

EL GENOCIDIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA DEMANDA PRESENTADA POR UCRANIA CONTRA LA FEDERACIÓN RUSA

THE CRIME OF GENOCIDE IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: SOME PRELIMINARY REFLECTIONS ON THE APPLICATION FILED BY UKRAINE AGAINST RUSSIA

Autores: Pablo César Rosales Zamora
Silvio Mezarina García***

RESUMEN:

A raíz de la demanda que Ucrania ha incoado contra la Federación Rusa por haber manipulado el concepto de genocidio como una excusa para cometer un acto de agresión, cabe llevar a cabo un estudio de este crimen internacional en el plano de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a fin de analizar preliminarmente los alcances del caso y su desarrollo reciente.

(*) Profesor de Derecho Internacional Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez suplente del Tribunal Administrativo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Correo electrónico: pablo.rosalesz@upcp.pe /Código ORCID: 0000-0003-2608-7995.

(**) Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Derecho de los Tratados y Actores de las Relaciones Internacionales en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Correo electrónico: smezarinag@unmsm.edu.pe / pcrismez@upc.edu.pe /Código ORCID: 0000-0003-2666-1176.

(***)El presente artículo refleja exclusivamente la posición personal de los autores respecto del tema a tratar.

En ese sentido, el presente trabajo pretende hacer un repaso general de las opiniones y pronunciamientos que la CIJ ha hecho sobre la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el 9 de diciembre de 1948. Para ello, identificaremos algunas de las grandes líneas de razonamiento que este órgano jurisdiccional principal de las Naciones Unidas ha realizado en torno a la figura del genocidio y aventuraremos, a manera de hipótesis, el posible escenario jurídico resultante de la demanda ucraniana.

Palabras clave:

Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, Corte Internacional de Justicia, genocidio, obligación de prevención, responsabilidad internacional.

ABSTRACT:

As a result of the application that Ukraine has filed against the Russian Federation for having manipulated the concept of genocide as an excuse to commit an act of aggression, it is worth carrying out a study of this international crime at the level of the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ). The objective would be to preliminarily analyze the scope of the case and its recent development.

In this sense, the present work intends to review the ICJ's pronouncements on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted on December 9, 1948. For this purpose, we will identify some of the main lines of reasoning that this main jurisdictional body of the United Nations has carried out around the figure of genocide and will venture into the possible legal scenario resulting from the Ukrainian application.

Keywords:

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice, genocide, obligation of prevention, international responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

En el plano del derecho internacional contemporáneo, la jurisprudencia producida por los tribunales internacionales respecto del genocidio se encuentra repartida entre, por un lado, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y, por otro lado, los tribunales penales internacionales que se abocan a casos de responsabilidad individual por la comisión de crímenes contra el derecho de gentes – en especial, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) –. En este es-

cenario, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional es todavía bastante escaso hasta la fecha.

En el derecho internacional no existe una sola narrativa acerca de la configuración del genocidio. Primero porque, partiendo de los tribunales indicados, la CIJ es un tribunal de Estados (art. 34 de su Estatuto), no uno que juzgue individuos. Los Estados son ficciones jurídicas que se configuran con la presencia de población, territorio y gobierno, como lo determina el derecho internacional consuetudinario.

Los Estados no tienen alma o consciencia. En cambio, los individuos, seres de carne y hueso, pueden razonar y sentir.

A esta distinción se le suma la nota relativa al contexto en el que se desenvuelve cada tribunal internacional, puesto que cada uno posee un determinado escenario de actuación, una orientación derivada de sus normas constitutivas que se ve reflejada en su producción jurisprudencial. La interpretación del derecho internacional no ofrece respuestas absolutas, sino que se subordina necesariamente al contexto de su aplicación material, espacial, etc. (Bianchi 2015). No es lo mismo, por lo tanto, que se evalúe la comisión de genocidio en el plano de la CIJ que en el de los tribunales penales internacionales, dado que las obligaciones internacionales que se dirigen a los Estados y a los individuos respecto de este crimen internacional, no son necesariamente las mismas, con consecuencias diferenciales en aspectos como la valoración probatoria.

En este contexto, el presente artículo busca examinar el desarrollo jurisprudencial de la CIJ en torno al crimen de genocidio, con particular énfasis en su importancia para con el derecho internacional contemporáneo, sus elementos, la obligación de prevención y aspectos probatorios. Se pretende analizar el desarrollo de la jurisprudencia de la CIJ en la materia, con el propósito de identificar la contribución de este tribunal internacional hasta la fecha y los retos a futuro que este tiene, en especial a través de la reciente demanda planteada por Ucrania contra la Federación Rusa, a raíz de la intervención militar iniciada el 24 de febrero de 2022, en perjuicio de su integridad territorial¹.

2. ORIGEN DEL CONCEPTO

Suele asociarse la idea de genocidio con la edad contemporánea del derecho internacional, sobre todo por los sucesos de exterminio perpetrados por la Alemania nazi. No obstante, cabe tener presente que el exterminio de poblaciones ha sido una luctuosa constante en la historia de la humanidad, incluso los textos sagrados de algunos pueblos atestiguan la voluntad de desaparecer colectividades enteras en nombre de los “intereses nacionales” (Granados 2002; Bruneteau 2006, pp. 12 – 14).

En efecto, se ha acusado a Occidente de pretender utilizar los casos históricos recientes (v.gr. el genocidio cometido en Ruanda), como el paradigma de la barbarie, olvidando que la historia nos muestra ejemplos de exterminios masivos en nombre de alguna religión o el anhelo del progreso de pueblos o civilizaciones, supuestamente, más avanzadas que otras.

“(...), el presente artículo busca examinar el desarrollo jurisprudencial de la CIJ en torno al crimen de genocidio, (...)”

1. Es preciso advertir que los autores han preferido realizar, a lo largo del texto, sus propias traducciones a los pasajes de las sentencias u opiniones consultivas citadas, con el propósito de brindar ilación a la lectura de este artículo.

“Los actos ‘genocidas’, aunque sin el exacto contenido de lo que ese *nomen iuris* implica en la actualidad, se han ido materializando a lo largo de la historia, (...)”

En ese sentido, tales acontecimientos no son el producto aislado de la mente de líderes “perturbados” que actúan en nombre de designios malignos, sino que tienen explicaciones mucho más complejas y pueden suceder en cualquier momento y en cualquier sociedad, sea que exista un conflicto armado en curso o no (Aja Agwu 2020, p. 26).

Ahora bien, en sociedades que promueven un nacionalismo exacerbado, y que denigran a los extraños por algún tipo de razones, entre las que destaca la religión y el componente étnico cultural, las posibilidades de un estallido de exterminio que derive en una pretensión de liquidar a los extranjeros, es notablemente más alta, sobre todo, cuando se genera una atmósfera de violencia generalizada que deriva en el odio enfocado a un determinado grupo social, el mismo que es percibido como el causante de los males o el elemento desestabilizador de la nación (Aja Agwu 2020, pp. 27 – 35).

Los actos “genocidas”, aunque sin el exacto contenido de lo que ese *nomen*

*iuris*² implica en la actualidad, se han ido materializando a lo largo de la historia, habiéndose ejecutado sin consecuencias y como parte de políticas de destrucción de colectivos que se buscaba sustituir o arrasar, para luego ocupar sus territorios y/o riquezas.

Como es bien conocido, el vocablo “genocidio” fue acuñado por el iusinternacionalista Raphael Lemkin en 1944, en su trabajo “Axis Rule in Occupied Europe”, con el objeto de describir el horror nazi de aniquilación del pueblo judío. El término surge de dos raíces lingüísticas: el griego “geno” que significa tribu, raza o pueblo, y el latín “cide” (proveniente, a su vez, de “caedere”), es decir, matar (Bruneteau 2006, p. 15), como una forma de graficar el exterminio al que se había sometido al pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial (Stahn 2019, p. 33).

En el marco de una política de genocidio, los perpetradores creen ver en la existencia de un grupo humano distinto, el factor que impide o dificulta que el colectivo “elegido” disfrute de la grandeza a la cual el destino, los dioses o la naturaleza han querido otorgarle. Esa existencia “imperitante” del grupo asediado se convierte, en un torbellino de insania, en suficiente “ofensa” que amerita que sean despojados de sus vidas, cultura, tradiciones, religión, cosmovisión, etc., y deban desaparecer para siempre jamás de la historia (Stahn 2019, p. 33). Podría decirse que su supervivencia acredita el fracaso y/o la culpa del agresor, por lo que aspiran a la aniquilación total, aunque no por ello sea menos atentatoria de la existencia del grupo perjudicado.

Si bien es cierto que en el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional

2. En 1941, Winston Churchill manifestó que se estaba ante un crimen sin nombre (Stahn 2019, p. 33).

(Carta de Núremberg) no se había definido el genocidio como un delito autónomo del crimen de lesa humanidad, al poco tiempo, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución 96 (I), de fecha 11 de diciembre de 1946, por la que manifestó que el “castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional”.

Con esta resolución previa a la Convención, Naciones Unidas manifestaría su repudio por las prácticas de desaparición de colectividades enteras, al señalar que el genocidio es una brutalidad que, no solo daña a los grupos sometidos a exterminio, sino que atenta contra la humanidad, no solo por razones de la subjetiva sensibilidad que se daña con tales acciones sino porque, objetivamente, priva a la humanidad de su plenitud cultural, espiritual, o material.

La Resolución 96 (I) sirvió de cimiento a la adopción de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, la Convención o la Convención de 1948), que tuvo su entrada en vigor internacional, el 12 de enero de 1951. Este tratado, que no solo es una condena universal a este tipo de actos, contiene una serie de obligaciones internacionales para los Estados en la materia. Asimismo, la definición que se estableció en ese tratado multilateral sirvió como modelo para los posteriores estatutos de los distintos tribunales penales internacionales que se crearon a lo largo del siglo XX (Stahn 2019, p. 34).

Incluso, la Convención de 1948 tiene la virtud de extender la responsabilidad penal de los individuos en caso de actos de genocidio a tiempos de paz y cuando el gobierno atenta contra su propio pueblo (artículo IV) (Greenawalt 2020, p. 297).

