de órganos de investigación

Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, *Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al Secretario General de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004,* Ginebra, 25 de enero de 2005.
Mecanismo Independiente de Investigación sobre Myanmar, *First Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 7 de agosto de 2019, A/HRC/42/66.
Mecanismo Independiente de Investigación sobre Myanmar, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1.
Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 17 de septiembre de 2018, A/HRC/39/CRP.2.
Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar, *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 16 de septiembre de 2019, A/HRC/42/CRP.5.

3. Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

A/CN.4/13 and Corr. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1949, Vol. I).*

"Principios del Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal", *Yearbook of the International Law Commission (1950*, V*ol. II).*

"Principios del Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal", *Yearbook of the International Law Commission (1950*, *Vol. II)*.

A/136, *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II).*

A/CN.4/25, *Yearbook of the International Law Commission (1950, Vol. II*).

A/CN.4/76, *Yearbook of the International Law Commission (1951, Vol. II).*

A/CN.4/48 and Corr.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission (1951, Vol. II)*.

A/CN.4/80, *Yearbook of the International Law Commission (1954, Vol. II*).

A/CN.4/88, *Yearbook of the International Law Commission (1954, Vol. II).*

A/CN.4/96, *Yearbook of the International Law Commission (1956, Vol. II).*

A/CN.4/152, *Yearbook of the International Law Commission (1963, Vol. II)*. Anexo I.

"Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries" *Yearbook of the International Law Commission Yearbook of the International Law Commission (1966, Vol. II)*.

A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1969, Vol. II)*.

A/7610/Rev.1, *Yearbook of the International Law Commission (1969, Vol. II).*

A/CN.4/233, *Yearbook of the International Law Commission (1970, Vol. II)*.

A/CN.4/246 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1971, Vol. II [1])*.

A/CN.4/264 y Add. 1, *Yearbook of the International Law Commission (1972, Vol. II)*.

A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1972, Vol. II [1]).*

A/CN.4/L.194, *Yearbook of the International Law Commission (1973, Vol. I).*

A/CN.4/L.194, *Yearbook of the International Law Commission (1978, Vol. II).*

A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [1]).*

A/31/10 *Yearbook of the International Law Commission (1976, Vol. II [2])*.

A/CN.4/307 and Add.1 & 2 and Corr.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission (1978, Vol. I[1]).*

A/CN.4/318 and Add.1 to 4, *Yearbook of the International Law Commission (1979, Vol. II [1]).*

A/CN.4/328 and Add.1-4, *Yearbook of the International Law Commission (1980, Vol. II [1]).*

A/CN.4/342 and Add.1-4, *Yearbook of the International Law Commission (1981, Vol. II [1]).*

A/CN.4/351, Add.1-2 & Add.2/Corr.1, Add.3 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1982, Vol. II [2*]).

A/CN.4/362, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]).*

A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]).*

A/CN.4/365, *Analytical Paper prepared pursuant to the request contained in paragraph 256 of the Report of the Commission on the work of its thirty-fourth session. 1983.*

A/38/10, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II [1]).*

A/CN.4/377, *Yearbook of the International Law Commission (1984, Vol. II [1]).*

A/CN.4/387, *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1*]).

A/CN.4/389 y Corr.1 & Corr.2, *Yearbook of the International Law Commission (1985, Vol. II [1]).*

A/CN.4/397 y Corr.1 & 2 y Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1986, Vol. II [1]).*

A/CN.4/398, *Yearbook of the International Law Commission (1986, Vol. II [1]).*

A/CN.4/404, *Yearbook of the International Law Commission (1987, Vol. II [1]).*

A/CN.4/414, *Yearbook of the International Law Commission (1988, vol. II [1]).*

A/CN.4/416 & Corr.1 & 2 and Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1988, Vol. II [1]).*

A/CN.4/488 and Add. 1–3, *Yearbook of the International Law Commission (1988, Vol. II [1]).*

A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1989, Vol. II [1]).*

A/CN.4/430 y Add.l, *Yearbook of the International Law Commission (1990, Vol. II [1]).*

A/CN.4/440 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1991, Vol. II [1]).*

A/CN.4/L.459 [and corr.1] and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1991, Vol. I).*

A/CN.4/444 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1992, Vol. II [1]).*

A/CN.4/453 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission (1993, Vol. II [1])*

A/CN.4/488 y Add.1 a 3, *Yearbook of the International Law Commission (1993, Vol. II [1]).*

A/CN.4/460, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2]).*

A/CN.4/461and Add.1-3 & Add.2/Corr.1, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [1]).*

A/49/10, *Yearbook of the International Law Commission (1994, Vol. II [2]).*

A/CN.4/469 y Add.l y 2, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]).*
A/CN.4/466, *Yearbook of the International Law Commission (1995, Vol. II [1]).*
A/CN.4/476 & Corr.1 (English only) and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [1]).*
A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]).*
A/51/10, *Yearbook of the International Law Commission (1996, Vol. II [2]).*
A/52/10, *Yearbook of the International Law Commission (1997, vol. II [2])*.
A/CN.4/490 y Add.1 a 7, Primer informe sobre responsabilidad del Estado, *Yearbook of the International Law Commission (1998, Vol. II*).
A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2]).*
A/CN.4/L.682, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional".
A/CN.4/L.702, "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional", 18 de julio de 2006.
"La Obligación de Extraditar o Juzgar (*aut dedere aut judicare*)", *Yearbook of the International Law Commission (2014, Vol. II [2]).*
A/CN.4/693, "Primer Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2016.
A/CN.4/701, *Yearbook of the International Law Commission (2016, Vol. II).*
A/72/10, *Yearbook of the International Law Commission (2017, Vol. II [2]*),
A/CN.4/714, "Tercer Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2018
A/CN.4/727, "Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*", 2019.
A/CN.4/747, "Quinto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*", 2022.
A/CN.4/L.967, "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura", 2022.

4. Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

UN Doc. A/C.6/84, 25 de noviembre de 1946.
UN Doc. A/C.6/20.
UN Doc. E/421, 15 de marzo de 1947.

UN Doc. A/AC.10/41, 6 de junio de 1947.
UN Doc. E/447, 26 de junio de 1947.
UN Doc. A/401, 27 de septiembre de 1947.
UN Doc. A/C.6/SR.59, 20 de noviembre de 1947.
UN Doc. E/622, 3 de febrero de 1948.
UN Doc. E/SR.139, 12 de febrero de 1948.
UN Doc. E/AC.25/1, 1° de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.3, 6 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/7, 7 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.1, 7 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/9, 14 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.4, 15 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.7, 20 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.13, 29 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.18, 26 de abril de 1948.
UN Doc. E/AC.25/SR.16, 29 de abril de 1948.
UN Doc. E/794, 24 de mayo de 1948.
UN Doc. E/800 (24/05/1948-18/06/1948).
UN Doc. E/AC.25/SR.28, 9 de junio de 1948.
UN Doc. E/SR.218, 26 de agosto de 1948.
UN Doc. E/SR.219, 26 de agosto de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.63, 30 de septiembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.69, 7 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.73, 13 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.74, 13 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.75, 15 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.78, 19 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.79, 20 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.80, 21 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.83, 25 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.84, 26 de octubre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.92, 4 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.93, 6 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.95, 8 de noviembre de 1948
UN Doc. A/C.6/SR.96, 9 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.97, 9 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.98, 10 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/258, 10 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.103, 12 de noviembre de 1948.

UN Doc. A/C.6/263, 12 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.104, 13 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.105, 13 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.108, 16 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/288, 23 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.128, 29 de noviembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.131, 1° de diciembre de 1948.
UN Doc. A/C.6/SR.132, 1° de diciembre de 1948
UN Doc. A/C.6/SR.133, 2 de diciembre de 1948.
UN Doc. A/PV.178, 9 de diciembre de 1948.
UN Doc. A/PV.179, 9 de diciembre de 1948.

5. Resoluciones de órganos de organizaciones internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 94 (1), 11 de diciembre de 1946.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 95 (I), 11 de diciembre de 1946.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 96 (I), 11 de diciembre de 1946.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 174 (II), 21 de noviembre de 1947.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 177 (II), 21 de noviembre de 1947.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 180 (II), 21 de noviembre de 1947.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 260 B (III), 9 de diciembre de 1948.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 488 (V), 12 de diciembre de 1950.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 489 (V), 12 de diciembre de 1950.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 687 (VII), 5 de diciembre de 1952.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 799 (VIII), 7 de diciembre de 1953.
Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 897 (IX), 4 de diciembre de 1954.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 1185 (XII), 11 de diciembre de 1957.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/33/97, 16 de diciembre de 1978.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/35/48, 4 de diciembre de 1980.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/36/106, 10 de diciembre de 1981.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/44/39, 4 de diciembre de 1989.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/45/54, 9 de diciembre de 1991.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/47/121, 7 de abril de 1993.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/48/31, 9 de diciembre de 1993.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/51/207, 17 de diciembre de 1996.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/52/160, 15 de diciembre de 1997.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/51/160, 16 de diciembre de 1996.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/59/35, 16 de diciembre de 2004.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/60/147, 6 de diciembre de 2005.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/60/147, 16 de diciembre de 2005.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/62/61, 6 de diciembre de 2007.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/65/19, 6 de diciembre de 2010.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/68/104, 16 de diciembre de 2013.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/71/133, 13 de diciembre de 2016.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/74/180, 18 de diciembre de 2019.

