

## *CASO BOSNIA-HERZEGOVINA VS. SERBIA*

### COMENTARIOS AL FALLO PRONUNCIADO POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EL 14 DE FEBRERO DE 2007 CON RELACIÓN AL CASO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO EN EL ASUNTO BOSNIA-HERZEGOVINA C. SERBIA

Efrén Gustavo MARQUÉS RUEDA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Demandas realizadas a la CIJ por las partes en litigio*. III. *El fallo del 14 de febrero de 2007. Comentarios a las conclusiones jurídicas emitidas por la CIJ*. IV. *Reflexiones finales*.

#### I. INTRODUCCIÓN

En 1993, la República de Bosnia-Herzegovina presentó ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda en contra de la República Federal de Yugoslavia (RFY) por la violación de este último Estado de sus obligaciones emanadas de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 (CG) durante la desintegración de la ex Yugoslavia, en especial por la comisión del delito de genocidio en contra de la población *no serbia* entre 1992 y 1995. El 8 de abril y el 13 de septiembre de 1993, respectivamente, la CIJ dictó ordenanzas a la RFY para que “tomara todas las medidas a su alcance para prevenir la comisión del delito de genocidio” y para que “asegurara que cualesquiera de las organizaciones y personas que puedan estar bajo su influencia no cometan ningún acto de genocidio”.

Durante el procedimiento de excepciones preliminares (1996), la CIJ reconoció su jurisdicción para conocer del caso con base en el artículo

\* Doctorante en ciencias políticas y profesor de Derecho internacional público y privado; Seminario de titulación I y II, y Relaciones jurídicas internacionales, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

IX de la CG, no sin antes desahogar una cuestión previa relativa a si contaba con competencia *ratione personae* con respecto a la parte demanda, la cual, hasta 1995, fecha en que se cometieron los actos genocidas denunciados por el demandante, se denominaba RFY, mientras que, para la fecha del procedimiento (1996), dicha parte detentaba el nombre de República de Serbia y Montenegro (RSM).

La cuestión de fondo de este asunto preliminar fue dilucidar si la República de Serbia y Montenegro era la sucesora de la RFY, lo cual fue afirmado por la CIJ con base en la aceptación de dicho Estado como miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). No debemos olvidar que en 1991, el Consejo de Seguridad de la ONU, en un hecho sin precedentes y sin ningún fundamento jurídico, negó a la RFY el derecho a autoproclamarse sucesora de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (RSFY), por lo que dicho Estado tuvo que someterse a un nuevo proceso de afiliación a la ONU y a todos los tratados internacionales de los que era parte la antigua Yugoslavia. Una vez aceptada la jurisdicción de la Corte y su competencia sobre el demandado, el caso siguió un lento procedimiento judicial que se prolongó durante catorce años.

El 14 de febrero del 2007, la CIJ emitió su fallo final en torno a la demanda presentada catorce años atrás por la República de Bosnia-Herzegovina contra la RFY, actual República de Serbia, por la presunta responsabilidad de este último Estado en la comisión, complicidad y conspiración para cometer actos de genocidio durante el conflicto bélico suscitado tras la desintegración de la RSFY en 1991, principalmente, por las atrocidades cometidas entre 1992 y 1995 en el contexto de la guerra en Bosnia.

En dicho fallo, la CIJ encontró que la República de Serbia no ha cometido, conspirado o tenido complicidad a través de sus órganos o personas bajo su responsabilidad en los actos de genocidio alegados por el demandante, pero encuentra que Serbia violó las obligaciones de prevenir y sancionar el genocidio cometido en Srebrenica en julio de 1995, así como que incumplió con su obligación de cooperar con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia al no trasladar a Ratko Mladic para su procesamiento ante dicha instancia internacional, y violó su obligación de cumplir con las medidas provisionales ordenadas por la propia CIJ el 8 de abril y el 13 de septiembre de 1993.

El caso *in comento* reviste gran importancia para el derecho internacional por las siguientes razones: en primer lugar, por primera vez en sus casi sesenta años de historia, la CIJ tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de las obligaciones impuestas por la CG a los Estados parte, y el tipo de responsabilidad internacional en que pueden incurrir dichos Estados ante el incumplimiento de sus obligaciones. Principalmente, la CIJ se centró en la responsabilidad internacional del Estado por la comisión, conspiración, complicidad y la doble obligación de prevenir y sancionar actos de genocidio. En segundo lugar, y por segunda vez en la historia, la CIJ tuvo la oportunidad de realizar una interpretación jurídica sobre la naturaleza, competencias y alcances de la CG,<sup>1</sup> en especial, al proporcionar una definición e interpretación oficial de algunos conceptos y elementos del crimen de genocidio que sólo habían sido analizados desde el ámbito doctrinal. Y en tercer lugar, la CIJ tuvo ante sí la posibilidad de fijar su postura en torno al polémico e inacabado tema de la responsabilidad internacional penal del Estado, empero, dicha tarea quedó inconclusa debido a que la Corte reafirmó implícitamente la vieja sentencia del Tribunal del Nüremberg referente a que sólo los individuos pueden incurrir en responsabilidad penal y no las entidades abstractas.

Aunado a lo anterior, el fallo en cuestión reviste gran importancia para las relaciones internacionales debido a las implicaciones político-diplomáticas que se desprenden del mismo, a saber: en primer lugar, la sentencia constituye un logro más del movimiento internacional a favor de la plena impartición de justicia internacional y en contra de la impunidad de los responsables de crímenes contra el derecho internacional. En segundo lugar, quedó plenamente establecido que los Estados pueden ser demandados y sometidos a proceso judicial por la comisión de actos de genocidio, y en un sentido amplio, por otros crímenes graves contra el derecho de gentes. En tercer lugar, ante esta nueva realidad, los Estados buscarán por todos los medios a su alcance evadir la jurisdicción de la CIJ para conocer de este tipo de demandas a fin de evitar, por un lado, fallos en su contra, y por otro lado, que la justicia internacional se enriquezca con un cada vez mayor número de precedentes judiciales en la

1 La primera vez que la CIJ interpretó la CG fue el 28 de mayo de 1951, mediante opinión consultiva solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en torno a la admisibilidad de reservas a dicha Convención, y las implicaciones jurídicas de las mismas entre los Estados parte.

materia. Y en cuarto lugar, los Estados recurrirán a sus capacidades políticas, económicas y diplomáticas a fin de resolver este tipo de controversias de manera bilateral sin que se vea afectada su posición y prestigio en el ámbito internacional.

En el presente comentario, analizaremos la forma en que el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas llegó a las conclusiones antes mencionadas, así como los razonamientos jurídicos que condujeron a la Corte a asumir dicha posición.