3. ELEMENTOS DEL GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

La definición de genocidio es compartida, sin alteraciones, por el artículo II de la Convención de 1948, el artículo 4.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), el artículo 2.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es, por lo tanto, una definición que se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario y cuyo alcance va tanto para la responsabilidad internacional de los Estados, como para el derecho penal internacional. En el fondo, supone reconocer la gran importancia que implicó la redacción del artículo II de la Convención y el enorme impacto que ha tenido en la evolución de la definición del crimen, a la luz de los estatutos de los tribunales penales internacionales y la jurisprudencia resultante.

En esta sección, se procederá a identificar cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal del genocidio y a explicar los elementos que lo componen a nivel del derecho internacional. Por esa razón,

“[L]a Convención de 1948 tiene la virtud de extender la responsabilidad penal de los individuos en caso de actos de genocidio a tiempos de paz y cuando el gobierno atenta contra su propio pueblo.”

“Un crimen internacional es aquella conducta que se considera punible, porque es contraria a los derechos humanos y atenta contra los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto”

vale la pena reproducir el texto a través del cual se define.

El genocidio comprende, según el artículo II de la Convención de 1948:

“(…) 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 nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

3.1. Bien jurídico protegido

Una primera interrogante es sobre el bien jurídico que se quiere proteger. Un crimen internacional es aquella conducta que se considera punible, porque es contraria a

los derechos humanos y atenta contra los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto (Delgado 2016, pp. 89 – 90; Focarelli 2019, p. 453). Concretamente, en la búsqueda de protección de uno de esos valores, con la tipificación del genocidio, se busca preservar el derecho de determinados grupos a existir (Werle 2011, p. 416). Respecto a qué nos referimos con “existencia” lo explicaremos, seguidamente, cuando veamos el elemento intencional.

3.2. Estructura del crimen

El genocidio se compone, por un lado, de una serie de actos típicos, comprendidos en los literales del a) al e) del artículo II de la Convención, y, por otro lado, de la “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. Se trata, respectivamente, de la presencia de las modalidades en las que se concreta (*actus reus*), así como del *dolus specialis*, característico de este tipo de crimen internacional. Estos dos elementos, el *actus reus* y el *dolus specialis*, son indisociables, no bastando la sola presencia del primero, sino que se requiere la configuración del segundo en el hecho delictivo. A continuación, se explicarán ambos elementos.

3.2.1. *Actus reus*

Respecto a este elemento, el genocidio en el plano del derecho internacional consuetudinario se ve limitado a tres tipos (Werle 2011). En primer lugar, el genocidio físico, es decir, aquel que atenta contra la presencia física del grupo. Este genocidio físico está detallado en los literales a), b) y c) del artículo II de la Convención de 1948. En segundo lugar, el genocidio biológico, que se concreta en el literal d). En tercer lugar, el genocidio cultural, representado en el literal e). Con ello, no se quiere expresar que sean las

únicas modalidades posibles de genocidio en cada una de sus variantes, sino que cada literal se recoge como una muestra de los tipos de genocidio físico, biológico y cultural, respectivamente. Considerando esta clasificación, se procederá a explicar cada una de las modalidades delictivas:

a) **Matanza de miembros del grupo:** Esta es la primera modalidad de genocidio físico. Según los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, matanza puede significar “dar muerte” o “causar la muerte”. La diferencia sutil entre ambas frases radica en que, en el primer caso, se está ante la comisión directa del hecho delictivo y, en el segundo caso, de un dominio funcional. La matanza, por lo tanto, no requiere de la presencia física del autor.

Dado que la destrucción producida por el genocidio es total o parcialmente del grupo, no es necesario que la matanza sea a varios miembros, sino que inclusive puede ser a uno solo (Werle 2011, p. 429).

b) **Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo:** El genocidio no se reduce a la matanza de los miembros del grupo, porque también puede darse con la vulneración al derecho de integridad que tiene cualquiera de los miembros del grupo. La lesión que se debe producir se califica como “grave”. La definición de derecho internacional consuetudinario protege tanto la integridad física, como la integridad mental. En el caso de la lesión grave a la integridad física, como señala el TPIR en el caso “Seromba” (2008, párrafo 46), se trata de “tortura, violación y violencia física no letal que causa deformidades o serios daños a los órganos internos o externos”.

c) **Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial:** La diferencia con la matanza, es que, en este supuesto, se realizan acciones que, no de forma inmediata pero sí a la postre, pueden causar la muerte de los miembros del grupo. Aquí Werle (2011, p. 432) incluye como ejemplos de prácticas genocidas a “la privación de la alimentación, del vestido, del alojamiento y de la asistencia médica necesarios para vivir, al igual que una esclavitud de hecho a través de trabajos forzados”.

d) **Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo:** Este supuesto refiere a las acciones destinadas a afectar la tasa de natalidad del grupo. Como ejemplos de tales medidas, se encuentra, inter alia, “la esterilización, las medidas obligatorias de control de la natalidad, las prohibiciones de contraer matrimonio y la separación de los sexos” (Werle 2011, p. 433).

e) **Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo:** Esta es una forma especial de genocidio cultural, en la que se busca romper el vínculo identi-

“El genocidio no se reduce a la matanza de los miembros del grupo, porque también puede darse con la vulneración al derecho de integridad que tiene cualquiera de los miembros del grupo”

“El *dolus specialis* se configura con la intención y no con el mero conocimiento.”

tario de estos niños trasladados por la fuerza con sus grupos. De este modo, se atenta contra la transmisión de la historia, costumbres y lengua común al grupo.

El genocidio cultural implica destrucción del patrimonio cultural material o inmaterial de los pueblos y que implica tratar de barrer con el producto de la espiritualidad de los pueblos como una forma de extinguirlos (Novic 2016, p. 237).

Por último, debe precisarse que el derecho internacional no exige que todas las modalidades u acciones del genocidio deban realizarse conjuntamente. La frase “cualquiera de los actos mencionados a continuación” se puede interpretar en el sentido de que bastaría que se cometa genocidio físico, biológico o cultural, en cualquiera de sus modalidades concretas.

3.2.2. *Dolus specialis*

El elemento característico del genocidio no es su *actus reus*, sino el *dolus specialis* que encarna, el cual permite distinguirlo de otros crímenes internacionales (CIJ 2015, párrafo 132). Por eso, para que se

configure el hecho punible, el *actus reus* debe ir, indefectiblemente acompañado, en el plano volitivo, por la “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. Esto conduce a entender que todos los supuestos descritos requieren en el autor (o autores) la intención de destruir el grupo; sin esa intención, no sería posible que se cometa el delito de genocidio.

El *dolus specialis* se configura con la intención y no con el mero conocimiento. Esa es la diferencia básica entre los elementos subjetivos del crimen de genocidio y el crimen de lesa humanidad. Si se lee el artículo 7 del Estatuto de Roma, el crimen de lesa humanidad se define como “cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. En este caso, se exige el conocimiento de que se produce el ataque descrito, no que haya una intención de atacar. Por lo tanto, mientras el conocimiento representa la capacidad de identificar la producción del ataque, la intención es el ánimo subjetivo del agente delictivo, el propósito que este tiene de cometer cualquiera de los actos que se encuentran tipificados.

Para cometer genocidio, no basta el solo conocimiento o la sola consciencia de que se está produciendo actos que configuran ese crimen, sino que debe haber una intención dolosa de quien o quienes cometen algunas de las modalidades o acciones ya explicadas producirán la destrucción del grupo.

En este punto, la pregunta sobre qué significa destruir a un grupo en el plano del genocidio está ligada con la explicación sobre qué existencia se busca preservar con la tipificación de este crimen internacional.

Un grupo es un colectivo de personas unidas por un rasgo común. La existencia de un grupo es, en primer lugar, física. Sin las personas que componen esa colectividad, no existiría el grupo como tal. Por consiguiente, una primera interpretación a la frase “destruir total o parcialmente” responde a un suceso físico. El genocidio, bajo esta comprensión, existiría para defensa de la existencia física del grupo.

La CIJ (2015) ha confirmado este aspecto al sostener que el genocidio busca preservar a un grupo de su destrucción física. Esta aproximación parece ser adecuada, en general, para los supuestos de genocidio físico o biológico, porque, si en un caso se observa que los miembros de un grupo han sido asesinados – por ejemplo, pensando en el literal a) del crimen internacional –, entonces, habría un elemento convincente que se buscó “destruir” al grupo. Aunque la tesis de la CIJ buscaría comprender algunos supuestos que no son propiamente de carácter físico como la lesión grave mental. Como dice ese tribunal,

“causar graves ... daño mental a los miembros del grupo” en el sentido del artículo II (b), [de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio] incluso si no se refiere directamente a la destrucción física o biológica de los miembros del grupo, debe considerarse que abarca solo los actos realizados con la intención de lograr la destrucción física o biológica del grupo, en todo o en parte.” (CIJ 2015, párrafo 135).

La posición seguida por la CIJ deja de lado un aspecto fundamental, la identidad que todo grupo tiene respecto de sí. Un grupo no solamente se compone de un número determinado de personas, sino que todas ellas posean una identidad compartida que las identifica.

La mayor parte de modalidades consagradas consuetudinariamente apuntan a la destrucción física o biológica. No obstante, consideramos que la identidad común es un elemento que no debe dejarse de lado para discernir si se ha procedido con la intención de destruir físicamente a un grupo.

Adicionalmente al aspecto descrito, es importante destacar que no todos los grupos están protegidos por el genocidio a nivel del derecho internacional consuetudinario, sino solo cuatro, que son los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Se descarta de la protección convencional y consuetudinaria, por ejemplo, a los grupos políticos (Stahn 2019, p. 35).