Consejo de Derechos Humanos, Res. 34/22, 24 de marzo de 2017.
Consejo de Derechos Humanos, Res. 39/2, 27 de septiembre de 2018.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/687, 3 de abril de 1991.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/931, 21 de enero de 1992.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/764, 13 de julio de 1992.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/780, 6 de octubre de 1992.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/808, 22 de febrero de 1993.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/827, 25 de mayo de 1993.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/918, 17 de mayo de 1994.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/925, 8 de junio de 1994.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/935, 1° de julio de 1994.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/955, 8 de noviembre de 1994.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1272, 25 de octubre de 1999.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1315, 14 de agosto de 2000.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1503, 28 de agosto de 2003.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1534, 6 de marzo de 2004.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1564, 18 de septiembre de 2004.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1593, 31 de marzo de 2005.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1757, 30 de mayo de 2007.
Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. S/1966, 22 de diciembre de 2010.
Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Res. E/325, 28 de marzo de 1947
Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Res. 117/V, 3 de marzo de 1948.
Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Resolución 153 (VII), 26 de agosto de 1948.

6. Otros documentos internacionales

Acuerdo entre el Alto Representante para Bosnia Herzegovina y Bosnia Herzegovina sobre el Establecimiento de la Secretaría para la Sección I de Crímenes de Guerra y la Sección II sobre Crimen Organizado, Crimen Económico y Corrupción de las Divisiones Criminales y de Apelación de la Corte de Bosnia Herzegovina y el Departamento Especial de Crímenes de Guerra, Crimen Económico y Corrupción de la Oficina del Fiscal de Bosnia, Boletín Oficial, Acuerdos Internacionales, No. 12/04, 1° de diciembre de 2004.

Acusación de la Fiscalía ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, disponible en http://nurembergtothehague.info/Nuremberg/Indictment%20-%20Int'l%20Military%20Tribunal%20-%20Nuremberg.pdf

Alegato de apertura de la Fiscal Carla del Ponte en el juicio contra Slodovan Milosevic, 12 de febrero de 2002, disponible en https://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/trans/en/020212IT.htm

Alegato de apertura del Fiscal Robert Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 21 de noviembre de 1945, disponible en https://www.robertjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/

Alegato de cierre del Fiscal Champetier de Ribes, 29 de julio de 1946, disponible en https://avalon.law.yale.edu/imt/07-29-46.asp

Asamblea de los Estados Partes del estatuto de Roma, ICC-ASP/14/Res.2, 26 de noviembre de 2015.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Declaration on the Prevention of Genocide, 17 de octubre de 2005, CERD/C/66/1.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Decision on follow up to the declaration on the prevention of genocide: indicators of patterns of systematic and massive racial discrimination*, 14 de octubre de 2005, CERD/C/67/1.

Comité Preparatorio de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/AC.249/1997/WG.1/CRP.1, 14 de febrero de 1997.

Conclusiones de la Conferencia de Postdam (Berlín), 17 de julio al 2 de agosto de 1945, punto II.A.5, disponible en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp

Corte Internacional de Justicia, Nota de prensa de fecha 18 de agosto de 2022, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220818-PRE-01-00-EN.pdf

Corte Internacional de Justicia, Transcripción de la audiencia de fecha 11 de diciembre de 2019, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191211-ORA-01-00-BI.pdf

Corte Internacional de Justicia, Transcripción de la audiencia de fecha 7 de marzo de en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf

Declaración de Postdam, 26 de julio de 1945, disponible en https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp

Declaración sobre la Derrota de Alemania y la Asunción de la Autoridad Suprema con respecto a Alemania por los gobiernos de Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido y el Gobierno Provisional de la República Francesa, 5 de junio de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/wwii/ger01.asp

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, (adoptado el 25 de mayo de 1993 por Res. S/827, enmendado por Res. S/1166, Res. S/1411, Res. S/1431, Res. S/1481, Res. S/1597, Res. S/1660, Res. S/1837 y Res. S/1877).

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (adoptado el 8 de noviembre de 1994 por Res. S/955, enmendado por Res. S/1165, Res. S/1411, Res. S/1431, Res. S/1512, Res. S/1855 y Res. S/1878).

Federación Rusa, Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged "lack of jurisdiction" of the Court in the case, 7 de marzo de 2022, párrs. 12, 15 y 20. Disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf

Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crime Trials under Control Council Law No. 10, por Telford Taylor, 15 de agosto de 1949, disponible en https://www.loc.gov/item/2011525464/

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, "Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", *Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58*, 14 de julio de 2008, ICC-02/05-157-AnxA 12-09-2008.

Fiscalía del TPIR, *Motion for Judicial Notice of facts of common knowledge and adjudicated facts*, 30 de junio de 2005, ICTR 98-44-PT.

Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf

Global Rights Compliance, *Submissions on Behalf of the Victims Pursuant to Article 19(3) of the Statute*, 30 de mayo de 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-9 31-05-2018.

Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN Doc. A/CONF.183/2Add.1, [incorporando documentos A/CONF.183/2/Add.l del 14 de abril de 1998, Addl/Corr.l del 26 de mayo de 1998 y Add.2/Rev.l del 15 de abril de 1998] 14 de abril de 1998.

Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio ("Informe Whitaker"). Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985.

Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006),

disponible en https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado para el Enjuiciamiento de las Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp

Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias, 27 de octubre de 2004, disponible en https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended

Myanmar, *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf

Orden General N.° 100 (Código Lieber), disponible en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp

Trabajos Preparatorios del Estatuto de Roma, A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*).

Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, adoptadas el 11 de febrero de 1994. Última revisión: IT/32/Rev.50, 8 de julio de 2051,

Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR, aprobadas el 29 de junio de 1995. Última revisión: 13 de mayo de 2015.

Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Informe de 28 de agosto de 2013, A/HRC/24/4.

Royal Warrant 81/45, Regulations for the Trial of War Criminals, del 18 de junio de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/imt/imtroyal.asp

Secretario General de las Naciones Unidas, Informe de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/25704, 3 de mayo 1993.

Secretario General de las Naciones Unidas, Informe al Consejo de Seguridad, UN Doc. S/1994/640, 31 de mayo de 1994.

Special Proclamation by the Supreme Commander tor the Allied Powers at Tokyo, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 de enero de 1946, disponible en https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Res. A/CN.4/Sub.2, 4 de julio de 1978.

Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf

Ucrania, A*pplication Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf

UNMIK, Norma No. 2000/6 sobre la Designación y Remoción de la Oficina de los Jueces y Fiscales Internacionales, UN doc. UNMIK/REG/2000/6.
UNMIK Norma 2000/34 de Enmienda de la UNMIK Norma 2000/6.
Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery, decision de diciembre de 2000.

7. Tratados internacionales

Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002.
Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya respecto del juzgamiento conforme la Ley camboyana de crímenes cometidos durante el periodo de Kampuchea Democrática, 6 de junio de 2003.
Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, 8 de agosto de 1945, UNTS Vol. 82, p. 279.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) UNTS Vol. 1155, p. 31 (e.v. 27/01/1980).
Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), UNTS Vol. 754, p. 73, (e.v. 11/11/1970).
Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), UNTS Vol. 78, p. 277. (e.v. 12/01/1951).
Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional (2002), ICC-ASP/1/3 (part II-B).
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), UNTS Vol. 2187, p. 3 (e.v. 1/07/2002).
Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (2002), UN Doc. IT/32/Rev. 45.

8. Doctrina

Abass, A. (2008), "Proving State responsibility for genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur", *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, pp. 871-910.
Abi-Saab, G. (1999), "The uses of Article 19", *European Journal of International Law,* Vol. 10, No. 2, pp. 339-351.

Abtahi, H. & Webb, P. (2008), *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Vol. I & Vol. II, Leiden/Boston: Martinus, Nijhoff Publishers.

Akhavan, P. (2005), "The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, pp. 989-1006.

—— (2012), *Reducing Genocide to Law. Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge: Univ*ersity* Press.

—— (2016), "Cultural Genocide: Lega label or mourning metaphor?", *McGill Law Journal*, Vol. 62, No.1, pp. 243-270.

Aksenova, M. (2016), *Complicity in International Criminal Law*, Oxford/ Portland/Oregon: Hart Publishing.

Amati, E., Costi, M. *et al.* (2016), *Introduzione al Diritto Penale Internazaionale*, Torino: G. Giappichelli Editore.

Amatrudo, A. (2018), *Criminal Actions and Social Situations. Understanding the Role of Structure and Intentionality,* Londres: Palgrave McMillan.

Ambach, P. (2015), "From State to Individual: Evolution and Future Challenges of the Transposition of International Humanitarian Law into International Criminal Trials against Individuals", en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 389-428.

Ambos, K. (2002), *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

—— (2005), *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Temis, Duncker & Humblot.

—— (2007), *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

—— (2009a), "What does "intent to destroy" in genocide mean?, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91 No. 876, pp. 833-858.

—— (2009b), "Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the 'most responsible', en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 127-157.

—— (2010), "Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the 'intent to destroy' requirement", en Smeulers, A. (ed.) *Collective Violence and International Criminal Justice. An Interdiscplinary Approach*, Amberes/Oxford/Portland: Internsentia, pp. 153-171.

—— (2013a), "Modes of Criminal Responsibility", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press.

—— (2013b), *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press.

—— (2016), "Article 25. Individual Crimminal Responsibility" en Triffterer, O. y Ambos, K. (2016) (eds.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 979-1029.