## II. DEMANDAS REALIZADAS A LA CIJ POR LAS PARTES EN LITIGIO

El proceso judicial en el asunto Bosnia-Herzegovina c. Serbia tuvo una duración de casi catorce años debido a dos grandes razones: en primer lugar, a la inestabilidad política y social que imperó en la región de los Balcanes a partir de 1991, que se prolongó hasta principios de 2000, y que ocasionó que las partes en litigio, principalmente la demandada que cambió de personalidad jurídica en tres ocasiones, no pudieran dar el seguimiento correspondiente al proceso en cuestión y, en segundo lugar, y como resultado del conflicto bélico en que se encontraba sumergida la región, imposibilitó la recopilación de información, materiales, archivos, y demás elementos de prueba indispensables para que la CIJ pudiera emitir un fallo completamente razonado en torno a la cuestión presentada ante sí por la República de Bosnia y Herzegovina.

Debido a estas razones, así como a cuestiones procedimentales propias de todo proceso judicial, las demandas realizadas a la CIJ por las partes en litigio modificaron su contenido en varias ocasiones. En el presente apartado nos limitaremos a comentar las demandas finales realizadas el 24 de abril de 2006 a la CIJ por parte de Bosnia-Herzegovina, y las realizadas el 9 de mayo del mismo año por la parte demandada, no sin antes comentar, *grosso modo*, las solicitudes hechas por Serbia y Montenegro el 23 de julio de 1997, en su dúplica a las peticiones originales realizadas por el demandante; las cuales, a nuestra consideración, demuestran que la parte demandada, en su calidad de sucesora de la República Federal de Yugoslavia, contaba con información privilegiada sobre los acontecimientos ocurridos durante la desintegración de la ex Yugoslavia, y que de haber sido requerida por la CIJ, podría haber modificado el sentido del fallo final.

### Cuadro comparativo de las demandas realizadas a la CIJ por las partes en litigio

<i>República de Bosnia y Herzegovina</i>	<i>República de Serbia y Montenegro</i>
Peticiones finales realizadas en la audiencia del 24 de abril de 2006.	Dúplica del 23 de julio de 1997 a las peticiones originales realizadas a la CIJ por Bosnia y Herzegovina, y peticiones finales realizadas en la audiencia del 9 de mayo de 2006.
La República de Bosnia y Herzegovina solicita a la CIJ que juzgue y declare:	Serbia y Montenegro solicita a la CIJ que juzgue y declare:
<p>1. Que Serbia y Montenegro, a través de sus órganos o entidades bajo su control, ha violado sus obligaciones bajo la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (CG), destruyendo intencionalmente, en parte, al grupo nacional, étnico o religiosos de los no-serbios, dentro del, pero no limitado al, territorio de la República de Bosnia y Herzegovina, incluyendo particularmente a la población musulmana, mediante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Matanza de miembros del grupo.</li> <li>- Lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo.</li> <li>- Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.</li> <li>- Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.</li> </ul> <p>2. Subsidiariamente:</p> <p>(i) Que Serbia y Montenegro ha violado sus obligaciones bajo la CG por complicidad en genocidio como lo define el párrafo 1, <i>supra</i>.</p> <p>(ii) Que Serbia y Montenegro ha violado sus obligaciones bajo la CG por encubrir y ser cómplice de individuos, grupos y entidades implicados en actos de genocidio, como lo define el párrafo 1 <i>supra</i>.</p>	<p>1. Que en vista del hecho de que ninguna obligación establecida en la CG ha sido violada respecto a musulmanes o croatas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Que los actos alegados por el demandante no han sido cometidos en absoluto, o en la forma establecida por el demandante, o</li> <li>- Si alguno ha sido cometido, no hubo intención de cometer genocidio, y/o</li> <li>- No han sido dirigidos en contra de miembros de un grupo étnico o religioso específico, es decir, no han sido cometidos en contra de individuos en razón de su pertenencia a algún grupo étnico o religioso.</li> </ul> <p>Por lo que no pueden ser calificados como actos de genocidio u otros actos prohibidos por la CG.</p> <p>2. Que los actos alegados por el demandante no pueden ser atribuidos a la República Federal de Yugoslavia (RFY):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Debido a que no fueron cometidos por órganos de la RFY.</li> <li>- Debido a que no fueron cometidos en el territorio de la RFY.</li> <li>- Debido a que no fueron cometidos por orden o bajo control de los órganos de la RFY.</li> </ul>

<p>3. Que Serbia y Montenegro ha violado sus obligaciones bajo la CG por conspirar para cometer genocidio e incitar a cometer genocidio como lo define el párrafo 1 <i>supra</i>.</p>	<p>- Debido a que no hay otro fundamento en las normas del derecho internacional para considerarlos como actos de la RFY. Por lo tanto, la Corte rechaza todas las peticiones del demandante, y</p> <p>3. La República de Bosnia-Herzegovina es responsable de los actos de genocidio cometidos en contra de serbios en Bosnia-Herzegovina y de otras violaciones a las obligaciones establecidas en la CG:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Porque incitó actos de genocidio mediante la “Declaración Islámica”, y en particular por la posición asumida de que “no puede haber paz o coexistencia entre las instituciones políticas y sociales de la fe islámica y las no islámicas.</li> <li>- Porque incitó actos de genocidio mediante el <i>Novi Vox</i>, periódico de la juventud musulmana, y en particular por los versos de una “canción patriótica”.</li> <li>- Porque ha incitado actos de genocidio a través del periódico <i>Zmaj od Bosne</i>, en particular por la oración publicada en un artículo en la que se lee: “Cada musulmán debe señalar a un serbio y jurar matarlo”.</li> <li>- Porque incitó actos de genocidio mediante llamados públicos para la ejecución de serbios a través de la radio “Hajat”.</li> <li>- Porque el Ejército de Bosnia-Herzegovina, así como otros órganos de Bosnia-Herzegovina han cometido actos de genocidio y otros actos prohibidos por la CG, en contra de serbios en Bosnia-Herzegovina.</li> <li>- Porque Bosnia-Herzegovina no ha prevenido los actos de genocidio y otros actos prohibidos por la CG, en contra de serbios en su territorio.</li> </ul>
<p>4. Que Serbia y Montenegro ha violado sus obligaciones bajo la CG por haber fallado en la prevención de genocidio.</p>	<p>4. Bosnia-Herzegovina tiene la obligación de sancionar a las personas responsables de genocidio y otros actos prohibidos por la CG.</p>