Es un detalle importante a resaltar que ninguno de los instrumentos internacionales citados en este acápite haya precisado con exactitud cómo se definen cada uno de estos grupos. Incluso se observa esta omisión en los Elementos de los Crímenes, en el plano del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kolb (2009, pp. 839 – 840) advierte el riesgo en el intento de definir jurídicamente un concepto, puesto que se pueden eliminar

“La posición seguida por la CIJ deja de lado un aspecto fundamental, la identidad que todo grupo tiene respecto de sí”

elementos intrínsecos al concepto o incluir otros ajenos a este por contrabando. Por eso, resulta adecuado que no se haya planteado una descripción exacta de qué es cada grupo, porque esa definición corre el riesgo de no cubrir todos los supuestos posibles. Del mismo modo, el hecho que no se haya definido cada grupo, deja abierta la posibilidad de una interpretación evolutiva respecto a cada uno de los grupos en cuanto al lazo en común que los sostiene.

Cabe tener presente que la anotada falta de definición, en los casos de persecución criminal, deja la ventana abierta para posibles colisiones con el principio – derecho de legalidad, elevando el estándar probatorio y dificultando la posibilidad de condenar.

A continuación, se explica, considerando la advertencia de Kolb, algunas cuestiones generales respecto de cada grupo.

a) Grupo nacional: el lazo que une al grupo sería el compartir una misma nacionalidad (Werle 2011, p. 422). Pueden entrar en consideración, además, factores como tener el mismo lenguaje, historia y tradiciones (Werle 2011, p. 422; Stahn 2019, p. 36).

b) Grupo étnico: Como destaca Stahn (2019, p. 36), el vínculo étnico debe ser percibido y autopercebido por el grupo. No se trata de un hecho social, sino de un constructo social, habiéndose observado un cambio en la jurisprudencia, pasando de una evaluación objetiva de la etnicidad, a una

en la que simultáneamente se analizan elementos objetivos y subjetivos en la determinación de lo étnico.

c) Grupo racial: El uso del término “raza” es problemático (Werle 2011, p. 424). No obstante, el TPIR en Akayesu (1998, párrafo 514) sostuvo que la definición de raza “se basa en los rasgos físicos hereditarios que a menudo se identifican con una región geográfica, independientemente de los factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos.” De esta interpretación del TPIR, se puede extraer que se trata no solo de elementos físicos, sino de la identificación que se realiza de ese grupo en su relación con un determinado origen geográfico.

d) Grupo religioso: Es el grupo que posee una misma confesión espiritual (Werle 2011, p. 425). Se trata de una creencia compartida, independientemente, de si pertenece o no a una religión reconocida. Lo que sí, el grupo religioso tiene cierta suficiencia y estabilidad en el tiempo (Werle 2011, p. 425). Se excluye de este supuesto al grupo político, porque este, en sí, no es una religión³.

4. El genocidio en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

La CIJ ha emitido la opinión consultiva “Reservas a la Convención sobre Prevención y Sanción al Delito de Genocidio” en 1951 y dos casos que poseen la misma denominación, “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito

3. Aquí se nos presenta un dilema interesante en tanto que la distancia entre el pensamiento religioso y el campo de lo político no necesariamente es amplia y podrían presentarse casos de confusión y/o superposición. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la denominada Asociación Evangélica de la Misión Israelita del Nuevo Pacto Universal y el partido Frente Popular Agrícola del Perú, agrupaciones político religiosas peruanas que no es sencillo distinguir por emanar la segunda de la primera y por tener actividades que las involucran estrechamente.

to de Genocidio”, cuyas sentencias fueron emitidas, en cuanto al primero, en 1996 y 2007 y, en cuanto al segundo, en 2008 y 2015. En el caso de estas últimas, la primera entre Bosnia Herzegovina y Serbia y Montenegro, y la segunda entre Croacia y Serbia.

Actualmente, la CIJ se encuentra pendiente de examinar un caso con el mismo nombre (“Aplicación...”) entre Gambia y Myanmar y otro denominado “Alegación de genocidio entre bajo la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” entre Ucrania y la Federación Rusa, que es por el cual elaboramos el presente artículo.

Este escenario nos demuestra, de primera impresión, que la relación de la CIJ con el genocidio se concreta a través de la Convención, y cuyo artículo IX señala lo siguiente:

“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.”

Esta es una cláusula de competencia jurisdiccional de la CIJ lo bastante amplia como para que, fácilmente, una Parte contratante de la Convención de 1948 pueda llevar a la otra ante este tribunal internacional.

La amplitud de su competencia es porque no solo versa sobre interpretación, discusión acerca del significado de las cláusulas de ese tratado, sino también sobre la aplicación o ejecución; es decir, de cómo se debe cumplir. Este último aspecto se complementa con “la responsabilidad de

un Estado en materia de genocidio”, lo cual se puede interpretar como el acuerdo entre las Partes contratantes sobre la capacidad de la CIJ para examinar todo tipo de responsabilidad, incluyendo la responsabilidad internacional (CIJ 2007, párrafos 151 y 159), cuando se desconoce las disposiciones de la Convención de 1948. Además, la referencia a “los otros actos enumerados en el artículo III” permite cubrir no solo la comisión del genocidio, sino la asociación, la instigación, la tentativa y la complicidad para configurar este ilícito internacional.

Esto ofrece un terreno lo bastante flexible desde el punto de vista material para la competencia jurisdiccional de la CIJ y, por otro lado, también es un mecanismo automático que se puede activar por el solo hecho de ser parte de la Convención de 1948.

4.1. Opinión Consultiva sobre Reservas a la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

La Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 versó sobre la consulta planteada por

“ [L]a referencia a ‘los otros actos enumerados en el artículo III’ permite cubrir no solo la comisión del genocidio, sino la asociación, la instigación, la tentativa y la complicidad para configurar este ilícito internacional.”

“(...) la Corte manifiesta que la Convención de 1948 se basa en principios universales que van más allá de ese tratado, por lo que podría entenderse que se encuentra dentro de la categoría de normas imperativas del derecho internacional general”

la Asamblea General, a través de la Resolución 478 (V), para que la CIJ brinde, en virtud de su función consultiva, respuesta a una serie de cuestiones ligadas a la posibilidad de que un Estado pueda plantear reservas a la Convención de 1948.

Más allá incluso de destacar la profunda influencia de esta opinión consultiva en los artículos sobre reservas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, lo interesante aquí es el análisis de la Corte sobre la Convención

de 1948 y que puede clasificarse en los siguientes aspectos:

a) *Carácter universal de sus principios:* Los principios que subyacen a la Convención tienen un carácter universal, dado el bien jurídico que la condena al genocidio protege, que es el “derecho de existencia de grupos humanos enteros” (CIJ 1951, p. 23). En términos de las fuentes del derecho internacional, tales principios superan cualquier vínculo convencional (CIJ 1951, p. 23). De este modo, la Corte manifiesta que la Convención de 1948 se basa en principios universales que van más allá de ese tratado, por lo que podría entenderse que se encuentra dentro de la categoría de normas imperativas del derecho internacional general.

De ostentar esta característica, la intención de los Estados negociadores fue la de la máxima participación de la comunidad internacional (CIJ 1951, p. 24); esto implica que no se haga distinciones en cuanto a la exigencia de tales obligaciones internacionales, entre quienes participan del tratado y quienes no son parte de este. Es, por lo tanto, un tratado multilateral abierto⁴.

b) *Carácter humanitario y civilizatorio de sus propósitos:* La Convención posee este carácter dual (CIJ 1951, p. 23). El

4. En efecto, el artículo XI de la Convención de 1948 señala sobre el particular que,

“La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de todos los Estados no miembros a quienes la Asamblea General haya dirigido una invitación a este efecto.

La presente Convención será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A partir del 1.º de enero de 1950, será posible adherir a la presente Convención en nombre de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas y de todo Estado no miembro que haya recibido la invitación arriba mencionada.

Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.”

Actualmente, según la United Nations Treaty Collection, son más de 150 Estados los que son partes de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

primero por “garantizar la propia existencia de ciertos grupos humanos” y el segundo por “confirmar y avalar los más elementales principios de moralidad” (CIJ 1951, p. 23). Ello conduce a que la interpretación de la Convención de 1948 se haga considerando estos ideales, lo que lleva a descartar que este tratado sea leído solo desde un punto de vista del sentido ordinario de los términos, sino que ello se haga considerando el contexto y propósito del tratado (CIJ 2007, párrafo 160).

La Convención fue adoptada para proteger al ser humano y lograr un efecto capaz de empujar a la comunidad internacional hacia la civilización en el sentido más cuidadoso de la palabra; es decir, formar un comportamiento social en pro de la condena y repudio universal de los actos de brutalidad contra los colectivos humanos. Lo expresado en la Convención deja de ser de interés de los Estados Parte para convertirse en intereses superiores a la voluntad de estos. En otras palabras, no es solo un tratado generador de obligaciones sinalagmáticas, sino la constatación de la existencia de una moral superior que implica la obligación de preservar la dignidad humana a nivel de colectivos específicos.

A través de los años, las colectividades humanas con capacidad de autodeterminación que se han enfrentado en conflictos armados, han considerado que la guerra es una facultad que poseen como parte de su necesidad – derecho de subsistir. El derecho a la paz es apenas concebido bastante recientemente desde el siglo XIX en adelante (Rabasa 1987, p. 829). Ello no implica que el exterminio de comunidades humanas enteras haya sido tomado con normalidad o como algo jurídicamente aceptable, si bien es

cierto que prácticas de eliminación de grupos humanos específicos se haya presentado a lo largo de la humanidad para miseria de los pueblos agresores (Glynn 2009; Parker 2010).

c) *Carácter no sinalagmático*: La Convención de 1948 no obedece al principio de reciprocidad (CIJ 1951, p. 23), porque su cumplimiento no se sujeta a la lógica del *quid pro quo*, por lo que el incumplimiento de una de las partes no activa el derecho al incumplimiento de las otras.

Estos elementos proporcionan una visión clara sobre la importante significación de la Convención de 1948 para la comunidad internacional.

4.2. “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia)

Con relación a las sentencias producidas en las controversias entre Bosnia y Herzegovina y Yugoslavia, y entre Croacia y Yugoslavia, corresponde recoger aquellos aspectos esenciales que puedan servir a propósito de las implicancias del

“La Convención fue adoptada para proteger al ser humano y lograr un efecto capaz de empujar a la comunidad internacional hacia la civilización en el sentido más cuidadoso de la palabra; (...)”