Ambos, K. & Böhn, M.L. (2010), "Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la 'intención de destruir'", *Revista Penal,* No. 26, pp. 65-78.

Amerasinghe, C.F. (2003), *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya: Kluwer Law International.

—— (2008), "The Bosnia Genocide Case", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2, pp. 411-428.

Anderson, K. (2016), "State Deviancy and Genocide. The State as a shelter and a prison", en Üngur, U.U. (ed.) *Genocide. New perspective on its causes, courses and consequences*, Amsterdam: University Press, pp. 83-109.

Andreozzi, G. (2011), (coord.) *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Ciudad de Buenos Aires: Editorial Atuel.

Anitua, G.I, Nakagawa, A.A. y Gaitán, M. (2014), (comp.) *Los juicios por crímenes de lesa humanidad. Enseñanzas jurídico-penales*, Ciudad de Buenos Aires: ediciones Didot.

Aptel, C. (1997), "The International Criminal Tribunal for Rwanda", *International Review of the Red Cross*, No. 321.

Aquilina, K. y Mulaj, K. (2018), "Limitations in attributing State responsibility under the Genocide Convention, *Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 1, pp. 123-139.

Arendt, H. (2000 [1963]), *Eichmann en Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona: Editorial Lumen.

—— (2003 [1964] [1965] [1968]), *Responsibility and Judgment. Edited and with an Introduction by Kohn, J*., Nueva York, Schoken Books.

Arnold, R. (2003), "The *mens rea* of genocide under the Statute of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 14, No. 2, pp. 127-151.

Ascensio, H., Decaux, E. & Pellet, A. (2000), *Droit International Pénal*, Vol. I & Vol II, París: Pedone.

Asuncion, A. C (2009), "Pulling the stops on genocide: the State or the individual?", *European Journal of International Law,* Vol. 20, No. 4, pp. 1195-1222.

Aust, A. (2000), *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: University Press.

Bacigalupo, E. (1999), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi.

Balint, J. (2008), "Dealing with international crimes: Towards a conceptual model of accountability and justice", en Smeulers, A. & Haveman, R. (eds.) *Supranational Criminology: Towards a criminology of international crimes*, Amberes/ Oxford/Portland: Insersentia, pp. 311-334.

—— (2013), "The Ottoman State Special Military Tribunal for the Genocide of the Arminians: 'Doing Government Business'", en Heller, K.J. y Simpson, G. (eds.) *The Hidden Histories of War Crime Trials*, Oxford: University Press, pp. 77-100.

Bantekas, I. (2002), *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*, Manchester: University Press/ Juris Publishing.

Barboza, J. (2008[2] [1999]), *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía.

Bassiouni, M.C. (2006), "International recognition of victims' rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 6, pp. 203-279.

Baumgartner, E. (2008), "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, pp. 409-440.

Beaucillon, C. (2021), (ed.) *Research handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Behrens, P. (2015), "Between abstract event and individualized crime: genocidal intent in the case of Croatia, *Leiden Journal of Internacional Law*, Vol. 28, No. 4, pp. 923-935.

Bellivier, F., Eudes, M. y Fouchard, I. (2018), *Droit des crimes internationaux*, París: Themis.

Ben-Naftali, O. & Sharon, M. (2007), "What the ICJ did not say about the Duty to Punish Genocide. The Missing Pieces in a Puzzle", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 859-874.

Ben-Naftali, O. (2009), "The obligations to prevent and to punish genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 27-57.

Benvenisti, E. y Downs, G.W. (2011), "Prospects for the increased independence of International Tribunals", *German Law Journal,* Vol. No. 12, pp. 1057-1076.

Bergsmo, M. Cheah, W.L, Song, T., Yi, P. y Zhang, B. (2015), "The Role of Internationalised Jurisdictions, National Jurisdictions and Other Actors in the Making of the History of International Criminal Law" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 4, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 1-12.

Berner, K. (2016), "Judicial Dialogue and Treaty Interpretation: Revisiting the 'Cocktail Party' of International Law", *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 54, No. 1, pp. 67-90.

Bianchi, A. (2009), "State Responsibility and Criminal Liability of Individuals" en Cassesse, A. (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: University press, pp. 16-24.

Bílková, V. (2014), "Post-Second World War Trials in Central and Eastern Europe" en Bergsmo, M., Chea, W.L. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 697-733.

Bjørnlund, M., Markusen, E. & Mennecke, M. (2005), "¿Qué es el genocidio? En la búsqueda de un denominador común entre definiciones jurídicas y no jurídicas" en Feierstein, D. (comp.) *Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Tres de Febrero, pp. 17-48.

Boister, N. (2014), "The Tokyo Military Tribunal: A Show Trial?" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law,* Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 3-29.

Bonafè, B. I. (2009), *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes,* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

—— (2016), "Reassessing Dual Responsibility for International Crimes", *Seqüência (Florianópolis)*, No. 73, pp. 19-36.

Bosco, D. (2014), *Rough Justice*, Nueva York: Oxford University Press.

Bou, V. (2013), "International courts and the crime of genocide" en Boschiero, N. *et al.* (eds.) *International Courts and the development of International Law*, La Haya: T.M.C. Asser Press, pp. 641-653.

Brockman-Hawe, B. E. (2013), "A Supranational Criminal Tribunal for the Colonial Era: The Franco-Siamese Mixed Court" en Heller, K.J. y Simpson, G. (eds.) *The Hidden Histories of War Crime Trials*, Oxford University Press, pp. 50-76.

Broomwal, B. (2003), *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: University Press.

Brownlie, I. (1983), *State responsibility*, *Part. I,* Oxford: University Press.

Brunnée, J. (2005), "International legal accountability through the lens of the Law of State Responsibility", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXVI, pp. 3-38.

Buis, E. (2015), "El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica" en González Napolitano, S. (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional*, Buenos Aires: Errejus, pp. 1-21.

—— (2018), *Taming Ares. War, Interstate Law, and Humanitarian Discourse in Classical Greece*, Leiden: Brill.

Cançado Trindade, A.A. (2005), "Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of State revisited" en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 253-269.

—— (2013), *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, Buenos Aires: Ad Hoc.

Cárdenas Aravena, C. y Fuentes Torrijo, X. (2012), (coords.) *Corte Penal Internacional y Jurisdicciones Estatales. El Principio de Complementariedad*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.

Carnero Rojo, E. (2019), "Aportes probatorios para la elaboración de contextos repetidos: particular atención al caso Karadžić", en Olásolo, H. y Eirene de Prada, P. (coords.) *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 601-657.

Caron, D. (2005), "State Crimes: Looking at municipal experience at the organizational crime" en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 23-30.

Cassese, A. (2003), *International Criminal Law*, Oxford: University Press.

—— (2007a), "On the use of criminal notions in determining State responsibility for genocide", *Journal of International Criminal Justice,* Vol. 5, No. 4, pp. 875-887.

—— (2007b), "The Nicaragua and Tadic tests revisited in light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, pp. 649-668.

—— (2008), *International Criminal Law*, Oxford: University Press.

—— (2009a), (ed. in chief) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Nueva York: Oxford University Press.

—— (2009b), "Taking stock of the Genocide Convention and looking ahead", en Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 531-544.

Cassese, A. y Gaeta, P. (2013[3]), *Cassese's International Criminal Law*, Oxford: University Press.

Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M.D., & Whiting, A.A. (2011), *International Criminal Law: Cases and Commentary,* Oxford: University Press.

Castellanos-Jankiewicz, L. (2012), "Causation and International State Responsibility", *SHARES Research Paper 07 (2012), ACIL 2012-07*, pp. 4-73, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039268

Cervell Hortal, M.J. (2013), *Genocidio, Responsabilidad Internacional e Inmunidad de los Jefes de Estado*, Madrid: Iustel.

Chadimova, M. (2020), "Interaction between genocide and superior responsibility: Conviction for a special-intent crime without proving special intent?, en Odelo, M. y Lubinski, P. (eds.) *The Concept of Genocide in International Criminal Law Developments after Lemkin*, Nueva York: Rutledge, pp. 165-190.

Chalk, F. y Jonassohn, K. (2010), *Historia y Sociología del Genocidio*, Buenos Aires: Prometeo/ EDUNTREF.

Charney, J. (1999), "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *International Law and Politics*, Vol. 31, pp. 697-708.

Chea, W. L. (2014), "Post-Second World War British Trials in Singapore: Lost in Translation at the Car Nicobar Spy Case" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 301-330.

Chehtman, A. (2015), (coop.) *Problemas estructurales del Derecho penal internacional*, Madrid: Marcial Pons.

—— (2020), "A theory of international crimes: conceptual and normative issues", Heller, K.J. (ed.) *The Oxford Handbookf of International Criminal Law*, Oxford: University Press.

Cheng, B. (1997), "United Nations Resolutions on Outer Space: Instant Customary Law", en *Studies in International Space Law*, Oxford: University Press.

Chouliaras, A. (2010a), "State crime and individual criminal responsibility: Theoretical inquiries and practical consequences" en Burchard, C., Triffterer, O., Vogel, J. (eds.) *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 191-214.

—— (2010b), "Discourses on International Criminality", en Smeulers, A. (ed.) *Collective Violence and International Criminal Justice. An Interdiscplinary Approach*, Amberes/Oxford/Portland: Internsentia, pp. 65-94.

Clark, R.S. (2008), "State obligations under the Genocide Convention in light of the ICJ's decision in the case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide", *Rutgers Law Review,* Vol. 61, pp. 75-109.