<p>5. Que Serbia y Montenegro ha violado y sigue violando sus obligaciones bajo la CG por haber fallado y seguir fallando en la sanción de actos de genocidio y otros actos prohibidos por la CG, y por haber fallado y seguir fallando en el traslado de individuos acusados de genocidio y otros actos prohibidos por la CG al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y por no cooperar completamente con este Tribunal.</p>	<p>5. Bosnia-Herzegovina está obligada a tomar todas las medidas para que los actos antes mencionados no se repitan en el futuro.</p>
<p>6. Que las violaciones al derecho internacional señaladas en las peticiones 1 a 5 constituyen actos ilícitos atribuibles a Serbia y Montenegro, los cuales acarrear su responsabilidad internacional, y, de acuerdo con esto:</p> <p>a) Que Serbia y Montenegro debe tomar inmediatamente medidas efectivas para asegurar el total cumplimiento de su obligación de sancionar actos de genocidio bajo la CG o cualquier otro acto prohibido por la CG y trasladar a las personas acusadas de genocidio o cualquier otro acto prohibido por la CG al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y cooperar completamente con este Tribunal.</p> <p>b) Que Serbia y Montenegro debe reparar las consecuencias de sus actos internacionalmente ilícitos y, como resultado de la responsabilidad internacional incurrida por las violaciones a la CG arriba señaladas, debe pagar, y Bosnia-Herzegovina está facultada para recibir, en su propio derecho y como <i>parens patriae</i> por sus ciudadanos, compensación absoluta por los daños y pérdidas causadas.</p> <p>En particular, la reparación cubrirá cualquier daño financieramente valuable al cual corresponda:</p> <p>(i) Daño causado a personas naturales por los actos enumerados en el artículo III de la Convención, incluido el daño no mate-</p>	<p>6. Bosnia y Herzegovina está obligada a eliminar todas las consecuencias producidas por la violación de las obligaciones establecidas en la CG y otorgar una compensación adecuada.</p>

<p>rial sufrido por las víctimas o los herederos o sucesores sobrevivientes y sus dependientes.</p> <p>(ii) Daño material causado a las propiedades de personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, por lo actos enumerados en el artículo III de la Convención.</p> <p>(iii) Daño material sufrido por Bosnia-Herzegovina por los gastos razonablemente incurridos para remediar o mitigar el daño derivado de los actos enumerados en el artículo III de la Convención.</p> <p>c) Que la naturaleza, forma y cantidad de la compensación será determinada por la Corte, fallando al respecto en un acuerdo entre las partes un año después del juicio de la Corte, y que la Corte reservará proceso subsecuente para tal propósito.</p> <p>d) Que Serbia y Montenegro proveerá garantías y seguridades específicas de que los actos ilícitos que motivaron esta demanda no se repetirán, y que la forma de las garantías y seguridades será determinada por la Corte.</p>	
<p>7. Que al haber fallado en el cumplimiento de las órdenes de medidas provisionales dictadas por la Corte el 8 de abril de 1993 y el 13 de septiembre de 1993 Serbia, y Montenegro ha estado violando sus obligaciones internacionales y tiene la obligación hacia Bosnia y Herzegovina de proporcionar, por las violaciones antes mencionadas, una compensación simbólica, cuya cantidad será determinada por la Corte.</p>	

A continuación se transcribe las demandas finales de Serbia:

*Demandas finales de la República de Serbia realizadas el 9 de mayo de 2006<sup>2</sup>*

Serbia y Montenegro solicita a la CIJ que juzgue y declare:

2 Los párrafos 3 a 6 de las demandas serbias realizadas el 23 de julio de 1997 fueron eliminadas del texto final presentado ante la CIJ en la audiencia del 9 de mayo de 2006.



- Que esta Corte no tiene jurisdicción porque el demandado no tuvo acceso a la Corte en el momento relevante; o en uno alternativo.
- Que esta Corte no tiene jurisdicción sobre el demandado porque el demandado nunca quedó o estuvo obligado por el artículo IX de la CG; y porque no hay otro fundamento sobre el cual pueda ser basada la jurisdicción sobre el demandado.

En caso de que la Corte determine que existe jurisdicción, Serbia y Montenegro solicita a la Corte que juzgue y declare:

- Que las peticiones en los párrafos 1 a 6 de las Demandas de Bosnia-Herzegovina relativas a las violaciones de las obligaciones bajo la CG son rechazadas por carecer de una base legal o de hecho.

- En ningún momento, los actos y/o las omisiones por los cuales el Estado demandado es acusado de responsabilidad son atribuibles al Estado demandado. Tal atribución implicaría necesariamente violaciones al derecho aplicable en este procedimiento.

- Sin perjuicio de las solicitudes mencionadas, que la reparación concedida al Estado solicitante en este procedimiento, en aplicación de una interpretación conveniente de la CG, se limita a una sentencia declaratoria.

- A continuación, y sin perjuicio de las solicitudes mencionadas, que ninguna cuestión relativa a la responsabilidad jurídica relativa a las violaciones pretendidas de las órdenes de medidas provisionales dictadas por la Corte los días 8 de abril de 1993 y 13 de septiembre de 1993 no entra en la competencia de la Corte, que no puede conceder remedios convenientes al Estado solicitante en el contexto del procedimiento contencioso, y que en consecuencia de la demanda contenida en el apartado 7 de las peticiones de Bosnia y Herzegovina debe rechazarse.

De la lectura de las demandas antes transcritas, podemos desprender tres grandes comentarios: en primer lugar, debemos dejar constancia que las demandas introducidas por Bosnia-Herzegovina a lo largo del proceso judicial no variaron de manera substancial en cuanto a su contenido original.<sup>3</sup> Además, la propia redacción de la demanda pone de manifiesto

3 La parte demandante sólo realizó ligeras modificaciones a la redacción de sus peticiones debido a que las mismas, en razón del tiempo transcurrido desde la introducción de la demanda original hasta el momento en que la Corte procedió a la deliberación del caso, ya no correspondían con la realidad; así, donde ahora se lee: “Serbia y Montenegro ha violado...”, antes se leía: “Serbia y Montenegro ha violado y sigue violando...”. Asimismo, en la demanda original, se solicitaba a la CIJ que declarase: “6. que la RFY debe reparar las consecuencias de sus actos y debe restaurar la situación existente antes de las violaciones a la CG”. Este último punto es de gran importancia, debido a que en su mo-

un desequilibrio entre el fundamento legal y de hecho de la misma; el demandante proporcionó el fundamento legal de sus peticiones (artículos II y III de la CG),<sup>4</sup> pero no estableció hechos precisos en los cuales se pudiera establecer la responsabilidad del demandado por la realización de los actos prohibidos por los artículos antes mencionados, sólo presentó un cúmulo de evidencias para demostrar la perpetración de actos de genocidio en áreas como Sarajevo, Drina River Valley, Prjedor, Banja Luka y Brcko y en algunos campos de detención. Desde nuestro particular punto de vista, la parte demandante no contó con evidencia suficiente para fundamentar sus peticiones, debido a que esta información estaba en poder de la parte demandada.