“La Convención de 1948 no obedece al principio de reciprocidad (CIJ 1951, p. 23), porque su cumplimiento no se sujeta a la lógica del *quid pro quo*, (...)”

caso entre Ucrania y la Federación Rusa. Los autores consideramos fundamental resaltar que se ha preferido, en ciertos puntos de la explicación de estos casos, reflejar la posición de las partes y la postura de la CIJ, con el propósito de mostrar la complejidad que encierran varios de los aspectos del crimen de genocidio.

Para empezar es preciso anotar que los casos anotados se ubican en el contexto de la guerra yugoslava, que inicia el 25 de junio de 1991 y termina en 1995 con los Acuerdos de Dayton y París (Bruneteau 2006: p. 215).

En cuanto al primer caso, es preciso apuntar que las partes de la controversia surgieron de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia (CIJ 1996, párrafo 17). Una fecha importante a considerar es la del 6 de marzo de 1992, en la que, formalmente, la República de Bosnia y Herzegovina (en adelante, RBH) se declara independiente (CIJ 1993, párrafo 21) mediante un referéndum (Abass 2008, p. 887). RBH sostuvo que, desde esa fecha hasta la presentación de su solicitud ante la Corte, el 20 de marzo de 1993, Yugoslavia (Serbia y Montenegro) había, *inter alia*, vulnerado los artículos I, II (a), II (b), II (c), II (d), III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV y V de la Convención de 1948 sobre el territo-

rio de la RBH (CIJ 1993, párrafos 21 y 135). Se estaba alegando, por lo tanto, el incumplimiento de ese tratado multilateral por vez primera en la historia de la CIJ, en términos que no dejaron de ser bastante descriptivos de lo que acontecía ahí:

“Que la República Federativa de Yugoslavia, directamente o mediante el uso de sus sustitutos, ha violado y está violando la Convención (...), al destruir en parte y al intentar destruir en su totalidad, nacional, grupos étnicos o religiosos dentro del territorio de Bosnia y Herzegovina, pero sin limitarse a él, incluida en particular la población musulmana, por

- matar a miembros del grupo;
- causar daño físico o mental deliberado a los miembros del grupo;
- someter deliberadamente al grupo a condiciones de vida calculadas para acarrear su destrucción física total o parcial;
- imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo” (CIJ 2007, p. 68).

El 20 de marzo y el 27 de julio de 1993, la RBH solicita medidas provisionales a la Corte; lo mismo Yugoslavia el 10 de agosto de 1993, en virtud del artículo 41 del Estatuto de ese tribunal. La Corte ordenó medidas provisionales el 8 de abril y 13 de septiembre de 1993.

En el marco de una frondosa documentación, cabe resaltar que, el 15 de abril de 1994, la RBH presenta su memoria, ante lo cual Yugoslavia respondió, primero, con objeciones preliminares, el 26 de junio de 1995. La Corte emite su primera sentencia sobre el caso, el 11 de julio de 1996, pronunciándose acerca de estas excepciones preliminares. El 22 de julio de 1997, el Estado de Serbia y Montenegro presenta su contramemoria. Para esta segunda ocasión, los alegatos orales se desarro-

llaron entre los meses de febrero y mayo de 2006.

La CIJ se pronunció, finalmente, con su sentencia de mérito, el 26 febrero de 2007. Paralelamente, no se puede perder de vista que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas había conseguido finalizar su primer estudio sobre responsabilidad internacional, con el famoso “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” (PAREHII), de 2001. Eso brindaba a la Corte un material fundamental en términos de la determinación de la responsabilidad internacional de Serbia y Montenegro a la luz de la Convención de 1948.

En el plano de la sentencia de 2007, la Corte no condenó a Serbia por cometer genocidio en ninguna de las otras modalidades previstas en el artículo III de la Convención de 1948 (CIJ 2007 párrafo 471), pero sí de incumplir las medidas provisionales del 8 de abril y 13 de septiembre de 1993, de vulnerar su obligación de prevenir los sucesos de Srebrenica en julio de 1995, y de no cooperar con el TPIY en el caso Ratko Mladić.

En este contexto, un primer aspecto destacado de la sentencia de mérito es que la CIJ (2007, párrafo 161) reiteró que la prohibición de genocidio posee la naturaleza de una norma de *ius cogens*. Ya la Corte había sostenido esa caracterización en el caso de “Actividades armadas sobre el territorio del Congo” (2006, párrafo 64). Que la Corte reiterare su pronunciamiento en ese extremo da pie a catalogar, sin duda alguna, que, en el plano de la comunidad internacional la prohibición de genocidio es una regla que no admite derogación, por ser una norma de *ius cogens*.

De todos los aspectos que podrían analizarse en la sentencia de mérito de la Corte, cabe detenerse en el estudio de la

obligación de prevenir el genocidio. De la lectura de ese fallo de la CIJ, se identifican los siguientes elementos:

- a) La prevención es una obligación de conducta y no de resultados (CIJ 2007, párrafo 430). Aunque la distinción entre obligaciones de conducta y resultado sea comúnmente recurrida en el derecho interno, no ocurre lo mismo en el derecho internacional, dado que tal diferenciación no fue cristalizada en el PAREHII. No obstante, la Corte acudió a esta distinción para sostener que la obligación de prevención se somete a un estándar de debida diligencia en concreto, el cual se aplica a aquel Estado que tiene “la capacidad de influir efectivamente la acción de personas que cometen, o están cometiendo, genocidio” (CIJ 2007, párrafo 430). Tal capacidad varía de acuerdo a varios factores como retrata la CIJ (2007, párrafo 430), que señala:

“Esta capacidad depende en sí misma, entre otras cosas, de la distancia geográfica del Estado en cuestión al lugar de los hechos, y de la intensidad de los vínculos políticos, así como víncu-

“En este contexto, un primer aspecto destacado de la sentencia de mérito es que la CIJ (2007, párrafo 161) reiteró que la prohibición de genocidio posee la naturaleza de una norma de *ius cogens*”

“La presencia del estándar de debida diligencia como elemento configurador de la obligación de prevención de genocidio hace que el solo hecho de su comisión no implique, necesariamente, que se haya desconocido la obligación de prevención”

los de todo tipo, entre las autoridades de dicho Estado y los actores directos de estos eventos.”

La presencia del estándar de debida diligencia como elemento configurador de la obligación de prevención de genocidio hace que el solo hecho de su comisión no implique, necesariamente, que se haya desconocido la obligación de prevención. Para que tal incumplimiento se produzca debe faltar a la debida diligencia, lo cual solo se puede determinar en cada caso concreto.

Como señala Milanovic (2007), esta es una de las pocas veces en que la Corte adopta una postura de avanzada, puesto que, si bien limita la actuación al marco del derecho internacional, no parece necesariamente restringir la obligación de prevención del genocidio al territorio de cada Estado, solo señala una cercanía geográfica como un factor

a considerar para la determinación de la capacidad de influir. El caso entre Serbia y Montenegro vs. Bosnia y Herzegovina es el retrato de la falta de un deber de prevención, pese a tratarse de un territorio ajeno al primero, en específico, en la zona de Srebrenica.

- b) La prevención ha de realizarse a través de los medios permitidos por el derecho internacional (CIJ 2007, párrafo 430). Aunque no haya sido explicitada por la CIJ, esta afirmación guarda coherencia con el artículo 41 del PAREHII, cuando esta disposición señala, en su párrafo 1, que “[l]os Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave [de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general]”. De este modo, se descarta que, a través de la vulneración de principios como el de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, se pueda cumplir con este deber.
- c) La obligación de prevención de genocidio comienza con el conocimiento, o el deber normal de conocimiento, de un serio riesgo (“serious risk”) de comisión del genocidio (CIJ 2007, párrafo 431). Con ello, la Corte determina el momento en el que se produce el deber de actuar y, consiguientemente, el instante donde podría tener lugar el incumplimiento de la obligación de prevención señalada. La CIJ advierte que sería absurdo entender configurada la obligación desde el momento en que se produce el genocidio, dado que, desde antes de su configuración, pueden haber indicios del mismo. Aquí este tribunal internacional no dice que sea cualquier suceso, sino el que conlleve un serio riesgo de comisión de genocidio, pero sin precisar cómo es que este se configura. Para el caso de Srebrenica, retrata el empleo de este estándar, del modo siguiente:

“En tercer lugar, la Corte recuerda que, aunque no encontró que la información disponible para las autoridades de Belgrado indicase con certeza la inminencia del genocidio (...), estas últimas no podían ignorar el serio riesgo que existía a este respecto una vez que las fuerzas del [Ejército de la República de Srpska (VRS)] hubieran decidido tomar posesión del enclave de Srebrenica.” (CIJ 2007, párrafo 436).

Esta parte del razonamiento aclara el alcance del estándar, porque el “serio riesgo” no es sinónimo de inminencia en la comisión de genocidio, sino que el conocimiento debe darse sobre factores cuya conjunción en los hechos conduzcan a la posible perpetración del genocidio. La Corte no aporta una receta general sobre cuáles serían esos factores, pero podría emplearse un estándar de razonabilidad que tales elementos fácticos lleven a la posible destrucción de un grupo nacional, religioso, étnico o racial.

- d) El incumplimiento de la prevención del genocidio se somete a la regla del artículo 14, párrafo 3, del PAREHII (CIJ 2007, párrafo 431). Expresamente, esa regla señala que:

“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 periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”.

La lectura de esta regla aplicada al caso del genocidio es que, si no ocurre este crimen, no habría un incumplimiento de prevenirlo. Como ya se ha señalado, no se trata de esperar a que suceda, sino que, para efectos

de la configuración del hecho ilícito internacional, solo podrá hablarse de este cuando se cometa el genocidio.

El genocidio no tiene por qué ser cometido por el Estado, la obligación de prevenir no plantea tal exigencia. Por lo tanto, la comisión de genocidio no tiene a un tipo de autor en exclusiva, como ocurre con la definición de tortura, donde el autor debe ser un “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas” (artículo 1 numeral 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes).