Clearwater, S. (2009), "Holding States accountable for the crime of crimes: An analysis of direct State responsibility for genocide in light of the ICJ's 2007 decision in Bosnia v. Serbia", *Auckland University Law Review*, Vol. 15, pp. 1-41.

Coco, A. (2019), "Instigation", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 257-283.

Cohen, H.G. (2015), "Theorizing Precedent in International Law" en Bianchi, A., Peat, D. y Windsor, M. (eds.), *Interpretation in International Law,* Oxford: University Press.

Costelloe, D. (2017), *Legal Consequences of Peremptory Norms in International La*w, Cambridge: University Press.

Crawford, J. (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: University Press.

Crawford, J. y Olleson, S. (2005), "The continuing debate on a UN Convention on state responsibility", en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 No. 4, pp. 959-971.

Crawford, J. (2006), "State Responsibility", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press.

Cupido, M. (2014), "The Contextual Embedding of Genocide: A Casuistic Analysis of the Interplay between Law and Facts", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 15, pp. 378-413.

—— (2019), "Group acting with a common purpose", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 309-335.

Darcy, S. (2007), *Collective Responsibility and Accountability under International Law*, Leiden: Transnational Publishers.

—— (2014), "Assistance, direction and control: untangling international judicial opinion on individual and State responsibility for war crimes by non-State actors", *International Review of the Red Cross,* Vol. 96, No. 893, pp. 243-273.

David, E. (2009), *Eléments de Droit Pénal Internacional*, Bruselas: Bruylant.

Dawson, G. y Boynton, R. (2008), "Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations Ad Hoc Tribunals", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 21, No. 2, pp. 241-280.

Day, A. (2004), "Crimes Against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got Belgium v. Congo Wrong", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 489-510.

Decaux, E. (2011), "The place of human rights courts and international criminal courts in the international system", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, No. 3, pp. 597-608.

De Hemptinne, J. (2019), "Attempt", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 339-354.

—— (2019), "Planning", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 355-366.

De Hemptinne, J. (2019), "Conspiracy", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 367-387.

—— (2019), "Incitement", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 388-405.

De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (2019), "Cross-cutting issues", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 1-13.

Degan, V.D (2008), "Responsibility of State and individuals for genocide and other international crimes" en Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A. & Wittich, S. (eds.) *International Law between universalism and fragmentation. Fetschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 511-534.

Delmas-Marty, M., Fronza, E. & Lambert-Abdelgawad, E. (2004), (dirs.) *Les Sources du Droit International Pénal*, París: Société de Législation Comparée.

Dias, L. (2018), "Teoría del dominio del hecho y principio de legalidad en la Corte Penal Internacional", *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, Vol. 4/2018, pp. 1-23.

Díez de Velasco, M. (1983[6]), *Instituciones de Derecho Internacional Público, t. 1*, Madrid: Tecnos.

Dimitrijevic, V. & Milanovic, M. (2008), "The strange story of the Bosnian Genocide Case", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, pp. 65-94.

Ditlev, T. (2014), "Prosecution of War Criminals in the North: Danish and Norwegian Experiences after the Second World War" en Bergsmo, M., Chea, W.L. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 471-492.

Donnedieu de Vabres, H. (1947), "Le Procès de Nuremberg devant les príncipes modernes du Droit Pénale International", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 70, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.

Doria, J., Gasser, H.P. & Bassiouni, M.C. (2009), *The Legal Regime of the International Court. Essays in honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden/Boston: Maritnus Nijhoff Publishers.

Drumbl, M. (2004), "Prosecutor v. Radislav Krstic: ICTY Authenticates Genocide at Srebrenica and Convicts for Aiding and Abetting", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, pp. 434-449.

—— (2005), "Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity", *Northwestern University Law Review*, Vol. 99, pp. 539-610.

—— (2011), "Collective responsibility and postconflict justice" en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 23-60.

Dupuy, P.M. (2002a), "A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the Law of Responsibility, *The European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5, pp. 1053-1081.

—— (2002b), "International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State" en Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: University Press, pp. 1085-1110.

—— (2016), "A crime without punishment", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, pp-879-891.

Dupuy, P.M y Kerbat, Y. (2016), *Droit international public*, 13va edición, París: Dalloz.

Eboe-Osuji, C. (2005), "'Complicity in Genocide' versus. 'Aiding and Abetting Genocide'. Construing the Difference in the ICTY and ICTR Status", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 56-81.

Einarsen, T. y Rikhof, J. (2018), *A theory of punishable participation in universal crimes*, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Eser, A. (2002), "Individual Criminal Responsibility", en Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: University Press, pp. 767-821.

—— (2016), "Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility", en Triffterer, O. y Ambos, K. (2016) (eds.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 1125-1160.

Feierstein, D. (2005), (comp.) *Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Tres de Febrero.

—— (2007), *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

—— (2015a), "La Convención sobre Genocidio: algunos datos histórico-sociológicos para aportar a las discusiones jurídicas", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año 5, No. 1, pp. 135-144.

—— (2015b), *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

—— (2020), *Nuevos Estudios sobre Genocidio*, Ciudad de México: DR Cooperativa de Producción y Servicios Editoriales Heredad.

Fernández Pacheco Estrada, C. (2012), "Domestic prosecution of genocide: Fragmentation or natural diversity?" en van den Herik, L. & Stahn, C. (eds.)

The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 429-459.

Ferreira, M. (2013), "Genocide, and its Definition as the "Partial Elimination of a National Group", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 8, No. 1, pp. 5-19.

Ferro, L. (2016), "Brothers in Arms: Ancillary State responsibility and individual criminal responsibility for arms transfers to international criminals", *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 54, pp.139-192.

Ferstman, C. (2011), "International Criminal Law and victims' rights", en Schabas, W. y Bernaz, N. (eds.) *Routledge Handbook on International Criminal Law*, Oxon: Routledge, pp. 407-418.

Fichtelberg, A. (2006), "Conspiracy and International Criminal Justice*", Criminal Law Forum*, Vol. 17, pp. 149-176.

Fierro, G.J. (2007), *Ley Penal y Derecho Internacional. Doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera*, Vol. 1, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Findlay, M. (2012), "Representing Genocide: Crime, Rights and the Impact of Judicial Intervention", *Sidney Law School Legal Studies Research Paper No. 12/22*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040568

Fisher, K. (2014), "Purpose-based or Knowledge-based Intention for Collective Wrongdoing in International Criminal Law?", *International Journal of Law in Context*, Vol. 10, No. 2, pp. 163-176.

Fletcher, G. (2002), "Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt", *The Yale Law Journal*, Vol. 11, No. 7, pp. 1499-1573.

Fletcher, G. y Ohlin, J.D. (2005), "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case", *Journal of International Criminal Justice.* Vol. 3, pp. 539-561

Fletcher, L. (2005), "From Indifference to Engagement: Bystanders and International Criminal Justice", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26, pp. 1013-1095.

—— (2016), "A wolf in sheep's clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes", *Fordham International Law Journal,* Vol. 39, pp. 447-531.

Form, W. (2014), "Law as Farce: On the Miscarriage of Justice at the German Leipzig Trials: The Llandovery Castle Case", en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 299-331.

Fournet, C. (2007), *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. The impact on collective memory,* Burlington: Ashgate Publishing Limited.

—— (2015), "The actus reus of genocide in the Croatia v. Serbia Judgment: Between legality and acceptability", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 915-921.

Franck, T. (2007), "Individual criminal liability and collective civil responsibility: Do they reinforce or contradict one another"? *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6, pp. 567-573.

Frisso, G. M. (2015), "Genocide Convention as a Human Rights Treaty: The possible contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the jurisprudence of the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 14, pp. 438-456.

Frowein, J. A. (2009), "*Ius cogens*", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg: Oxford University Press.

Fumagalli, L. (2013), "Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom" en Boschiero, N. *et al.* (eds.) *International Courts and the development of International Law*, La Haya: T.M.C. Asser Press, pp. 137-148.

Gaeta, P. (2007), "On what conditions can a State be held responsible for genocide?", *The European Journal of International Law,* Vol. 18, No. 4, pp. 631-648.

—— (2009a), "International Criminalization of Prohibited Conduct" en Cassese, A. (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: University press, pp. 62-74.

—— (2009b), (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press.

Gaja, G. (1989), "Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts", en Weiler, J. H.H., Cassese, A. & Spinedi, M. (eds.) *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin/Nueva York: Walter de Gruyter, pp. 151-160.

Gal, T. (2019), "Direct Commission", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 17-29.

Gattini, A. (2007a), "Evidentiary issues in the ICJ's Genocide Judgment", *Journal of International Criminal Justice,* Vo. 5, No. 4, pp. 889-904.

—— (2007b), "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, pp. 695-713.

—— (2009), "A historical approach perspective: from collective to individual responsibility and back" en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 101-126.

Gattini, A. y Cortesi, G. (2015), "Some new evidence on the ICJ's treatment of evidence: the second Genocide Case", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No. 4, pp. 899-913.

Gibney, M. (2007), "Genocide and State Responsibility", *Human Rights Law Review,* Vol. 7, No. 4, pp. 760-773.

Gil Gil, A. (2019), "El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual", en Olásolo, H. y Eirene de Prada, P. (coords.) *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 453-496.

Gilbert, G. (1990), "The criminal responsibility of States", *The International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 39, No. 2, pp. 345-369.