En segundo lugar y en consonancia con las últimas líneas del párrafo anterior, la contestación serbia del 23 de julio de 1997 a la demanda bosnia presenta un equilibrio entre el fundamento legal y de hecho, además, no sólo contesta la demanda, sino que también señala la responsabilidad del Estado bosnio por actos de genocidio con base en hechos plasmados tanto en las demandas como en el capítulo siete de su contra-memoria. Sin duda alguna, la contestación serbia demuestra una elaboración cuidadosa, pero además, un amplio conocimiento de los acontecimientos acaecidos durante el conflicto bélico en la región de los Balcanes; en otras palabras, la parte demandante contaba con más elementos de prueba para fundamentar y defender su posición.

Finalmente, en tercer lugar, las peticiones serbias del 9 de mayo de 2006 presentan modificaciones substanciales en razón de que eliminan

mento, es decir en 1993, el demandante solicitaba la reparación *restitutio in integrum* de la situación imperante antes de que se llevaran al cabo las conductas ilícitas que originaron la presentación de la demanda; empero, en la medida en que el proceso judicial se fue alargando, esta modalidad de reparación se volvió inviable dando paso a la solicitud de indemnización.

4 El artículo II de la CG establece: “Constituirán actos de genocidio, los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, mediante: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave de 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; y e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Mientras que el artículo III dispone: “Serán castigados por genocidio todos aquellos individuos que: a) cometan genocidio; b) se asocien para cometer genocidio; c) instiguen directa y públicamente a cometer genocidio; d) tengan la intención de cometer genocidio; e) sean cómplices de genocidio”.

los párrafos 3 a 6 de la demandas presentadas el 23 de julio de 1997, en las cuales se señalaba la responsabilidad del Estado bosnio por actos de genocidio en contra de la población serbia, limitándose a solicitar la desestimación de las demandas bosnias con base en la falta de jurisdicción de la CIJ para conocer del asunto debido a que la parte demandada no es el sujeto jurídico sobre el cual se pretende fincar responsabilidad, y a que las demandas bosnias carecen de sustento legal y de hecho debido a que el demandado jamás violó el derecho aplicable al proceso, es decir, la CG. Con base en estos hechos, solicitó a la CIJ que se limitara a realizar una sentencia declaratoria sin mayores consecuencias jurídicas y que rechazará fincar algún tipo de responsabilidad internacional por el incumplimiento de las órdenes de medidas provisionales dictadas, ya que dicha cuestión no formaba parte del fondo del asunto presentado por Bosnia-Herzegovina.

### III. EL FALLO DEL 14 DE FEBRERO DE 2007. COMENTARIOS A LAS CONCLUSIONES JURÍDICAS EMITIDAS POR LA CIJ

El 14 de febrero de 2007, la CIJ emitió su fallo final en torno al asunto Bosnia-Herzegovina c. Serbia. La parte dispositiva del mismo establece lo siguiente:

#### 1. *Por 10 votos a 5*

Rechaza las objeciones incorporadas por el demandado con relación a que la Corte no tiene jurisdicción; y afirma que tiene jurisdicción, con base en el artículo IX de la CG, para conocer sobre la controversia llevada ante sí por Bosnia-Herzegovina el 20 de marzo de 1993.<sup>5</sup>

#### 2. *Por 13 votos a 2*

Encuentra que Serbia no ha cometido genocidio, a través de sus órganos o personas bajo su responsabilidad de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, en violación de sus obligaciones emanadas de la CG.<sup>6</sup>

5 A favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna; juez *ad hoc* Mahiou; en contra: jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća.

6 A favor: presidente Higgins; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća; en contra: vicepresidente Al-Khasawneh; juez *ad hoc* Mahiou.

3. *Por 13 votos a 2*

Encuentra que Serbia no conspiró para cometer genocidio, ni incitó a la comisión de genocidio, en violación de sus obligaciones emanadas de la CG.<sup>7</sup>

4. *Por 11 votos a 4*

Encuentra que Serbia no ha sido cómplice de genocidio, en violación de sus obligaciones emanadas de la CG.<sup>8</sup>

5. *Por 12 votos a 3*

Encuentra que Serbia ha violado la obligación de prevenir el genocidio, bajo la CG, con respecto al genocidio ocurrido en Srebrenica en julio de 1995.<sup>9</sup>

6. *Por 14 votos a 1*

Encuentra que Serbia ha violado sus obligaciones bajo la CG, por haber fallado en el traslado de Ratko Mladic, indiciado por genocidio y complicidad en genocidio, para ser juzgado por el TPIY, y además, haber fallado en su obligación de cooperar completamente con el Tribunal.<sup>10</sup>

7. *Por 13 votos a 2*

Encuentra que Serbia ha violado su obligación de cumplir con las medidas provisionales ordenadas por la Corte el 8 de abril y 13 de septiembre de 1993, así como por haber fallado en tomar todas las medidas dentro de sus capacidades para prevenir el genocidio de Srebrenica en julio de 1995.<sup>11</sup>

8. *Por 14 votos a 1*

Decide que Serbia debe tomar, inmediatamente, acciones efectivas para asegurar el completo cumplimiento de sus obligaciones con la CG, principalmente, sancionar actos de genocidio (artículo II), o cualquier otros actos prescritos en el artículo III de la CG, y trasladar a las personas acusa-

7 A favor: presidente Higgins; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća; en contra: vicepresidente Al-Khasawneh; juez *ad hoc* Mahiou.

8 A favor: presidente Higgins; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Sepúlveda Amor, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća; en contra: vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Keith, Bennouna; juez *ad hoc* Mahiou.

9 A favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna; juez *ad hoc* Mahiou; en contra: jueces Tomka, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća.

10 A favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna, Skotnikov; juez *ad hoc* Mahiou; en contra: juez *ad hoc* Kreća.