4.3. “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Croacia vs. Serbia)

Además de las sentencias de 1993 y 2007, la Corte ha examinado el caso con el mismo nombre entre Croacia y Serbia, emitiendo una sentencia sobre excepciones preliminares, el 2008, y otra sobre el fondo, el año 2015.

En esta oportunidad, la CIJ emitió un fallo sobre las excepciones preliminares de Serbia con relación a la jurisdicción de la Corte, desestimando las excepciones

“El genocidio no tiene por qué ser cometido por el Estado, la obligación de prevenir no plantea tal exigencia. Por lo tanto, la comisión de genocidio no tiene a un tipo de autor en exclusiva, (...)”

“La Corte dijo, entonces, que la intención de destruir total o parcialmente a los grupos protegidos por la Convención plasma un *dolus specialis*, (...)”

de dicho Estado en torno a la capacidad de ese tribunal para conocer el caso, en tanto no tendría jurisdicción *ratione materiae*, en virtud del artículo IX de la Convención.

Recordó la Corte que, en 1999, Croacia presentó una demanda contra la antigua República Federal de Yugoslavia, por supuestas violaciones a dicho instrumento multilateral.

Como es de conocimiento, la crisis de las nacionalidades en los Balcanes no había cesado en aquellos años del fin de milenio, produciéndose nuevos reacomodos en el mapa político de la región. En efecto, la República Federal de Yugoslavia, en 2003, pasó a denominarse Serbia y Montenegro, y ese mismo año, se independizó la República de Montenegro.

La Corte consideró que el Estado continuador de la personalidad de Serbia y Montenegro (antes denominada República Federal de Yugoslavia), era la República de Serbia, mientras que la República de Montenegro era un nuevo Estado, aceptado en esa calidad por las Naciones

Unidas, que no continuaba con la personalidad legal internacional de Serbia y Montenegro.

Respecto de la jurisdicción *ratione temporis*, y la supuesta falta de competencia de la Corte, en tanto que Serbia se adhirió a la Convención en junio de 2001, habiendo sido demandada, como ya se mencionó, en 1999, la CIJ señaló que, si no se han presentado reservas a su jurisdicción, no existen límites temporales para que pueda aplicar la Convención.

Asimismo, Serbia recordó que su adhesión en 2001 había sido hecha con reserva al artículo IX de la Convención, referida a la jurisdicción de la CIJ. A esto respondió la Corte indicando que la República Federal de Yugoslavia era parte de la Convención, sin reserva al artículo IX, en la fecha de presentación de la demanda, por lo que el tribunal internacional sí poseía jurisdicción.

En cuanto al fondo del tema, la CIJ emitió un fallo el 3 de febrero de 2015, en el cual, *inter alia*, expuso que, al analizar el cumplimiento de la Convención, la Corte no solo se basaría en el referido instrumento, sino también en el derecho internacional aplicable, con énfasis en la responsabilidad internacional de los Estados y el derecho de los tratados, inclusive su sentencia sobre el caso Bosnia contra Serbia y Montenegro sobre la misma materia.

La Corte dijo, entonces, que la intención de destruir total o parcialmente a los grupos protegidos por la Convención plasma un *dolus specialis*, que necesariamente debe estar presente para que se entienda configurado el genocidio (CIJ 2015, párrafo 132), como ya habíamos anotado anteriormente.

En el caso, debe diferenciarse entre lo que las Partes en la disputa entendieron por: a) “destrucción de un grupo”, b) destrucción de un grupo “en parte”, y c) la evidencia del “*dolus specialis*” (CIJ 2015, párrafo 133). En

ese punto, la Corte se aboca a analizar los tres acápite señalados.

En primer lugar, la CIJ analizó el significado y alcance de “destrucción de un grupo”. Sobre ello Croacia argumentó que tal elemento no solo implica la destrucción física del grupo, sino el impedir que funcione como una unidad, no siendo necesario exterminar al grupo, tomando como ejemplo que el artículo II, literales b) y e) de la Convención. Se refería a la integridad mental de los miembros del grupo y al traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro (CIJ 2015, párrafo 134). A ello contestó Serbia que no es admisible el enfoque funcional que hace Croacia, siendo lo relevante la intención de llevar a cabo una efectiva destrucción del grupo, por mucho que ciertos apartados del artículo II de la Convención parecieran sugerir otra cosa (CIJ 2015, párrafo 135).

La Corte observó que, en los trabajos preparatorios de la Convención de 1948, se concibió originalmente dos tipos de genocidio. Por un lado, el genocidio físico-biológico y, por otro lado, el cultural, que fue finalmente abandonado, por lo que el texto final del tratado se orientaría, en su entendimiento, hacia la protección del exterminio físico de las personas, incluso cuando se menciona el aspecto mental y de traslado de niños de un lugar a otro porque tal hecho, al final, pueden tener el efecto de la eventual desaparición física del grupo, al dejarlo sin integrantes que puedan renovarlo (CIJ 2015, párrafo 136).

La Corte recordó que Croacia consideraba que no es necesario el exterminio del grupo para que se configure el crimen, de acuerdo a la definición del artículo II de la Convención, sino que bastaba con acreditar la intención, siendo un pequeño número de víctimas suficiente prueba de la comisión del crimen. Serbia, por otro lado, adujo que, para probar el genocidio,

era necesario que, además de verificar la intención dolosa, se constate la evidencia de la intención de exterminar; es decir, las huellas de la acción son la prueba del crimen (CIJ 2015, párrafo 137).

La Corte consideró que la frase “con la intención de destruir”, del artículo II de la Convención, debe ser entendida, usando la regla general de interpretación plasmada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según la cual los tratados deben ser interpretados de buena fe y conforme al uso corriente de los términos, por lo que, como señaló en el pasado, la intención de destruir es un elemento específico del crimen de genocidio y lo distingue de otros crímenes internacionales, como el de lesa humanidad.

En ese orden de ideas, y considerando que el grupo, como un todo o una parte, es objeto de protección por la Convención de 1948, es difícil establecer la intención con base a actos aislados, por lo que, en ausencia de prueba directa, debe existir evidencia de actos cometidos a gran escala que muestren que no solo se trata de la intención de atacar a ciertas

“La Corte observó que, en los trabajos preparatorios de la Convención de 1948, se concibió originalmente dos tipos de genocidio”

“La Corte entendió que, para el análisis de una destrucción parcial de un grupo, son diversos criterios los que deben ser analizados.”

personas por pertenecer a un grupo, sino que se busca acabar con el grupo, parcial o totalmente (CIJ 2015, párrafos 138 y 139).

Respecto del significado de la destrucción de un grupo “en parte”, para Croacia significaba, teniendo presente la jurisprudencia de la Corte y los tribunales penales internacionales, que dicha intención recaía en una parte sustancial del grupo, aunque se opuso a una visión numérica, siendo lo relevante, la ocupación geográfica, y las oportunidades que los perpetradores pueden tener de destruir. Serbia entendió que lo relevante es que se produzca una cantidad sustancial de víctimas, preocupándose por la oportunidad para perpetrar el crimen (CIJ 2015, párrafos 140 – 141).

La Corte entendió que, para el análisis de una destrucción parcial de un grupo, son diversos criterios los que deben ser analizados. Entre ellos, se requiere que la intención de destrucción debe ser sobre: a) un número sustancial o crítico, b) dentro de un área geográfica determinada, por lo que debe tenerse en cuenta el área de control y de acción del perpetrador, y, c)

la importancia emblemática y/o sustancial de la parte atacada dentro del total del grupo, debiéndose considerar las circunstancias de cada caso (CIJ 2015, párrafo 142).

En cuanto a la evidencia del “*dolus specialis*”, ambos Estados se encontraron de acuerdo en que debe verificarse la política general del Estado que perpetra el crimen, aunque considerando que es muy difícil que tal intención se encuentre expresa en algún documento o directiva oficial. Igualmente, coincidieron en que el dolo especial puede encontrarse en pruebas indirectas: deducida de ciertos tipos de conductas, no encontrándose de acuerdo en el número y naturaleza de los casos que serían relevantes (CIJ 2015, párrafo 143).

Croacia consideró que basta identificar la conducta de un pequeño número de personas, mientras que Serbia, tomando como base el Estatuto de Roma de la CPI, sostuvo que se requiere un patrón manifiesto de conductas similares, excluyéndose la posibilidad de estar frente a genocidio cuando el acto lo comete una persona o un reducido número de personas (CIJ 2015, párrafo 144).

La CIJ recordó que, a falta de un plan estatal, debería poder demostrarse que las conductas individuales responden a patrones específicos que, necesariamente, tendrían que responder a un plan general (2015, párrafo 145).

Croacia pidió a la Corte que cambie su posición restrictiva, trayendo a colación la sentencia del caso Tolimir del TPIY, en el que este tribunal penal internacional ad hoc afirmó que la obtención de pruebas sobre un plan general es tan difícil de conseguir que podría inferirse la conducta genocida del análisis de todas las pruebas en conjunto cuando esta acabe siendo la única evidencia razonable; es decir, que

la Corte debería considerar concluir que hubo dolo especial cuando sea la única explicación razonable al conjunto de los hechos acaecidos (CIJ 2015, párrafo 146).

La Corte concluyó que para que un patrón de conducta pueda ser aceptado como genocida, debe ser tan concluyente que solo pueda explicarse como la intención por cometer el señalado crimen (CIJ 2015, párrafo 148). Esto configura un estándar sumamente alto para que el genocidio se configure en los hechos.

En cuanto al análisis que la Corte hizo del *actus reus*, cabe mencionar que, en primer lugar, analizó la relación entre la Convención de 1948 y el derecho internacional humanitario (DIH), indicando la CIJ que estos constituyen dos regímenes jurídicos distintos, siendo el primero un instrumento que busca prevenir y sancionar el crimen de genocidio a nivel internacional, en toda circunstancia (ya sea en tiempo de paz o de guerra); mientras que el segundo busca regular la conducción de las hostilidades en un conflicto armado, teniendo presente la necesidad de proteger diversas categorías de personas y objetos. La Corte, en el tema en disputa, fue competente para analizar la aplicación de la Convención de 1948, aunque es verdad que, si se configurase el contexto de un conflicto armado, el análisis del DIH puede ser de utilidad para verificar si un acto en ese escenario constituye genocidio (CIJ 2015, párrafo 153).