Gilbert, M. (1997), "Group wrongs and guilt feelings", *The Journal of Ethics*, Vol. 1 No. 1, pp. 65-84.

Goldstone, R. y Hamilton, R.J. (2008), "*Bosnia v. Serbia*: Lessons from the encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 21, pp. 95-112.

Goldstone, R.J y Smith, A.M. (2009), *International Judicial Institutions. The architecture of international justice at home and abroad*, New York: Routledge.

González Napolitano, S. (2015), (dir.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Erreius

Gordon, G. (2013), "The trial of Peter von Hagenbach" en Heller, K.J. y Simpson, G. (eds.) *The Hidden History of War Crime Trials*, Oxford University Press, pp. 13-49.

—— (2015), "International Criminal Law's Oriental Pre-Birth: The 1984-1900 Trials of the Siamese, Ottomans, and Chinese" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 119-180.

Gotanda, J.Y. (2007), "Damages in Private International Law", *Recueil des Cours,* Vol. 326, No. 83, pp. 73-407.

Gowland-Debbas, V. (2012), "The Security Council and Issues of Responsibility under International Law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 353, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.

Greenfield, D. (2008), "The crime of complicity in Genocide: How International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters", *The Journal of Criminal Law and Criminality,* Vol. 98, No. 3, pp. 921-952.

Greenwalt, A.K.A. (1999), "Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based interpretation", *Columbia Law Review*, Vol. 99, pp. 2259-2294.

Greppi, E. (1999), "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* No. 835.

Griebel, J. y Plücken, M. (2008), "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, pp. 601-622.

Groome, D. (2007), "Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice capable of judging State criminal responsibility?", *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, No. 4, pp. 911-989.

Gross Espiell, H. (2005), "International responsibility of the State and individual criminal responsibility in the international protection of human rights" en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 151-160.

Grover, S.C. (2010), *The European Court of Human Rights as a pathway to impunity for international crimes*, Berlin: Springer.

Grover, L. (2014), *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: University Press.

Guo, Y. (2015), "The Grave Breaches Regimen of the 1949 Geneva Conventions: Origins, Developments and Prospects" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 343-388.

Gutierrez Posse, H.D.T. (1972), "La maxime ut res magit valeat quam pereat (interpretation en fonction de l'effet utile). Les interprétations extensives et restrictives", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht,* Vol. 23, pp. 229-254.

—— (2006), *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: De los Cuatro Vientos.

Hale, K. y Cline, D. (2014), "Holding Collectives Accountable", *Criminal Law Forum*, Vol. 25, pp. 261-290.

Halldórsdottir Birkland, B. (2009), "Reining in non-State actors: State responsibility and attribution in cases of genocide", *New York University Law Review,* Vol. 84, pp. 1623-1655.

Hamilton, R.J. (2016), "State-Enabled Crimes", *Yale Journal of International Law*, Vol. 41, pp. 301-346.

Heller, K.J. (2007), "Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse, & Nzirorera. Case no. ICTR-98-44-AR73(C). Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice", *The American Journal of International Law*, Vol. 101, No. 1, pp. 157-163.

—— (2011), *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford: University Press.

—— (2019), "International crimes", en D'Aspremont, J. y Singh, S. (eds.) *Concepts for International Law. Contributions for disciplinary tought*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 524-539.

Henham, R. y Behrens, P. (2007), *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects,* Hampshire: Ashgate Publishing Limited.

Henckaerts, J.M y Doswald-Beck, L. (2007), (eds.) *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Ciudad de Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Herrera, E. (2012), *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. P. (2010), *Metodología de la investigación*, Ciudad de México: Editorial Mc Graw-Hill Interamericana.

Higgins, R. (2005), "The international Court of Justice: selected issues on State responsibility" en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 271-309.

Hoffmann, T. (2014), "Post-Second World War Hungarian Criminal Justice and International Law: The Legacy of the People's Tribunals" en Bergsmo, M., Chea, W.L. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 735-763.

Isaacs, T. y Vernon, R. (2011), (eds.) *Accountability for collective wrongdoing*, Nueva York: Cambridge University Press.

Iversons, J. (2015), "The Trials of Charles I, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases are Often Forgotten and the Meaning of International Criminal Law", en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 93-118.

Jackson, M. (2015), *Complicity in International Law*, Oxford: University Press.

—— (2016), "The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, pp. 879-895.

—— (2019), "Command Responsibility", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge: University Press, pp. 409-431

Jakobs, G. (1997), "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Jakobs, G. *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: UAM Ediciones, Edit, Civitas, pp, 293 a 324.

Jaspers, K. (1998 [1965]), *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*, Buenos Aires: Ediciones Paidós.

Jessberger, F. (2009), "The definition and the elements of the crime of genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 87-111.

Jonas, H. (1995 [1979]), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder.

Jørgensen, N.H.B (2000), *The responsibility of States for international crimes,* Oxford: University Press.

—— (2007), "Genocide as a fact of common knowledge", *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 56, pp. 885-898.

—— (2009), "Criminality of organizations under international law", en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 201- -221.

—— (2011), "Complicity in genocide and the duality of responsibility", en Swart, B. Zahar, A y Sluiter. G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford: University Press. pp. 247-274.

Jørgensen, N. H.B. y Friedmann, D. (2014), "Enforced Prostitution in International Law Through the Prism of the Dutch Temporary Courts Martial at Batavia" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 331-354.

Kadelbach, S. (2006), "*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules. The identification of fundamental norms", en Tomuschat, C. & Thouvenin, J. M. (eds.) *The fundamental rules of the International Legal Order*, Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 21-40.

Kamto, M. (1999), "Responsabilité de l'État et responsabilité de l'individu pour crime de genocide. Quels mécanismes de mise en oeuvre?" en Boustany, K. & Dormoy, D. (dirs.) *Génocide(s)*, Bruselas: Editions Bruylant, pp. 487-511.

Keith, K.J. (2010), "The International Court of Justice and criminal justice", en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4, pp. 895-910.

Kelsen, H. (1943), "Collective and Individual Responsibility in International Law with particular regard to the punishment of war criminals", *California Law Review*, Vol. 31, No. 5, pp. 530-571.

Kemp, G. (2010), *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, Amberes: Intersentia.

Kim, S. (2016), *A Collective Theory of Genocidal Intent*, La Haya: Asser Press, Springer.

King Jr. H. T. (2007), "Genocide and Nuremberg", en Henham, R. & Behrens, P. (2007) *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects,* Hampshire: Ashgate Publishing Limited, pp. 29-35.

Kiss, A. (2019), "Indirect Commission", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 30-57.

Kittichaisaree, K. (2001), *International Criminal Law,* Oxford: University Press.

Klabbers, J, (2013), *International Law*, Cambridge: University Press.

Klein, P. (2002), "Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5, pp. 1241-1255.

Klinkner, M. (2008), "Proving Genocide: Forensic Expertise at the ICTY", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, pp. 447-466.

Kok, E. (2012), "The Principle of Complicity under International Law. Its Application to State and Individuals in Cases involving Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes", en van den Herik, L. & Stahn, C. (eds.) *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 557-591.

Kolb, R. (2009a), "The compromissory clause of the Convention" Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 407-424.

—— (2009b), "The scope *ratione materiae* of the compulsory jurisdiction of the ICJ", en Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 442-470.

Koller, D. (2014), "The Nuremberg Legacy in the Historical Development of International Criminal Law", en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 565-596.

Konzelmann, Z. A. (2007), "Collective guilt feeling revisited", en *Dialectica*, Vol. 61, No. 3, pp. 467-493.

Kotlik, M.D. y Ryb, J.M. (2018), "Introducción: una aproximación inicial a la noción de subjetividad internacional y su evolución", en Luterstein N.M. (ed.) *Repensando la Subjetividad Internacional*, Buenos Aires: Colección Serie Académica SEMPITHIDIA (Vol. II), disponible en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/repensando-la-subjetividad-internacional.pdf

Koursami, N. (2018), *The contextual elements of the crime of genocide*, La Haya: T.M.C. Asser Press/Springer.

Kress, C. (2007), "The International Court of Justice and the elements of the crime of genocide", *The European Journal of International Law,* Vol. 18, No. 4, pp. 619-629.

—— (2009), "The Crime of Genocide and Contextual Elements. A comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the *Al Bashir* Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, pp. 297-306.

—— (2015), "The ICC's first encounter with the crime of genocide: The case against Al Bashir", en Stahn, C. (ed.) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: University Press, pp. 669-704.

Kunz, J.L. (1949), The United Nations Genocide Convention", *American Journal of International Law*, Vol. 43, No. 4, pp. 738-746.

Labuda, P. I. (2015), "The Lieber Code, Retaliation and the Origins of International Criminal Law" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 299-341.

Lang, B. (2006), "Die Schuldfrage sixty years after", *The Review of Metaphysics*, Vol. 60, No. 1, pp. 101-119.

Lang, Jr., A.F. (2011), "Punishing genocide: A critical Reading of the International Court of Justice" en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 92-118.

Lanovoy, V. (2014), "Complicity in an internationally wrongful act", en Noellkaemper, A. y Plakokefalos, I. (2014) *Principles of Shared Responsibility in International Law. An appraisal of the State of the Art*, Cambridge: University Press, pp. 134-168.

Laurinaviciute, L, Paulose, R.M. y Rogo, R.G (2014), "The Forgotten: The Armenian Genocide 100 Years Later" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 379-406.