11 A favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna; juez *ad hoc* Mahiou; en contra: juez Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća.

das de genocidio o cualquier otro acto para ser juzgados por el TPIY, y cooperar completamente con el Tribunal.<sup>12</sup>

9. *Por 13 votos a 2*

Encuentra que, con respecto a las violaciones de Serbia de las obligaciones enunciadas en los párrafos 5 y 7, la Corte encuentra que la adopción de seguridades y garantías de no repetición constituyen una satisfacción apropiada, por lo que no ordena ningún pago de compensación.<sup>13</sup>

Los principales comentarios que se pueden desprender tanto del fallo dispositivo como de los razonamientos jurídicos que fundamentan tales conclusiones son:

1. *Como en la mayoría de sus fallos, la CIJ dedica gran parte de los mismos a desahogar cuestiones relativas a su jurisdicción y competencia, más que al fondo del asunto.*

Este punto es de suma importancia para realizar un balance sobre el estado actual que guarda el funcionamiento de la CIJ. El gran espacio que el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas dedica a las cuestiones de jurisdicción, competencia y admisibilidad en sus fallos, muchas veces, en detrimento del fondo del asunto se debe, desde nuestro particular punto de vista, a dos grandes razones:

a) La CIJ se encuentra limitada por su propio Estatuto y Reglamento

No obstante las grandes aportaciones de la CIJ a todas las ramas del derecho internacional, es evidente que las mayores contribuciones de esta instancia judicial han sido realizadas en el ámbito del derecho internacional jurisdiccional, debido a que la Corte tiene la capacidad para interpretar y aplicar de manera amplia su Estatuto y Reglamento a fin de poder conocer de asuntos de variada naturaleza. La Corte tiene la libertad para sumergirse en grandes debates relativos a su jurisdicción, competencia y admisibilidad de casos, es decir, en cuestiones procesales, pero no para adentrarse en el fondo del asunto, ya que, en este punto, se encuentra limitada por el derecho aplicable al caso en concreto y a las solicitudes hechas por las partes en litigio.

12 A favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna, Skotnikov; juez *ad hoc* Mahiou; en contra: juez *ad hoc* Kreća.

13 A favor: presidente Higgins; jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda Amor, Bennouna, Skotnikov; juez *ad hoc* Kreća; en contra: vicepresidente Al-Khasawneh; juez *ad hoc* Mahiou.

b) La CIJ no puede actuar *ultra vires* y *ultra petita*.

Como cualquier otro órgano judicial, la CIJ no puede actuar más allá de sus facultades (*ultra vires*) ni otorgar más de lo que se le solicita (*ultra petita*), por tal motivo, es imposible pensar que la Corte, *motu proprio*, romperá con los límites impuestos en su Estatuto y Reglamento; más aún, si tomamos en cuenta que una actuación en este sentido, le valdría a la Corte el rechazo de los Estados para someterle sus asuntos. Consideramos que son los propios Estados, principalmente aquellos que buscan justicia, es decir, los demandantes, los que deben presionar a la Corte para que se adentre en la interpretación del derecho aplicable, a través de demandas o peticiones bien formuladas que obliguen a los magistrados a sumergirse de lleno en el fondo tanto de las cuestiones presentadas ante ellos, como del derecho aplicable.

2. *La Corte encuentra que tiene jurisdicción para conocer del asunto presentado por Bosnia-Herzegovina y reconoce que la CG impone el mismo tipo de obligaciones para individuos y Estados, sin embargo, evade adentrarse en el debate de la responsabilidad internacional penal, limitándose a señalar la responsabilidad internacional (clásica) de los Estados que perpetren tales actos o que violen cualquiera de las obligaciones señaladas en la CG.*

La CIJ comenzó por recordar que su jurisdicción para conocer del caso se basa únicamente en el artículo IX de la CG, ya que todos los otros elementos de jurisdicción invocados por el demandante fueron rechazados en el procedimiento de 1996. El mencionado artículo IX establece que:

Las controversias entre las partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la presente Convención, incluidas aquellas relacionadas con la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III, deberán ser sometidas a la CIJ a requerimiento de cualquiera de las partes en controversia.

La CIJ encontró que existía una controversia entre las partes en litigio sobre el significado y alcance legal del artículo IX de la CG, especialmente sobre si las obligaciones impuestas en la Convención se limitan a legislar, y procesar o extraditar, o si las obligaciones de los Estados parte se extienden a la de no cometer genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III.

Tomando en cuenta el propósito de la CG, la CIJ afirma que el artículo I prohíbe a los Estados cometer genocidio ellos mismos. Tal prohibición se desprende, en primer lugar, del hecho de que el artículo I identifica al genocidio como “un crimen contra el derecho internacional”; de acuerdo con tal identificación, los Estados parte, lógicamente, no deben cometer el acto ahí descrito. En segundo lugar, tal prohibición se desprende de la obligación de los Estados para prevenir actos de genocidio. Sería paradójico que si los Estados están obligados a prevenir tal acto, no lo estuvieran para no cometerlo a través de sus órganos o individuos y grupos bajo su control.

Como señala la CIJ:

La obligación de prevenir el genocidio necesariamente implica la prohibición para cometer genocidio. La Corte establece que esta conclusión se confirma por una figura inusual en la redacción del artículo IX, citada en la frase: “incluidas aquellas [controversias] relacionadas con la responsabilidad de un Estado por genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III. De acuerdo con la versión en inglés de la Convención, la responsabilidad contemplada es responsabilidad “por genocidio”, no únicamente responsabilidad “por fallar en la prevención y sanción de genocidio”.<sup>14</sup>

Dentro de las críticas realizadas a la CIJ por parte de los jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov, así como del vicepresidente Al-Khasawneh y el juez *ad hoc* Mahiou, se señala que el derecho internacional no reconoce la responsabilidad penal del Estado y que la naturaleza de la CG excluye de sus alcances la responsabilidad estatal por genocidio o cualesquiera de los actos enumerados en el artículo III. De acuerdo con la Corte, “la obligación por la cual el demandado puede incurrir en responsabilidad emana del derecho internacional”, por lo tanto, estamos ante la presencia de responsabilidad internacional clásica producto de la violación de una obligación internacional. Con respecto a la naturaleza de la CG, la Corte señala que “es un instrumento penal internacional enfocado esencialmente en el procesamiento y sanción de individuos y no de los Estados. Sin embargo, la CIJ no observa palabra alguna en la re-

14 Véase fallo final de la CIJ en el asunto Bosnia-Herzegovina c. Serbia del 14 de febrero de 2007, párrafo 168.

dacción del artículo I de la CG que imponga obligaciones diferentes para los individuos y los Estados”.<sup>15</sup>

Desde nuestro particular punto de vista, la CIJ dejó pasar una oportunidad histórica para reconocer la responsabilidad penal de los Estados, ya que si, por un lado, reconoce que los Estados pueden cometer genocidio y que la CG no impone obligaciones diferentes para los individuos y los Estados, pero, por otro lado, afirma que la Convención es un instrumento penal internacional, entonces se podría haber llegado a la conclusión de que el Estado no sólo incurre en responsabilidad internacional clásica por la violación de un tratado internacional, sino en responsabilidad penal internacional por actuar en sentido contrario al propósito fundamental de dicho instrumento jurídico.