Seguidamente, y con excepción del tema del literal e) del artículo II de la Convención, referido a traslado forzoso de niños de un grupo a otro, que no fue invocado por las Partes, se analizó el resto de los aspectos físicos objetivos referidos al *actus reus*, como veremos a continuación (CIJ 2015, párrafos 154 a 166).

Con relación a la “matanza de miembros del grupo” (literal a), no existe diferencia

entre las partes en cuanto a que se trata del acto de matar intencionalmente a miembros del grupo. Respecto de “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” (literal b), Croacia consideró que no era necesario demostrar que el daño contribuyó a la destrucción del grupo, mientras que Serbia entendió que el daño debe ser tan grave que amenace la destrucción del grupo. Para la Corte, a la luz del objeto y fin de la Convención de 1948, el daño debe ser tan gravoso que debe contribuir a la destrucción física o biológica del grupo, total o parcialmente.

Otra discrepancia fue en cuanto al significado de “grave daño mental”. Para Croacia incluiría sufrimiento psicológico generado a los familiares sobrevivientes por la desaparición de los miembros del grupo, mientras que para Serbia ese fue un tema que ingresaría en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), que no es de aplicación la Convención. Para la Corte, más allá del daño y sufrimiento psicológico que en efecto pudiera ser resultado de tales hechos, como supuesto válido dentro del artículo II (b), el daño provocado por todo

“La Corte concluyó que para que un patrón de conducta pueda ser aceptado como genocida, debe ser tan concluyente que solo pueda explicarse como la intención por cometer el señalado crimen.”

“La Corte reconoció que es un principio reconocido que la carga de la prueba recae en el demandante (*onus probandi*); sin embargo, no es un criterio absoluto (...)”

ese sufrimiento debe ser de tal magnitud que contribuya a la destrucción física o biológica del grupo, en todo o en parte.

El literal c) menciona como supuesto el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”. Se trata de métodos distintos del homicidio, que buscan la destrucción física de las personas. Se incluye entre estos métodos el privar de alimentos, de atención médica, de vivienda o de ropa, la falta de condiciones de higiene, la expulsión sistemática de las personas de sus hogares o llevarlas al agotamiento extremo como resultado del trabajo excesivo o el esfuerzo físico.

Las partes de la controversia mostraron desacuerdo sobre si el desplazamiento forzado ingresa en esta categoría al ser una forma de someter al grupo a estas condiciones para su desaparición. Para Croacia este desplazamiento, acompañado de otros actos del artículo II más la intención de destrucción del grupo, constituiría genocidio; para Serbia, de ninguna manera.

Sobre ese punto, la Corte recordó su jurisprudencia, en la que manifestó que

respecto de la deportación o el desplazamiento de los miembros de un grupo, no necesariamente es equivalente su destrucción ni consecuencia automática de tales desplazamientos, aun si son hechos a la fuerza.

En cuanto a las “medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, del literal d), de acuerdo a la posición de Croacia, la violación sexual podría ser un acto que califique de “genocidio” en el sentido del literal d). Serbia tuvo una posición distinta, al considerar que tales actos de violencia sexual solo podrían encajar con la idea del citado literal bajo comentario si se produjeran de manera sistemática. La Corte consideró que los casos de abuso sexual pueden entrar dentro de los literales b), c) y también d), cuando impidan los nacimientos dentro del grupo, siempre teniendo presente las circunstancias y el actuar sistemático contra el grupo.

En cuanto a la prueba, la Corte desarrolló los siguientes puntos: la carga de la prueba, el estándar de la prueba, y métodos de la prueba (2015: párrafos 170 a 199).

Respecto de la carga de la prueba, que normalmente recae en el demandante, adujo Croacia que, en razón de las circunstancias especiales del caso, Serbia debería haber estado en capacidad de refutar las acusaciones que se le hacen y que, de no hacerlo o no cooperar con ello, la CIJ debería considerar tales actos como un indicador importante de culpabilidad.

La Corte reconoció que es un principio reconocido que la carga de la prueba recae en el demandante (*onus probandi*); sin embargo, no es un criterio absoluto en tanto que es necesario considerar el objeto y naturaleza de la disputa que se debate. En particular, el demandante no puede estar obligado a probar un hecho

negativo (prueba diabólica). Además, el demandado tiene el deber de cooperar con la CIJ, a fin de esclarecer los hechos. No obstante, en el caso analizado, correspondió a Croacia demostrar los hechos alegados, no pudiendo exigir la Corte a Serbia que proporcione explicaciones de los hechos que alegaba el demandante.

El estándar de la prueba, por otra parte, debe ser muy alto en razón de la gravedad de las acusaciones. En efecto, la Corte estableció tal criterio en el caso Bosnia Herzegovina contra Serbia (2007), al cual nos hemos referido antes, en el que indicó que las pruebas deben ser totalmente concluyentes, y este estándar lo aplicó al caso bajo comentario.

Respecto de los métodos de prueba, la Corte estableció que se basaría en la pertinencia y valor probatorio de las pruebas ofrecidas por las partes, las cuales deben sustentar adecuadamente sus versiones de los hechos.

Con relación al cuestionamiento de Serbia, relativo a las declaraciones de testigos que no estaban firmadas, y por lo tanto no debían ser admitidas, recuerda la Corte que ni su Estatuto ni su Reglamento establecen requisitos específicos sobre el particular, teniendo las partes libertad, en ese sentido, para la presentación de sus pruebas, debiendo ese tribunal tener sumo cuidado y cautela al valorar las declaraciones por la forma y oportunidad en que se realizaron.

Finalmente, luego de revisar las pruebas, la Corte falló señalando que no encontraba responsabilidad internacional por los hechos materia de la demanda de Croacia y la posterior contrademanda de Serbia.

Como resumen de este caso, cabe mencionar, entonces, lo siguiente:

Con relación al enfoque funcional que Croacia sostuvo – que el genocidio se puede configurar cuando un grupo es impedido de “funcionar” como tal, es decir cuando el grupo no puede “ser”, al verse disminuido de tal manera que deje de tener existencia como comunidad claramente identificada –, consideramos que es admisible en tanto se trata de una forma de destrucción de la identidad de un grupo humano.

Sin embargo, si bien es cierto que, teóricamente, resulta posible apreciar la dispersión por la fuerza o medidas políticas y/o administrativas que desmiembren a un grupo y lo extingan para la historia como una forma de genocidio, para que la tesis croata fuera atendible a la luz de la Convención de 1948, dicho instrumento tendría que haber especificado algún acápite o párrafo que haga referencia al supuesto bajo análisis. En ese sentido, consideramos factible hablar de un enfoque funcional del crimen de genocidio; sin embargo, ese supuesto no parece coincidir con la lógica de la Convención, que expresamente requiere acabar físicamente con los miembros del grupo para configurar el genocidio. Ello conlleva a afirmar que el enfoque funcional no es el que el derecho internacional consuetudinario recoge.

“(...) el enfoque funcional no es el que el derecho internacional consuetudinario recoge.”

“(...) la posición que adopta la Corte es razonable, porque, más allá del número de víctimas, que puede ser grande o escaso, es indispensable considerar aspectos como el control territorial y poblacional que posee la parte perpetradora”

En lo que se refiere a la prueba del crimen *sub studium* – la posibilidad de estar frente a un acto de genocidio cuando pudiera determinarse que ha habido intención de exterminio –, el gran problema que surge es que no se puede tener una huella verificable de esa intención subjetiva, por lo que, para probar con cierto grado de certeza que se está frente a actos de genocidio, se requeriría algún tipo de verificación de actos basados en documentos oficiales que establezcan un derrotero dirigido hacia el exterminio, o a falta de esa documentación, prácticamente imposible de conseguir al ser inculminatoria para los autores, la manera objetiva de verificar se daría a través de hechos específicos. Estos serían la suma de actos concatenados, que por su naturaleza, por la forma como han sido ejecutados, o el resultado natural esperado de tales acciones, permitieran colegir que fueron destinados a la destrucción de uno o más de los grupos protegidos por la Convención.

Respecto al número de muertos que se requiere para que se vea configurado el genocidio, en tanto que se trata de un crimen de resultado, en teoría, no sería imprescindible la presencia de víctimas mortales si el resultado pudiera ser evitado y pudiera probarse la intención dolosa – la intención criminal de exterminar –.

Sin embargo, en virtud de la necesaria evidencia probatoria, consideramos que la posición que adopta la Corte es razonable, porque, más allá del número de víctimas, que puede ser grande o escaso, es indispensable considerar aspectos como el control territorial y poblacional que posee la parte perpetradora. En efecto, si un determinado grupo étnico se encuentra concentrado en una determinada región y el ataque a ese grupo implica una reducción de su número dramática o significativamente, a pesar de que, en otras áreas o territorios de ese país u otros países, pueda subsistir un número mayor, podríamos hablar de un acto de genocidio. Las posibilidades que el agresor tiene de exterminar un número aunque fuera reducido de personas y borrar del mapa a ese grupo, ya sea por una supuesta limpieza racial, o para evitar eventuales reclamaciones territoriales de un tercer estado por la población que ahí se encuentra o para anular una posible intención de independencia o autonomía, configuraría genocidio.

Respecto del *dolus specialis*, se entiende que el genocidio es cometido por un colectivo estatal o uno de características similares, por lo que es necesario verificar la existencia de un conjunto de hechos dirigidos hacia una acción masiva o de exterminio. El dolo especial no podría ser atribuido a un individuo aislado porque, al fin y al cabo, no es posible atribuirle a una persona o grupo de personas que no esté en capacidad de llevar a cabo tales actos, la autoría del crimen de genocidio. En ese sentido, no solo se requiere la intención,

sino también estar en capacidad material para llevar a cabo el acto criminal.