Lauterpacht, H (1949), "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *British Yearbook of International Law*, Vol. 6, p. 51.

—— (1952[7]), (ed.) *Oppenheim's International Law. A Treatise. Disputes, War and Neutrality*, Vol. II, Londres: Longmans, Green & Co.

Leathley, C. (2007), "An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?", *New York University Journal of International Law & Politics,* Vol. 40, pp. 259-306.

Lee, R. (2001), (ed.) *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Nueva York: Transnational Publishers, Inc.

—— (2018), "Individual Criminal Liability and State Responsibility for Genocide: Boundaries and Intersections", *American University International Law Review*, Vol. 34, pp. 89-141.

Lemkin, R. (2009 [1944]), *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires: Prometeo Libros; Caseros: Universidad Nacional de Tres de Febrero.

—— (1947), "Genocide as a crime under international law", *American Journal of International Law*, Vol. 41, pp. 145-151.

Li, Z. (2019), "System criminality and international responsibility: Back to canonical questions, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 36, pp. 474-517.

Ling, Y. (2014), "Beyond Nuremberg and Tokyo: Post-Second World War Prosecutions in China and Southeast Asia" en Bergsmo, M., Chea, W.L. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 215-241.

Linton, S. (2001), "Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in international justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 12, pp. 185-246.

Loewenstein, A.B. & Kostas, S.A. (2007), "Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 839-857.

Luban, D. (2011), "State Criminality and the ambition of International Criminal Law" en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 61-91.

Luterstein, N.M. (2015), "A historical approach to international criminal law through the lenses of domestic prosecutions: Judging massive human rights violations in Argentina" en Bergsmo, M. Cheah, W. L., Song, T. & Yi, P. (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*: Vol. 4, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 367-401.

Maison, R. (1999), "Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal pénal international pour le Rwanda", *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103/1, pp. 129-145.

Malarino, E. (2003), "Argentina", en Ambos, K. y Malarino, E. (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina*, Montevideo: Konrad Adenauer, pp. 35-81.

Martin, P. (2000), "Le crime de génocide: quelques paradoxes", *Recueil Le Dalloz, Chroniques*, 176e année, 1o cahier, No. 31/6996, pp. 477-481.

Martin, F. (2009), "The notion of 'protected groups' in the Genocide Convention and its application", *The UN Genocide Convention. A commentary*, Gaeta, P. (ed.), Nueva York: Oxford University Press, pp. 112-127.

Martineau, A.C. (2007), *Les Jurisdictions* Pénales Internationalisées. *Un Noveau Modéle de Justice Hybride?*, París: Pedone.

May, L. (2008), *Aggression and Crimes against Peace,* Nueva York: Cambridge University Press.

—— (2010), *Genocide. A normative account*, Nueva York: Cambridge University Press.

McAuliffe deGuzman, M. (1999), "Article 21: Applicable Law", en Triffterer, O. (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Note, article by article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 435-446.

McCorquodale, R. (2006), "The individual and the international legal system", en Evans, M. (ed.) *International Law*, 2da edición, Oxford: University Press, pp. 307-332.

McGoldrick, D., Rowe, P. y Donelly, E. (2004), *The Permanente International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

McIntyre, J. (2016), "The declaratory judgment in recent jurisprudence of the ICJ: conflicting approaches to state responsibility?, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, No. 1, pp. 177-195.

Mégret, F. (2005), "In defense of Hybridity: Towards a representational theory of international criminal justice", *Cornell International Law Journal*, Vol, 38, pp. 725-751.

—— (2013), "Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit internationale", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2, Vol. 71, pp. 83-136.

Méndez, J. (1997), "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 517-540.

Mettraux, G. (2005), *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals,* Oxford: University Press.

—— (2019), *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford: University Press.

Metz, J.L. (1997), "Rwandan Genocide and the International Law of Radio Jamming", *American Journal of International Law*, Vol. 91 No. 4, p. 628.

Mevis, P y Reijntjes, J. (2014), "Hang Kaiser Wilhelm! But For What? A Criminal Law Perspective" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 213-257.

Milanovic, M. (2006), "State responsibility for genocide", *The European Journal of International Law,* Vol. 17, No. 3, pp. 553-604.

—— (2007a), "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", *The European Journal of International Law,* Vol. 18, pp. 669-694.

—— (2007b), "Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 1139-1152.

—— (2011), "Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, pp. 25-52.

—— (2012), "The Gotovina Omnishambles", *EJIL Talk,* disponible en https://www.ejiltalk.org/the-gotovina-omnishambles

Militello, V. (2007), "The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 941-952.

Mir Puig, S. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Editorial B de F.

Mohamed, S. (2009), "A Neglected Option: The Contributions of State Responsibility for Genocide to Transitional Justice", *University of Colorado Law Review*, Vol. 80, pp. 327-399.

Moncayo, G.R., Vinuesa, R. y Gutierrez Posse, H.D.T. (1997), *Derecho Internacional Público*. Tomo I, Ciudad de Buenos Aires: Zavalía.

Montiel, J.P. (2012), "La 'mala costumbre' de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente de derecho penal internacional" en Montiel, J.P (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal,* Barcelona: Marcial Pons, pp. 399-434.

Moses, A.D. (2010), "Raphael Lemkin, the culture, and the concept of genocide", en Bloxham, D. & Moses, D. (eds.) *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford: University Press, pp. 19-41.

—— (2022), "The Ukraine Genocide debates reveals the limits of International Law", *Lawfare*, disponible en https://www.lawfareblog.com/ukraine-genocide-debate-reveals-limits-international-law

Musa, S. (2015), "War Crimes Trials and Pre-Nineteenth Century Admiralty Court Precedents", en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 63-91.

Nakarada, R. (2013), "Acquittal of Gotovina and Markac: a blow to the Serbian and Croation reconciliation process", *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, No. 76, pp. 102-105.

Naqvi, Y. (2006), "El derecho a la verdad en el derecho internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* No. 862, pp. 1-33.

Neuner, M. (2014), "When Justice is Left to the Losers: The Leipzig War Crimes Trials" en Bergsmo, B. Cheah, W. L. and Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 333-378.

New Lines Institute for Strategy and Policy & Raoul Wallenberg Centre for Human Rights (2022), *An independent legal analysis of the Russian Federation's breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the duty to prevent*, Washington.

Nollkaemper, A. (2003), "Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law", *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 52, pp. 615-640.

—— (2006), "Potential consequences of the rise of individual responsibility for the Law of State responsibility", en Koufa, K. (ed.) *State Responsibility and the Individual*, Atenas/Tesalónika: Sakkoulas Publications, pp. 55-81.

—— (2009), "Introduction", en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 1-25.

—— (2010), "Systemic effects of international responsibility for international crimes", *Santa Clara Journal of International Law,* Vol. 8, pp. 313-352.

—— (2011), "The power of secondary rules to connect the international and the national legal orders", *Amsterdam Center for International Law Working Paper*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1515771

—— (2019), "Responsibility" en D'Aspremont, J. y Singh, S. (eds.) *Concepts for International Law. Contributions for disciplinary tought*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 760-772.

Nollkaemper, A y Jacobs, D. (2013), "Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, pp. 359-438.

Nollkaemper, A. y Plakokefalos, I. (2014), *Principles of Shared Responsibility in International Law. An appraisal of the State of the Art*, Cambridge: University Press.

Nollkaemper, A. y Van der wilt (2009), "Conclusions and outlook" en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. y Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 338-353.

Norrie, A. (2008), "Justice on the slaughter-bench: The problem of war guilt in Arendt and Jaspers", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, No. 2, pp. 187-231.

Nyamuya Maogoto, J. (2014), "The 1919 Paris Peace Conference and the Allied Commission: Challenging Sovereignty Through Supranational Criminal

Jurisdiction" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 171-194.

Odello, M. (2020), "Genocide and culture Revisiting their relationship 70 years after the Genocide Convention", en Odelo, M. y Lubinski, P. (eds.) *The Concept of Genocide in International Criminal Law Developments after Lemkin*, Nueva York: Rutledge, pp. 236-261.

O'Shea, A. G. (2009), "Individual Criminal Responsibility", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law,* Oxford: University Press.

Ohlin, J. D. (2009a), "Attempt to commit genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 193-206.

—— (2009b), "Incitement and conspiracy to commit genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 207-227.

—— (2009c), "State responsibility for conspiracy, incitement, and attempt to commit genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 374-380.

—— (2014a), "Organizational Criminality", en van Sliedregt, E. & Vasiliev, S. *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford: University Press, pp. 109-127.

—— (2014b), "Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, pp. 325-343.

Olásolo Alonso, H. (2009a), "Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?", *Criminal Law Forum*, Vol. 20, pp. 263-287.

—— (2009b), "Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first case law of the International Criminal Court", en Stahn, C. & Sluiter, G. (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, pp. 339-359.

—— (2013), *Tratado de autoría y participación en Derecho Pena Internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Olásolo Alonso, H., Suárez, D. y López, M. P (2019), "El principio *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio", en Olásolo, H. y Eirene de Prada, P. (coords.) *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 425-452.

Osiel, M. (2000), *Mass atrocity, collective memory and the Law*, New Jersey: Transaction Publishers.

—— (2005), "The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity", *Columbia Law Review*, Vol. 105, pp. 1751-1862.

Orihuela Calatayud, E. (2016), (coord.) *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Thomson Reuters/Arandazi.