3. *La Corte tiene competencia ratione personae sobre el demandado.* Al igual que en 1996, la CIJ se enfrentó ante la negativa de la parte demandada para reconocerle competencia *ratione personae*, debido al hecho de que la RFY (es decir, la actual República de Serbia), no existía más, y ahora, por un lado, se habían conformado dos nuevos Estados, la República de Serbia (sucesora de la República de Serbia y Montenegro) y la República de Montenegro. Ante esta nueva situación, la CIJ identificó a la República de Serbia como la parte demandada pese a las objeciones interpuestas por esta última. En un hecho sin precedentes, la Corte fundamentó su decisión en el fallo de excepciones preliminares de 1996, al que ya hemos hecho referencia, pero además, invocó el principio *res judicata* al asunto.

De acuerdo con la CIJ, el mencionado principio busca que una controversia concluida no pueda ser reabierta por una inconformidad de alguna de las partes, además, se encuentra estrechamente vinculada a la autoridad de la Corte para emitir fallos definitivos e inapelables. Como debemos recordar, la Corte sólo admite recursos de revisión de sus fallos, más no de apelación.

La decisión de la Corte de aplicar el principio *res judicata* a las objeciones de competencia introducidas por el demandado, fue severamente criticada por los jueces Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov y el juez *ad hoc* Kreća, para los cuales, un fallo de procedimiento de excepciones

15 El artículo I de la CG establece: “Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.



preliminares no puede ser considerado como cosa juzgada, debido a que sólo es una parte del proceso en su conjunto. Por su parte, el juez Tomka, en su opinión separada al fallo y con la cual concordamos, señaló que la Corte debió revisar nuevamente la cuestión relativa a la competencia *ratione personae* sobre el demandado, sin embargo, sostiene que tanto en las excepciones preliminares de 1996 como en el proceso de 2006, la Corte tenía competencia sobre el demandado, ya que, sin importar la fecha en que este último se convirtió en miembro de las Naciones Unidas, la RFY era parte de la CG desde 1992, año en que, por razones de sucesión de Estados, adquirió *ipso jure*, los derechos y obligaciones establecidos en dicho instrumento internacional.

4. *La Corte asume una posición estrictamente exegética en la demostración de actos de genocidio, al establecer que los hechos no sólo deben encajar de manera perfecta con los actos reos de genocidio contemplados en la CG, sino además con un dolo specialis, es decir, que tales actos tengan la “intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado”.*

De acuerdo con la CIJ, para que se pueda fincar responsabilidad internacional contra un Estado por la comisión de genocidio, este acto “debe ser demostrado de acuerdo a la definición de dicho delito en la Convención”.<sup>16</sup> Lo mismo aplica para el caso de conspiración para cometer actos de genocidio. En este sentido, la Corte señala que su Estatuto la faculta para asumir la tarea de identificar actos de genocidio, mientras aplique los estándares de prueba adecuados a cargos excepcionalmente graves. En otras palabras, la Corte tiene jurisdicción bajo el artículo IX de la CG para encontrar a un Estado responsable si el genocidio o los otros actos enumerados en el artículo III son cometidos por sus órganos, o personas o grupos cuyos actos son atribuibles al Estado. Asimismo, concluye que la responsabilidad del Estado surge por comisión de genocidio y conspiración, sin importar que ningún individuo esté siendo procesado o haya sido condenado por ello.

Para poder definir si la parte demandada cometió o conspiró en actos de genocidio, la CIJ se sumergió en la definición del delito y en sus elementos. Así, señaló que el artículo II implica “actos” e “intención”.<sup>17</sup> El

16 Véase fallo final de la CIJ en el asunto Bosnia-Herzegovina c. Serbia del 14 de febrero de 2007, párrafo 180.

17 *Ibidem*, párrafo 186.

artículo II establece, por un lado, la comisión de los actos constitutivos de genocidio pero, por otro lado, establece además un “elemento mental”, cristalizado en el “intento de destruir, total o parcialmente... a un grupo (protegido)”. Es decir, el delito de genocidio requiere no sólo del *actus reus* sino además de un *dolo specialis*.

De acuerdo con los hechos establecidos en la demanda, el 9 de enero de 1992, la República Popular Serbia de Bosnia y Herzegovina, más tarde denominada República Srpska, declaró su independencia. Según la Corte, esta entidad nunca obtuvo su reconocimiento internacional como Estado soberano, pero mantuvo un control *de facto* sobre una parte substancial de territorio, y la lealtad de un gran número de serbio-bosnios. Además, la Corte observó que el demandante ha afirmado la existencia de estrechos vínculos entre el gobierno del demandado y las autoridades de la República Srpska, de naturaleza política y financiera, así como en la administración y control del ejército de la República Srpska (VRS).

Con base en lo anterior, la Corte se sumergió en el examen de los hechos alegados por el demandante, a fin de dilucidar si, en primer lugar, las atrocidades alegadas en verdad ocurrieron, y en segundo lugar, si tales atrocidades entran en los alcances del artículo II de la CG; lo anterior a fin de establecer si los hechos alegados fueron cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo definido, en particular los musulmanes bosnios.

En este sentido, la CIJ procedió al examen de la evidencia presentada por el demandante, sobre las matanzas de miembros del grupo protegido en las principales áreas de Bosnia: Sarajevo, Drina River Valley, Prijedor, Banja Luka y Breco, y en varios campos de detención. La CIJ encontró que durante el conflicto bélico fueron cometidas varias matanzas en las áreas antes mencionadas, y que la evidencia presentada demuestra que las víctimas, en su mayoría, eran miembros del grupo protegido, lo que sugiere que pudieron haber sido el objetivo de las matanzas.

Sin embargo, la Corte no estuvo convencida, con base en la evidencia presentada, que pudiera ser probado de manera concluyente que las matanzas del grupo protegido se llevaron al cabo con la intención (*dolo specialis*), de parte del perpetrador, de destruir, total o parcialmente, al grupo como tal. De acuerdo con la Corte, las matanzas antes mencionadas pueden ser consideradas crímenes de guerra o de lesa humanidad, pero no actos de genocidio. A pesar de que la Corte desestimó la existencia de genocidio en las áreas antes mencionadas, su conclusión tiene im-

plicaciones jurídicas de gran alcance, ya que deja la puerta abierta para que en un proceso judicial posterior se pueda analizar la responsabilidad internacional del Estado demandando por crímenes de guerra y de lesa humanidad; obviamente, en esta oportunidad la CIJ no pudo pronunciarse sobre este tema, ya que no era el objeto de la demanda, y un pronunciamiento al respecto hubiera sido catalogado como un accionar *ultra petita*.