De este modo, la manera de probar el dolo sería verificando los sucesos y como estos podrían haberse dirigido al fin criminal específico, por ejemplo, un ataque a ciudades o poblados en los que se encuentren personas de una etnia o religión considerada como rival o no deseable. Esa selectividad a la hora de perpetrar los ataques sería un indicador de la conducta y verificaría la existencia del dolo especial.

5. EL CASO “ALEGACIÓN DE GENOCIDIO” A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El contexto de este caso parte del fracaso de los Acuerdos de Minsk de 2014 y 2015, y del reciente reconocimiento de estatalidad de dos regiones separatistas cercanas a la frontera entre Ucrania y Rusia, Donetsk y Lugansk, el 22 de febrero de 2022. Fue un reconocimiento que carecía del sustento del derecho internacional, porque no se habían configurado los elementos necesarios de estatalidad para ninguna de estas regiones (territorio, población y gobierno) (Weller 2022). Además, inmediatamente a este reconocimiento, Vladimir Putin sostuvo que los habitantes de estas provincias del Donbás, estaban siendo víctimas de la comisión de genocidio por las autoridades ucranianas. Se trataba, por lo tanto, de la construcción de un escenario destinado a justificar una intervención militar con el objeto de combatir un supuesto genocidio, aunque con su comunicación del 7 de marzo, esta argumentación decantó al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Tal intervención armada se concretó el 24 de febrero de 2022.

A raíz de estos eventos, Ucrania decidió demandar a Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, el 26 de febrero, al

amparo del ya comentado artículo IX de la Convención de 1948, para solicitarle a este tribunal internacional, lo siguiente:

“(a) Juzgue y declare que, contrario a lo que lo que la Federación Rusa sostiene, ningún acto de genocidio, como está definido en el artículo III de la Convención de Genocidio, ha sido cometido en Lugansk y Donetsk;

(b) Juzgue y declare que la Federación Rusa legalmente no puede tomar ninguna acción bajo la Convención de Genocidio en o en contra de Ucrania intentando prevenir o castigar un genocidio alegado, sobre la base de falsos reclamos de genocidio en Lugansk y Donetsk;

(c) Juzgue y declare que el reconocimiento de la Federación Rusa de la independencia de las llamadas “República Popular de Donetsk” y la “República Popular de Lugansk” están basadas en un falso reclamo de genocidio y, por lo tanto, no tienen base en la Convención de Genocidio;

“(...) Vladimir Putin sostuvo que los habitantes de estas provincias del Donbás, estaban siendo víctimas de la comisión de genocidio por las autoridades ucranianas”

- (d) Juzgue y declare que la “operación militar especial” declarada y llevada a cabo por la Federación Rusa en y después del 24 de febrero de 2022 está basada en un falso reclamo de genocidio y, por lo tanto, no tiene base en la Convención de Genocidio;
- (e) Requiere que la Federación Rusa provea seguridades y garantías de no repetición de que no tomará ninguna medida ilegal en y contra Ucrania, incluyendo el uso de la fuerza, sobre la base de un falso reclamo de genocidio;
- (f) Ordene reparación completa por todos los daños causados por la Federación Rusa como consecuencia de cualquier acción tomada sobre la base del falso reclamo ruso de genocidio.”

Hemos considerado adecuado transcribir la totalidad de peticiones que Ucrania ha formulado contra Rusia para entender que existe una conexión importante entre los eventos descritos de febrero de 2022 y la demanda formulada ante la CIJ, con el objeto de demostrar que Ucrania ha acudido a este tribunal como parte de una estrategia jurídica destinada a emplear el derecho internacional en el marco de un caso contencioso como herramienta para cuestionar la actuación rusa.

Esta estratagema nos recuerda lo sostenido por Koskenniemi y Crawford (2012), cuando señalan que lejos de lo sostenido en el siglo XIX y comienzos del XX, de que el derecho internacional se ocupa de

cuestiones menores de la sociedad internacional, la reciente política internacional no se puede comprender sin apreciar las variables jurídicas que la atraviesan. El caso “Alegación de genocidio” demuestra que el derecho internacional constituye una herramienta formidable para hacer frente a acciones fuera del *état de droit*, más si el comportamiento de la potencia rusa ha configurado un acto de agresión, en el más puro sentido del término.

El desarrollo de este caso, al momento de esta investigación, ha llegado hasta la Orden del 16 de marzo de 2022^(****) ocasión en que la CIJ resuelve la solicitud de medidas provisionales requerida por Ucrania, conjuntamente con su demanda del 26 de febrero de 2022. Esta resolución se emite en un contexto, donde Rusia no compareció a la audiencia oral programada por la Corte, el 7 y 8 de marzo de 2022.

¿Qué elementos de la Orden se conectan con la jurisprudencia desarrollada por la CIJ que se ha revisado en esta investigación? En primer lugar, la competencia jurisdiccional de la Corte sobre el artículo IX de la Convención de 1948; y, en segundo lugar, el alcance de la obligación de prevención de genocidio, sumándose un aspecto novedoso que es si este incluye (o excluye el uso de la fuerza).

La Corte cita su larga jurisprudencia sobre el concepto de controversia internacional, para determinar su jurisdicción sobre la base del artículo IX de la Convención de 1948. Acude al caso *Mavrommatis* y define a una controversia como “un des-

(****) Los desarrollos posteriores de este interesante caso, como las declaraciones de intervención de ciertos Estados (Latvia, Lituania, Nueva Zelanda y Reino Unido), serán tratados en una próxima publicación.

acuerdo sobre un punto de derecho o hecho, un conflicto de visiones jurídicas o de intereses [entre las partes]” (CIJ 2022, párrafo 28). Pero, para Rusia, la tesis ucraniana resulta artificial, dado que “la Convención no regula el uso de la fuerza entre las partes” (CIJ 2022, párrafo 32) y, puesto que el fundamento de su “operación militar especial”⁵ fue el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En suma, la demanda ucraniana, según la óptica rusa, “cae fuera del ámbito de la Convención y, por ello, de la jurisdicción de la Corte” (CIJ 2022, párrafo 34).

La argumentación rusa, aunque pueda ser criticable en el hecho que ha pasado de una fundamentación inicial basada en la supuesta comisión del crimen internacional de genocidio a sustentar su intervención en la figura de la legítima defensa, es novedosa en el sentido de querer excluir del ámbito de la Convención de 1948 la regulación del *jus ad bellum*. En efecto, de una lectura inicial o superficial de este tratado, parecería no haber una regulación directa sobre el uso de la fuerza armada.

La Corte determinó que la controversia radica en la oposición de tesis relativas a la alegación rusa de que Ucrania “ha cometido o está cometiendo genocidio en las regiones de Donetsk y Lugansk (...)” y la postura ucraniana de que “nada en la Convención autoriza a la Federación Rusa de usar la fuerza contra Ucrania como medio para cumplir su obligación bajo el artículo I del mismo de prevenir y sancionar el genocidio” (CIJ 2022, párrafo 36). Respecto a que la Corte actúa procesalmente frente a medidas provisionales, la finalidad de la Orden no es la de fallar

sobre el fondo del petitorio ucraniano, sino de determinar si tiene jurisdicción y, existiendo esa jurisdicción, si puede otorgar lo solicitado a la luz de los derechos reclamados por Ucrania.

Para determinar su jurisdicción, la CIJ rechazó la argumentación rusa de que esta potencia no haya sostenido la comisión de genocidio por las autoridades ucranianas, acudiendo a declaraciones del Comité Investigativo de la Federación Rusa (CIJ 2022, párrafo 37), a declaraciones de Putin (CIJ 2022, párrafo 38), la carta rusa circulada a nivel del Consejo de Seguridad (CIJ 2022, párrafo 39), lo sostenido por el Representante Permanente de Rusia ante Naciones Unidas (CIJ 2022, párrafos 40 y 41). Toda esta documentación hace alusión a una clara referenciación por las autoridades rusas a la comisión del crimen de genocidio por Ucrania, alegaciones tanto a nivel interno como en el marco de sus relaciones con Naciones Unidas.

Por lo tanto, habría una divergencia entre las posiciones rusa y ucraniana sobre este

“La argumentación rusa (...) es novedosa en el sentido de querer excluir del ámbito de la Convención de 1948 la regulación del *jus ad bellum*”

5. Como ha incidido Gorobets (2022), el lenguaje empleado por Rusia de “operación militar especial”, que reemplaza al término “guerra” obedece a una lógica imperialista donde no habría necesariamente una relación entre iguales.

“(...) no porque expresamente no se encuentre regulado en la Convención de 1948, deje de ser posible una lectura de un principio general del derecho internacional como la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza.”

aspecto: por un lado, una sostiene no haber cometido genocidio y la otra que sí, acudiendo a la fuerza armada por esa razón. Respecto a este último punto, la Corte no entró a tanto detalle, manifestando que habría controversia internacional también en ese sentido y que ambos aspectos entrarían bajo las disposiciones de la Convención de 1948 (CIJ 2022, párrafo 45). Esto resulta muy interesante porque la CIJ estaría ligando dos marcos jurídicos del derecho internacional en el contexto del caso, sin dejar de enfocarlos a través de las obligaciones contenidas en la citada convención, al señalar lo siguiente:

“La Corte observa al respecto que ciertos actos u omisiones pueden dar lugar a una controversia que se encuentre dentro del ámbito de más de un tratado. Por lo tanto, la afirmación de la Federación Rusa antes mencionada no impide que la Corte determine *prima facie* que la controversia presentada en la solicitud se relaciona con la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre Genocidio.” (CIJ 2022, párrafo 46).

Coincidimos con esta postura de la Corte: no porque expresamente no se encuentre regulado en la Convención de 1948, deje de ser posible una lectura de un principio general del derecho internacional como la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza. Como señala la el artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” Por lo tanto, la postura rusa no sería aceptable, puesto que el hecho que la Convención sea sobre la materia de genocidio no excluye la aplicación de los principios generales del derecho internacional, en especial el del artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que cimienta la razón de ser de esta organización internacional para erradicar el “flagelo de la guerra” (Salmón y Rosales 2014: pp. 186 y 190). Pero la Corte no se detiene solo en admitir la posibilidad del análisis de varios planos jurídicos bajo el lente de la Convención de 1948, sino que incluso llega a la siguiente aseveración:

“(...) es dudoso que la Convención, a la luz de su objeto y fin, autorice el uso unilateral de la fuerza por parte de una Parte Contratante en el territorio de otro Estado con el fin de prevenir o sancionar un presunto genocidio.” (CIJ 2022, párrafo 59).