Palchetti, P. (2009), "State responsibility for complicity in genocide", en Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 381-393.

Parlett, K. (2011), *The individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: University Press.

Pastor Ridruejo, J. (1994[5]), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos.

Paylan, S. y Klonowiecka-Milart, A. (2015), "Examining the Origins of Crimes against Humanity and Genocide" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 557-585.

Pellet, A. (1999), "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes", *The European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, pp. 425-434.

—— (2001), "La responsibilité pénale individuale, alternative aux sanctions collectives?", en Gowland-Debbas, V. (ed.) *United Nations sanctions and international law*, La Haya: Kluwer Law International, pp.105-116.

—— (2002), "Applicable Law" en Cassese, A., Gaeta, P. y Jones, J. R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford: University Press, pp. 1051-1084.

—— (2010), "The Definition of International Responsibility", en Crawford, J.; Pellet, A. & Olleson, S. (eds.) *The Law of International Responsibility*, Oxford: University Press, pp. 3-16.

Pellet, A. y Miron, A. (2013), "Sanctions", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press.

Pérez-León Acevedo, J. P. (2008), *La Responsabilidad Internacional del Individuo por Crímenes de Guerra*, Lima: Ara Editores.

—— (2019), "Bringing the Bosses to International Criminal Trials: The Problems with Joint Criminal Enterprise and the 'Control over the Crime' Approach as a Better Alternative", *Pace International Review*, Vol. 32, pp. 1-55.

Perrin, B. (2015), "Victim participation at the International Criminal Court: Examining the first decade of Investigative and Pre-Trial Proceedings", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, pp. 298-338.

Pigaroff, D.K. y Robinson, D. (2016), "Article 30. Mental element", en Triffterer, O. y Ambos, K. (2016) (eds.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 1111-1124.

Pinto, M. (1993), "Un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos", *La Ley 1993-D*, p. 793.

—— (2012), "El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, pp. 3-21.

Pinton, S. (2018), "Reparation for Genocide victims in International Law: Shadows and Lights", en Zagato, L. y Candiotto, L. (eds.) *Il genocidio. Declinazioni e risposte di inizio secolo*, Torino: Giappichelli Editore, pp. 283-318

Plesch, D. y Sattler, S. (2014), "Before Nuremberg: Considering the Work of the United Nations War Crimes Commission of 1943–1948" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 437-473.

Pocar, F. (2010), "International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press.

Pöpken, C. (2014), "Towards the Domestic Prosecution of Nazi Crimes against Humanity: The British, Control Council Law No. 10 and the German Supreme Court for the British Zone, 1947–1950", en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) Historical Origins of International Criminal Law, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 427-470.

Portmann, R. (2010), *Legal Personality in International Law*, Cambridge: University Press.

Posner, E.A. y Sykes, A.O. (2007), "An economic analysis of State and individual responsibility under international law", *American Law and Economics Review*, Vol. 9, No. 1, pp. 72-134.

Quigley, J. (2006), *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Burlington: Ashgate.

—— (2008), "International Court of Justice as a forum for genocide cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, pp. 243-263.

Ragazzi, M. (2005), (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Raimondo, F. (2005), *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

—— (2008), *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Ratner, S.R., Abrams, J.S. y Bischoff, J.L. (2009), *Accountability for human rights atrocities in international law*, Nueva York: Oxford University Press.

Re, D. (2015), "Evolutionary, Revolutionary, or Something More Sinister? How the Nuremberg and Tokyo Procedures and Rules Continue to Influence International Criminal Law" en Bergsmo, M., Chea, W.I., Song. T. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 4, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 13-123.

Reid, N.I. (2005), "Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between State and Individual Responsibility under International Law", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 18, pp. 795-828.

Remiro Brotóns, A. y otros (1997), *Derecho Internacional,* Madrid: Mc Graw Hill.

Rikhof, J. (2014), "The Istanbul and Leipzig Trials: Myth or Reality?" en Bergsmo, M., Chea, W.I. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law,* Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 259-298.

Righi, E. y Fernández, A. (1996), *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires: Hammurabi.

Romano, C. P. R. (1999), "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *International Law and Politics*, Vol. 31, pp. 709-751.

—— (2009), "Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue" en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 41, pp. 765-787.

Rosene, S. (2005), "Decisions of the International Court of Justice and the new law of State responsibility", en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 297-309.

—— (2006), *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Vol. I & Vol. II, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Roth, R. (2019), "Improper Ommission", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 58-81.

Roxin, C. (2006), "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 7, pp. 11-22.

—— (2011), "Crimes as Part of Organized Power Structures", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, pp. 193-205.

Ryngaert, C. (2018), "Accountability for corporate human rights abuses: Lessons from the possible exercise of Dutch national criminal jurisdiction over multinational corporations", *Criminal Law Forum*, Vol. 29, pp. 1-24.

Sabino, C. (1992), *El proceso de investigación*, Ciudad de Buenos Aires: Editorial Lumen,

Sadat, L. N. & Scharf, M. P. (2008), *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherfi Bassiouni*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Salinas, A. (2019), "La responsabilidad por genocidio conforme a la empresa criminal común: particular atención a la jurisprudencia relativa a su tercera categoría" en Olásolo, H. y Eirene de Prada, P. (coords.) *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 547-570.

Sato, H. (2016), "The separate crime of conspiracy and core crimes in international criminal law", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 32, pp. 73-112.

Schabas, W. (2001), "The Jelisic Case and the *Mens Rea* of the Crime of Genocide", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 125-129.

—— (2003), "National Courts finally begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes'", *Journal of International Criminal Law*, Vol. 1, pp. 39-63.

—— (2007a), "Genocide and the International Court of Justice: Finally, a duty to prevent the crime of crimes", *Genocide Studies and Prevention,* Vol. 2, No. 2, pp. 101-122.

—— (2007b), "Wither genocide? The International Court of Justice finally pronounces", *Journal of Genocide Research*, Vol. 9, No. 2, pp. 183-192.

—— (2008a), "State policy as an element of international crimes", *Journal of Criminal Law and Criminology,* Vol. 98, pp. 953-982.

—— (2008b), "The Odious Scourge": Evolving Interpretations of the Crime of Genocide", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1, N°2, pp. 93-106.

—— (2009[2]), *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge: University Press.

—— (2010), "The Law and Genocide", en Bloxham. D. & Moses, D. (eds.) *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford: University Press, pp. 123-141.

—— (2018), *The Trial of the Kaiser*, Oxford: University Press.

—— (2022), "Nuremberg and the Drafting of the Genocide Convention", *Washington University Global Studies Law Review,* Vol. 21, No. 1, pp. 71-92.

Scharf, M. (2011), "Joint criminal enterprise, the Nuremberg precedent and the concept of 'Grotian Moment'" en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 119-139.

Scheffer, D. (2006), "Genocide and atrocity crimes", *Genocide Studies and Prevention,* Vol. 1, No. 3, pp. 229-250.

Schmitt, P. (2009), "The future of genocide suits at the International Court of Justice: France's role in Rwanda and the implications of the Bosnia v. Serbia decision", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, pp. 585-623.

Schoepfel-Aboukrat, A.S. (2014), "The War Court as a Form of State Building: The French Prosecution of Japanese War Crimes at the Saigon and Tokyo Trials" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 119-141.

Schouten, L. (2014), "From Tokyo to the United Nations: B.V.A. Röling, International Criminal Jurisdiction and the Debate on Establishing an International Criminal Court, 1949-1957" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 119-212.

Schwartz, A. (2014), "War Crimes" en *Max Planck Encyclopedia of Public Internacional Law*, Oxford: University Press.

Scobbie, I. (2002), "The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5, pp. 1201-1220.

Seibert-Fohr, A (2009), "State responsibility for Genocide under the Genocide Convention", Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 349-373.

Sellars, K. (2014a), "Founding Nuremberg: Innovation and Orthodoxy at the 1945 London Conference" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 541-562.

—— (2014b), "Trying the Kaiser: The Origins of International Criminal Law" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 195-211.

Sémelin, J. (2013), *Purificar y destruir. Usos políticos de las masacres y genocidios*, San Martín: Universidad Nacional de General San Martín, UNSAM EDITA.

Sepinwall, A. (2011), "Citizen responsability and the reactive attitudes: blaming Americans for war crimes in Iraq", en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 231-260.

Shany, Y. (2003), *The competing jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: University Press.

—— (2009), "The road to the Genocide Convention and beyond", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 3-26.

Shaw, M. (2008), *International Law*, Cambridge: University Press.

—— (2013), ¿Qué es el genocidio?, Buenos Aires: Prometeo/UNTREF.

Sikkink, K. (2009), "From State responsibility to individual criminal accountability: A new regulatory model for core human rights violations" en Mattli, W. & Woods, N. (eds.) *The politics of global regulations*, Princeton: University Press, pp. 121-150.

Simpson, G. (2007), *Law, War & Crimes,* Cambridge: Polity Press.

—— (2009), "Men and abstract entities: Individual responsibility and collective guilt in International Criminal Law", en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 69-100.

Sivakumaran, S. (2007), "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, pp. 695-708.

Sloane, R.D. (2007), "Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of International Criminal Justice,* Vol. 5, pp. 713-734.

Sluiter, G. y Vriend, K. (2012), "Defending the undefendable? Taking judicial notice of genocide", en van der Wilt, H., Vervliet, J., Sluiter, G. y Houwink

Ten Cate, J. (eds.) *The Genocide Convention. The legacy of 60 years*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 81-93.