Caso contrario a las masacres perpetradas en varias regiones de Bosnia-Herzegovina en las que la Corte no encontró elementos para determinar la existencia de genocidio, fue la matanza de Srebrenica, en la que más de 8000 musulmanes bosnios hombres fueron asesinados por fuerzas serbio-bosnias en julio de 1995. De acuerdo con la Corte, basándose en el proceso judicial seguido ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en los casos “Krstic” y “Blagojevic”, encontró que los actos cometidos en Srebrenica pueden ser considerados como genocidio, ya que encajan en el artículo II (a) y (b) de la CG, y fueron cometidos con la intención específica de destruir en parte al grupo de los musulmanes bosnios de Bosnia y Herzegovina perpetrados por miembros del ejército de la República Srpska en los alrededores de Srebrenica el 13 de julio de 1995.<sup>18</sup>

Con base en esta conclusión, la Corte se sumergió en la tarea de definir si los actos de genocidio cometidos en Srebrenica fueron perpetrados por órganos estatales serbios o personas o grupos bajo su control o influencia. A fin de comprobar que los grupos responsables del genocidio en Srebrenica acarreaban la responsabilidad internacional del Estado serbio, la CIJ estableció los siguientes criterios, a saber:

1) Determinar que los actos de genocidio pueden ser atribuidos al demandado con base en que tales actos fueron cometidos por sus órganos o personas cuyos actos son atribuibles al Estado con base en las normas consuetudinarias de la responsabilidad estatal.

2) Determinar si el demandado cumplió con su doble obligación de prevenir y sancionar los actos de genocidio como lo establece el artículo I de la CG.

Con respecto al primer criterio, la Corte, una vez analizada la evidencia en su poder, determinó que había pruebas suficientes para establecer la existencia de vínculos políticos, militares, financieros y adminis-

18 *Ibidem*, párrafo 291.

trativos entre la efímera República Srpska, el grupo militar *Scorpions* y el gobierno yugoslavo de Slobodan Milosevic. Sin embargo, y pese a reconocer la existencia de tales vínculos, la Corte encontró que los actos de genocidio no fueron ordenados por el gobierno serbio, sino por los superiores militares que controlaban el territorio donde se cometieron los actos en cuestión. Asimismo, para la Corte, los actos perpetrados por grupos irregulares sólo pueden ser atribuidos al Estado una vez que se haya comprobado que actuaron bajo sus órdenes o influencia, o bien, si se demuestra de manera concluyente (con base en la ley nacional del demandando) que los mismos detentaban un rango similar al de órganos de Estado. En este punto, la Corte, de manera poco atinada, retomó su jurisprudencia de 1986 relativa a las actividades militares y paramilitares realizadas en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos).

Con respecto al segundo criterio, la Corte encontró que la República de Serbia había violado su doble obligación de prevenir y sancionar los actos de genocidio perpetrados en Srebrenica, debido a que no tomó todas las medidas a su alcance para evitar que los grupos paramilitares bajo su influencia perpetraran tales actos. Asimismo, no persiguió, procesó o trasladó al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los responsables de tales actos, en especial a Ratko Mladic, uno de los principales responsables del genocidio de Srebrenica. Por tales razones, la Corte encontró que Serbia había violado su doble obligación de prevenir y sancionar actos de genocidio, incumplir con las dos ordenanzas de medidas provisionales que al respecto emitió la Corte en 1993, y su obligación de cooperar con el TPIY.

5. *Con base en la diferenciación entre los elementos material y psicológico del delito de genocidio, la CIJ, determinó que la “limpieza étnica” sólo puede ser considerada como un acto de genocidio en la medida en que se cumplan estos dos elementos.*

Para el caso de la ‘limpieza étnica’ alegada por el demandante como acto de genocidio, la Corte señaló que dicho accionar sólo puede constituir un acto de genocidio de acuerdo con la Convención de 1948, si se presenta el elemento mental al que hemos hecho referencia. Ni el intento, como parte de una política, ni las acciones que conlleva la implementación de tal política, pueden ser consideradas como genocidio, si no se comprueba la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo protegido. En este punto, es importante mencionar que, para la Corte, es nece-

saría la identificación del grupo contra el cual se considera que se ha cometido genocidio.<sup>19</sup>

6. *Aunado a lo anterior, y de manera atinada, la Corte establece que el “grupo protegido” (contra el cual se dirigen los actos de genocidio) debe ser definido e identificado con base en características particulares positivas —grupo nacional, étnico, racial o religioso—, y no con base en la carencia de ellas, es decir, de manera negativa.*

En su demanda, la República de Bosnia-Herzegovina estableció la comisión de actos de genocidio en contra de grupos nacionales, étnicos o religiosos *no serbios*, en particular la población musulmana. De manera atinada, la Corte estableció que la identificación del grupo protegido debe realizarse con base en características particulares positivas —grupo nacional, étnico, racial o religioso— y no con base en la carencia de ellas. Es decir, establecer al grupo protegido como los ‘*no serbios*’, implica una identificación negativa que se realiza más por eliminación que por pertenencia a un grupo determinado.<sup>20</sup>

7. *La Corte estableció que el genocidio debe ser probado con evidencia concluyente, es decir, en razón de su naturaleza dicho acto amerita los estándares de prueba aplicables a los cargos excepcionalmente graves.*

Sin embargo, durante el proceso judicial en cuestión, la Corte permitió, con base en su Estatuto, un amplio margen de libertad para que las partes presentaran sus pruebas, dejando de lado gran cantidad de información, documentos, etcétera, a disposición de la parte demandante y proveniente, muchos de ellos, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). La Corte no analizó de lleno todo el material a su disposición, únicamente seleccionó los que consideró importantes para el caso. La principal razón argumentada por la CIJ para desestimar buena parte del material presentado ante sí, fue que él mismo, a pesar de establecer vínculos políticos, financieros, militares y administrativos entre los grupos militares serbios en Bosnia-Herzegovina y el gobierno yugoslavo, ninguno demostraba claramente una ‘intención’ del gobierno de Yugoslavia de destruir, total o parcialmente, al grupo protegido.<sup>21</sup>

19 *Ibidem*, párrafo 190.

20 *Ibidem*, párrafos 192-201.

21 *Ibidem*, párrafos 202-230.

La omisión de la Corte de no aceptar materiales adicionales para el análisis de los hechos alegados por Bosnia-Herzegovina, cobra importancia en la medida en que la parte demandada (sucesora de la RFY), tenía en su poder las pruebas (archivos) más importantes para esclarecer los hechos alegados por el demandante, empero, como la carga de la prueba correspondió a este último, jamás se pidió a la República de Serbia que presentara material o información complementaria.