Ciertamente, la frase “es dudoso” no es esquivada a un escenario difícil de interpretación en el cual la Corte podría aceptar el uso unilateral de la fuerza con el objeto de alcanzar las finalidades de la Convención de 1948. No obstante, la frase podría también interpretarse en el contexto procesal de la emisión de la Orden, por la cual se está atendiendo la solicitud de medidas provisionales, donde la CIJ estaría buscando evitar pronunciarse deta-

lladamente sobre el fondo. Aunque como ha notado la jueza Xue Hanqin, de cierto modo, este tribunal ya estaría adelantando su posición (Milanovic 2022). La delgada línea entre otorgar las medidas provisionales y utilizar argumentos que luego empleará a nivel de la sentencia de mérito desvirtúa, lamentablemente, la diferenciación entre las resoluciones que emite la Corte y produce un escenario que pone en cuestionamiento su labor jurisdiccional a raíz de este caso.

Pese a ello, la última palabra sobre este tema no está todavía definida porque falta el pronunciamiento de la sentencia de fondo. A nivel probatorio, queda claro que Ucrania no podrá probar aquello que no realizó, por lo que la carga de la prueba de la supuesta comisión de genocidio recaería sobre Rusia. El intento de cambiar la fundamentación de su “operación militar especial” al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y justificar el empleo del término “genocidio” en el discurso de Putin ya da la sospecha que Rusia asume un escenario difícil en el que pueda demostrar que Ucrania ha cometido genocidio, más aun apreciando el estándar restringido que hemos podido visualizar en la jurisprudencia de la Corte, en especial en los casos de 2007 y 2015.

6. CONCLUSIÓN

El genocidio es un crimen internacional al cual no solo se le ha prestado atención desde la óptica del derecho penal internacional, sino también en el marco del derecho internacional general. Lamentablemente, es una noción que de por sí es limitada tanto en su *actus reus*, como en cuanto a los grupos humanos protegidos en el contexto de su *dolus specialis*, lo cual ha generado múltiples cuestionamientos no solo desde el Derecho, sino también desde otras visiones.

Ahora bien, la definición del crimen de gentes prevista en el plano de la Convención de 1948 ha demostrado no solo ser una que está presente en el plano convencional, sino también consuetudinario, contrariamente a lo que Rusia recientemente ha sostenido en el caso de “Alegaciones de genocidio”.

No obstante que el genocidio pueda recibir múltiples miradas y no solo desde el ángulo jurisdiccional, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia presenta sus propias particularidades, no solo porque no constituye un tribunal penal internacional, y por lo tanto no pretende establecer la responsabilidad penal de un individuo por cometer crímenes internacionales, sino también porque la figura misma de genocidio demuestra ser compleja en cuanto a su probanza, más si nos encontramos en una controversia entre Estados. La dimensión del *dolus specialis* es de naturaleza compleja y ha conducido a una jurisprudencia que arroja más dificultades que soluciones.

La solicitud de Ucrania abre las puertas a que la CIJ siga pronunciándose acerca de la Convención de 1948 y varios de sus artículos. Aquí debe recordarse que la Corte no obedece a un criterio de precedente vinculante, por lo que no desaparece la posibilidad de que los desarrollos alcanzados podrían ser alterados en un futuro. La investigación que hemos realizado muestra ciertos argumentos que la CIJ ha sostenido sobre algunas de las principales obligaciones que la Convención de 1948 encierra. Si un elemento parece perfilarse con claridad respecto al caso analizado entre Ucrania y Rusia que, más allá de cual sea el nivel de involucramiento de este segundo Estado en el proceso, se puede identificar que acudir a la Corte en el contexto de la “operación militar especial” resultó ser una estrategia jurídica conveniente para Ucrania en la pers-

pectiva de desacreditar la actuación rusa, pero con un costo inesperado en cuanto a la actuación de la Corte.

En ese sentido, la Corte ha adquirido con esta solicitud un rol instrumental de la política internacional. Aunque ello sea una maniobra inteligente por parte de Ucrania, no deja de generar problemas en cuanto a la labor que la CIJ ejerce en el plano de las relaciones internacionales, porque parece utilizársele no tanto por un fin de resolver jurídicamente un caso de fondo, sino, simplemente, para buscar un espaldarazo jurídico de una de las instituciones más respetables a nivel del derecho internacional.

Si bien es cierto los grupos protegidos del genocidio por el derecho internacional convencional y consuetudinario son cuatro: grupo nacional, étnico, racial o religioso, la demanda incoada por Ucrania contra Rusia puede ser la oportunidad para llevar a cabo el estudio de casos en

los que la distancia y/o coincidencia con colectivos como grupos políticos, colectivos no religiosos, minorías etarias, sexuales, de género, etc., podría generar “zonas grises” y la necesidad por repensar nuevas formas de protección a nivel internacional.

En cuanto a los temas relativos a tipificación del crimen, la comunidad internacional debe estar atenta a los sucesos que se vienen dando en el enfrentamiento militar entre Rusia y Ucrania debido a que existe un alto contenido de rivalidades étnicas en la región en disputa. En efecto, la necesidad por implementar políticas de “rusificación” o “ucranización” en la frontera puede llevar a que las fuerzas armadas de una u otra parte tengan la “tentación” de desplazar comunidades rivales enteras. Al tener control del territorio, y al ser significativa la cantidad de personas de la etnia rival presentes en la zona, los beligerantes podrían cruzar fatalmente la línea y hundirse en la miseria del genocidio. ◆

REFERENCIAS

- Abass, A. (2007). Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur, *Fordham International Law Journal*, 31 (4), pp. 871 – 910.
- Aja Agwu, Fred (2020) *Africa and International Criminal Justice. Radical Evils and the International Criminal Court*. New York: Routledge.
- Bianchi, A. *The Game of Interpretation in International Law: The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle*. En: Bianchi, A.; Peat, D.; Windsor, M. (2015). *Interpretation in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Bruneteau, B. (2006). *El siglo de los genocidios. Violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda*, Madrid: Alianza Editorial.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2019). *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y del proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura*. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/25/PDF/G1914725.pdf?OpenElement>
- Corte Internacional de Justicia (1951). *Opinión consultiva sobre Reservas a la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*.
- Corte Internacional de Justicia (1993). *Aplicación de la República de Bosnia y Herzegovina en el caso de “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/7199.pdf>
- Corte Internacional de Justicia (1996). *Sentencia sobre el caso “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia [Serbia y Montenegro])*.
- Corte Internacional de Justicia (2006). *Sentencia sobre “Actividades armadas sobre el territorio del Congo” (República Democrática del Congo vs. Ruanda)*.
- Corte Internacional de Justicia (2007). *Sentencia sobre el caso “Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia [Serbia y Montenegro])*.
- Corte Internacional de Justicia (2015). *Aplicación de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio (Croacia vs. Serbia)*.
- Corte Internacional de Justicia (2022). *Orden de medidas provisionales en el caso “Alegación de genocidio bajo la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”*
- Crawford, J.; Koskeniemi, M. (2012). *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Delgado, P. (2016). *Crímenes internacionales. Implementación del Estatuto de Roma al Código Penal Peruano*. Lima: Motivensa S.R.L.
- Gorobets, K. (2022). *Russian “Special Military Operation” and the Language of Empire*, *OpinioJuris*. Recuperado de: <http://opiniojuris.org/2022/05/24/russian-special-military-operation-and-the-language-of-empire/>

- Granados, Juan Manuel (2002) "Guerra santa" en el Antiguo Testamento y en el Corán. En: *Theologia Xaveriana* N.º 141. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Greenawalt, Alexander K.A. (2020) What is an International Crime? En: *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Editado por K. Heller, et al., Oxford: Oxford University Press.
- Focarelli, C. (2019). *International Law*, Cheltenham/Northampton: Elgar.
- Kolb, R. (2009). Observation sur l'évolution du concept de jus cogens, *Revue générale de droit international public*, pp. 837-850.
- Milanovic, M. (2007). State Responsibility for Genocide: A Follow-Up, *European Journal of International Law*, 18 (4), pp. 669 – 694.
- Milanovic, M. (2022). Ukraine Files ICJ Claim against Russia, *EJIL: Talk!*, 27 de febrero de 2022. Recuperado de: <<https://www.ejiltalk.org/ukraine-files-icj-claim-against-russia/>>
- Mc Glynn, Sean (2009) *A hierro y fuego. Las atrocidades de la guerra en la Edad Media*. Crítica. Barcelona.
- Naciones Unidas. Asamblea General. El crimen de genocidio – Resolución 96 (I) / 1946, de fecha 11 de diciembre de 1946.
- Novic, Elisa (2016). *The Concept of Cultural Genocide. An International Law Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Parker, Geoffrey (Ed.) (2010) *Historia de la guerra*. Madrid: Akal.
- Rabasa, Emilio (1987) *El orden internacional, la paz y el derecho*. En: *Congreso Internacional sobre la paz*. Tomo II, México: UNAM.
- Salmón, E.; Rosales, P. (2014). Rusia y la anexión de Crimea o la crisis de la post Guerra Fría, *Derecho PUCP*, (73), pp. 185 – 204.
- Schabas, W. (2009). *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Stahn, Carsten (2019) *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1998). *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2008). *The Prosecutor v. Athanase Seromba (Appeal Judgement)*, ICTR-2001-66-A.
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Weller, M. (2022). Russia's Recognition of the 'Separatist Republics' in Ukraine was Manifestly Unlawful, *EJIL: Talk!*, 9 de marzo de 2022. Recuperado de: <<https://www.ejiltalk.org/russias-recognition-of-the-separatist-republics-in-ukraine-was-manifestly-unlawful/>>