Smeulers, A. y Haveman, R. (2008), "Criminology in a state of denial – towards a criminology of international crimes: supranational criminology", en Smeulers, A. & Haveman, R. (eds.) *Supranational Criminology: Towards a criminology of international crimes*, Amberes/Oxford/Portland: Insersentia, pp. 3-26.

Sperfelt, C. (2016), "Rome's legacy: Negotiating the reparations mandate of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 17, pp. 351-377.

Spinedi, M. (1989), "International Crimes of States. The Legislative History" en Weiler, J. H.H., Cassese, A. y Spinedi, M. *International Crimes of State. A Critical Analysis on State Responsibility*, Berlin/Nueva York: Walter de Gruyter, pp. 7-138.

—— (2002), "State responsibility v. Individual responsibility for international crimes: Tertium non datur", *The European Journal of International Law,* Vol. 13, No. 4, pp. 895-899.

Spinedi, M. (2007), "On the non-attribution of the Bosnian-Serbs' conduct to Serbia", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 829-838.

Sreenivasa Rao, P. (2005), "International crimes and State responsibility" en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 63-80.

Stahn, C. & Sluiter, G. (eds.) (2009), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Stern, B. (2005), "A plea for 'reconstruction' of international responsibility based on the notion of legal injury", en Ragazzi, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 93-106.

Stewart, J. (2012), "The end of 'Modes of Liability' for international crimes", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, pp. 165-219.

Tallgren, I. (2014), "Martyrs and Scapegoats of the Nation? The Finnish War-Responsibility Trial, 1945-1946", en Bergsmo, M., Chea, W.L. y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 493-538.

Tams, C.J. (2002), "Do Serious Breaches Give Rise to any Specific Obligations of the Responsible State", *The European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5, pp. 1161-1180.

Tavernier, P. (1997), "The experience of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda", *International Review of the Red Cross*, No. 321, pp. 605-621.

Ternon, Y. (1995), *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*, Barcelona: Península.

Tomuschat, C. (2007), "Reparations in Cases of Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 905-912.

Totani, Y. (2014), "International Military Tribunals at Tokyo, 1946-1949: Individual Responsibility for War Crimes", Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 31-65.

Totten, S. (2007), *The Prevention and Intervention of Genocide. An Annotated Bibliography,* Nueva York: Routledge.

Totten, S. y Bartrop, P.R. (2008), *Dictionary of Genocide*, Westport/Connecticut/Londres: Greenwood Press.

Tovar, A. (2003 [1953]), (ed. trad.) *Aristóteles. Retórica*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Trapp, K. N. (2015), "Of dissonance and silence; State responsibility in the Bosnia Genocide case", *Netherlands International Law Review*, Vol. 62, pp. 243-257.

Travis, H. (2012), "On the Original Understanding of the Crime of Genocide", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 7, No. 1, pp. 30-55.

Treves, T. (1999), "Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *International Law and Politics*, Vol. 31, pp. 809-821.

Triffterer, O. (2001), "Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2, pp. 399-408.

—— (2008), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich: Nomos Verlagsgesellschaft.

Vajda, M.M. (2015), "Ethnic Cleansing as Genocide – Assessing the Croatian Genocide Case before the ICJ", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, pp. 147-169.

van den Herik, L (2014), "The decline of customary international law as a source of international criminal law", *Grotius Centre Working Paper 2014/038-ICL*, pp. 1-18.

van den Herik, L. y Stahn, C. (2012), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

van der Wilt, H. (2009), "The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, pp. 307-314.

Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (2009), (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press.

Van Schaack, B. (1997), "The crime of political genocide: Repairing the Genocide Convention's blind spot", *Yale Law Journal*, Vol. 106, pp. 2259-2291.

van Sliedregt, E. (2003), *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, La Haya: T.M.C. Asser Press.

—— (2006), "Criminal Responsibility in International Law. Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Law*, Vol. 14, No. 1, pp. 81-114.

—— (2007), "*Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 184-207.

—— (2009a), "System criminality at the ICTY", en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 183-200.

—— (2009b), "Complicity to commit genocide", en Gaeta, P. (ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford: University Press, pp. 161-192.

van Sliedregt, E. y Yanev, L. (2019), "Co-Perpetration based on Joint Control over the Crime", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 85-120.

Vashakmadze, M. (2012), "Shared Responsibility for the Prevention of Genocide?", *Shares Research Paper 14* (2012), disponible en at www.sharesproject.nl

Ventura, M. (2019a), "Aiding and abetting", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 173-256.

—— (2019b), "El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948", en Olásolo Alonso, H. (2013b) *Tratado de autoría y participación en Derecho Pena Internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 145-190.

Vernon, R. (2011), "Punishing collectives: States or Nations"? en Isaacs, T. & Vernon, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing,* Cambridge: University Press, pp. 287-306.

Vest, H. (2007), "A Structure-based Concept of Genocidal Intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 781-797.

von Joeden-Forgey, E. (2010), "Gender and genocide", en Bloxham. D. & Moses, D. (eds.) *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford: University Press, pp. 61-80.

von Lingen, K. (2014), "Defining Crimes Against Humanity: The Contribution of the United Nations War Crimes Commission to International Criminal Law, 1944–1947" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 1, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 475-505.

Vormbaum, M. (2014), "An "Indispensable Component of the Elimination of Fascism": War Crimes Trials and International Criminal Law in the German Democratic Republic", en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 397-425.

Voth, B. (2014), *The rhetoric of genocide. Death as a text*, Londres: Lexington Books.

Vrdoljak, A.F. (2009), "Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law", *The European Journal of International Law,* Vol. 20, pp. 1163-1194.

Waller, J. (2007), *Becoming Evil. How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford: University Press.

Walleyn, L. (2016), "Victims' participation in ICC proceedings: challenges ahead", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, pp. 995-1017.

Walzer, M. (1977), *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations*, Nueva York: Basic Books.

Weatherall, T. (2022), *Duality of Responsibility in International Law*, Leiden: Brill Nijhoff.

Webb, P. (2012), "Binocular Vision: State Responsibility and Individual Criminal Responsibility for Genocide", en van den Herik, L. & Stahn, C. (eds.) *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 117-148.

—— (2013), *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford: University Press.

Weiler, J. H.H., Cassese, A. y Spinedi, M. (1989), *International Crimes of State. A Criticial Analysis on State Responsibility*, Berlin/Nueva York: Walter de Gruyter.

Weiss-Wendt, A. (2010), "The State and Genocide", en Bloxham. D. & Moses, D. (eds.) *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford: University Press, pp. 81-101.

Werle, G. (2007), "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 953-975.

—— (2012), *Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*, Buenos Aires: Hammurabi.

Werle, G. y Jessberger, F. (2014[3]), *Principles of International Criminal Law*, Oxford: University Press.

White, N. (2009), "Responses of political organs to crimes by states", en Van der Wilt, H., Nollkaemper, A., Dolman, M. & Kleffner, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 314-337.

Wyler, E.A. (2002), "From State Crime to Responsibility for Serious Breaches under Peremptory Norms of General International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5, pp. 1147-1160.

Wyler, E.A. & Castellanos Jankiewicz, L.A. (2014), "Serious Breaches of Peremptory Norms", *Shares Research Paper 39* (2014), disponible en at http://www.sharesproject.nl/publication/serious-breaches-of-peremptory-norms

Yanev, L. (2019), "Joint Criminal Enterprise", en De Hemptinne, J., Roth, R. y vans Sliedregt, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 121-170.

Zammit Borda, A. (2013), "A formal approach to article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, pp. 649-661.

Zahar, A. (2001), "Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 591-616.

Zhang, T. (2014), "The Forgotten Legacy: China's Post-Second World War Trials of Japanese War Criminals, 1946–1956" en Bergsmo, M., Chea, W.I., y Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 267-300.

Zimmermann, A. (2016), "Article 124. Transitional Provision", en Triffterer, O. y Ambos, K, (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Munich; C.H. Beck, 3ra. ed., pp. 2312-2317.

Zuppi, A.L. (2002), *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Ciudad de Buenos Aires: Ad Hoc.

—— (2019), *Los otros juicios de Nuremberg*, California: Red Penguin Books.

Impreso en octubre de 2025
en **Gráfica LAF s.r.l.**, Monteagudo 741/745
(B1672AFO) Villa Lynch - Pcia. Bs. As
Tirada: 200 ejemplares

FACULTAD DE DERECHO
SERIE TESIS

Este libro, elaborado a partir de una tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2023, propone una lectura original de la relación que existe entre el régimen aplicable a la responsabilidad internacional de los Estados y aquel referido a la responsabilidad internacional de los individuos, indagando específicamente en el diálogo (o la falta de él) que se produce entre los tribunales que determinan sendas responsabilidades en los casos de genocidio. Mediante el estudio de tres ejes analíticos, la autora propone una matriz de fragmentación secundaria para facilitar el diálogo interjurisdiccional en las situaciones en las que distintos tribunales internacionales se vean llamados a determinar la responsabilidad estatal o individual por actos genocidas en relación con una plataforma fáctica común.

Natalia M. Luterstein es abogada (UBA), magíster en Derecho Internacional (The London School of Economics and Political Sciences) y doctora en Derecho (UBA).

EUDEBA Editorial universitaria de Buenos Aires

ISBN 978-950-23-3578-0