Existe consenso a nivel internacional de que la carga de la prueba recae sobre el que acusa y no el acusado; sin embargo, en 1948, en el asunto del Estrecho de Corfú (Gran Bretaña c. Albania), la CIJ, de manera implícita, permitió revertir la carga de la prueba contra el demandando, debido a la imposibilidad material de la parte afectada para reunir y presentar pruebas concluyentes sobre la responsabilidad albanesa en la colocación de las minas que más tarde ocasionaron el hundimiento de los dos acorazados británicos en razón de que el gobierno albanés mantenía un control absoluto sobre el estrecho donde acontecieron los hechos de la demanda. Empero, no debemos olvidar, se transfirió la carga de la prueba a instancia de parte y no como una decisión *motu proprio* de la Corte.

En el caso que hoy nos ocupa comentar, una posible transferencia de la carga de la prueba podría haber sido contraproducente para el demandante, empero, Bosnia-Herzegovina sí pudo, pero no lo hizo, presionar a la Corte para aceptar los materiales e informes provenientes de la ONU o el TPIY, que tiempo atrás había desestimado como pruebas.<sup>22</sup>

22 De acuerdo con el diario español *El País*, la Corte Internacional de Justicia recibió varias cajas con documentos provenientes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; dichos documentos contenían cientos de páginas marcadas: "Defensa. Secreto de Estado. Estrictamente confidencial". En ellos estaban datos sobre encuentros mantenidos entre militares y políticos, algunos protagonizados por Slobodan Milosevic, durante la guerra de Bosnia, entre 1992 y 1995. Serbia, heredera del Estado yugoslavo, obtuvo permiso de la Corte para borrar cuantos datos considerara peligrosos "para la seguridad del Estado". Los jueces y abogados de aquel tribunal sí accedieron al contenido de dichos documentos, pero no así el público en general: ni investigadores, ni periodistas. Dos magistrados de la Corte, Awn Shawkat Al-Khasawneh, de Jordania, y Ahmed Mahiou, de Argelia, han criticado el rechazo de la Corte de utilizar los documentos originales. Mahiou ha declarado al *Herald Tribune* que los jueces tenían varias razones para ello, "ninguna de ellas lo suficientemente convincente". Entre otras, prosigue este juez, tenían miedo de dar la impresión de que la Corte era partidista, o de que se estaba inmiscuyendo en la soberanía de un Estado. *www.elpais.com*, 9 de mayo de 2007 (consulta realizada el 1o. de junio de 2007).

Sin duda alguna, la libertad que otorga la Corte para que los Estados proporcionen las pruebas que consideren pertinentes para su causa, refleja la incapacidad material y saturación de trabajo del máximo órgano judicial de las Naciones Unidas para, entre otras acciones necesarias, acudir a la verificación de los hechos *in situ* (como sí lo hizo en el caso del Estrecho de Corfú), dejando el recurso de las pruebas a la buena fe de las partes.

8. *Para la Corte, la garantía de no repetición y el compromiso de la República de Serbia de no continuar violando sus obligaciones respecto a la CG, constituyen una reparación adecuada de los daños ocasionados.*

Para la Corte, las violaciones cometidas por la República de Serbia (no prevenir, sancionar y cooperar) que degeneraron en graves actos de genocidio e impunidad, pueden repararse mediante un simple compromiso de no repetición. La Corte mantuvo su posición exegética que podría explicarse en los siguientes términos: *no importan las consecuencias de la violación de una norma, lo que se sanciona es la norma violada*. Es decir, la Corte deja de lado la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo, al no identificar al daño y al nexo causal entre el responsable y el afectado como prueba de responsabilidad, sino que, por el contrario, atribuye demasiada importancia al elemento subjetivo en la violación de la norma internacional, es decir, la intención de cometer genocidio, lo que se reduce a una invocación de la teoría de la falta.

## V. REFLEXIONES FINALES

La Corte dejó escapar una oportunidad histórica para fijar una posición oficial en torno al polémico tema de la responsabilidad internacional penal del Estado. El fallo intenta profundizar en el análisis de la definición y elementos del delito de genocidio, pero en gran parte del mismo, se limita a una interpretación exegética de los artículos I, II y III de la Convención de 1948, lo que redundo en que la Corte reconoce que los Estados pueden cometer genocidio, pero no se atreve a fijar su responsabilidad penal; esto es entendible desde el punto de vista de las relaciones internacionales, si tomamos en cuenta que un fallo diferente hubiera significado la reticencia y falta de voluntad política de los Estados para someter este tipo de cuestiones a la CIJ, ahora y a futuro.

El fallo aporta algunos elementos y definiciones de gran importancia para la demostración del delito de genocidio, tal es el caso de los elementos material y psicológico del delito, la identificación del grupo protegi-

do, los estándares aplicables a las pruebas para demostrar el delito, y el examen de responsabilidad para determinar si el Estado demandado incurrió o no en actos de genocidio. No obstante que la Corte dilucidó el alcance de estos elementos, resulta paradójico que los aplicara (como en el caso de la evidencia presentada) con la rigidez que en teoría amerita el crimen de genocidio.

Desde la perspectiva de las relaciones internacionales, el fallo constituye un precedente, empero, no el mejor de los posibles. Se desaprovechó la oportunidad para que la CIJ fijara límites al accionar arbitrario de los Estados en contra de los derechos humanos. La Corte, en cierta medida, fijó una posición oficial, la cual tiene consecuencias políticas que se traducirán en la cautela de los Estados no para cometer crímenes contra el derecho internacional, sino para someter este tipo de controversias ante ella. El fallo en cuestión generará un efecto similar al emitido por la Corte en 2003 en torno al caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), es decir, el Estado que se vea involucrado en una controversia sobre crímenes contra la humanidad denunciará los tratados en cuestión y con ello la competencia de la Corte para conocer del caso. Si alguna limitante se puede identificar a esta posible conducta estatal, radica en el hecho de que la comisión de tales crímenes implica una violación del derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*, por lo cual, su persecución y sanción es responsabilidad de todos los Estados.

Finalmente, podemos señalar que la Corte se encuentra atrapada en una disyuntiva jurídico-política que le impide modernizarse y romper con los esquemas anacrónicos que le dieron vida. Jurídica, porque la CIJ, tiene la necesidad de continuar siendo el máximo órgano judicial internacional y principal intérprete del derecho de gentes, pero se enfrenta al surgimiento de un cada vez mayor número de tribunales internacionales especializados en diferentes temáticas, y que, además, emiten sus fallos de manera más expedita. Política, porque la Corte tiene su razón de ser en la resolución de controversias entre Estados, por lo que sus fallos, además de estar apegados a derecho, deben contemplar las implicaciones metajurídicas, es decir políticas y diplomáticas que se puedan desprender de los mismos.