

## EL GENOCIDIO COMO CRIMEN DE ESTADO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: NUEVOS DESAFÍOS PARA UNA VIEJA JURISDICCIÓN

Natalia M. LUTERSTEIN (UBA)\*

---

Fecha de recepción: 22 de abril de 2024

Fecha de aceptación: 2 de noviembre de 2024

### Resumen

El trabajo analiza algunos aspectos de los casos presentados ante la Corte Internacional de Justicia por la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En particular, se examinan la legitimación activa para incoar un caso basada en la violación de obligaciones *erga omnes partes*, el elemento subjetivo especial del genocidio en el caso de los Estados y el uso de decisiones de tribunales penales internacionales como evidencia en un caso inter-estatal. Se afirma que estos casos le exigen a la Corte Internacional de Justicia ingresar en el análisis de un nuevo tipo de controversias inter-estatales que va más allá de una clásica disputa bilateral y en las que, además de cuestiones jurídicas, deben discutirse cuestiones fácticas vinculadas con la comisión de crímenes internacionales. Ello entraña la necesidad de que la Corte desarrolle nuevas metodologías de trabajo y adopte un rol que le permita hacer frente a los nuevos desafíos.

*Palabras clave:* Genocidio – Responsabilidad del Estado – Corte Internacional de Justicia

**Title:** *Genocide as a State Crime before the International Court of Justice: New Challenges for an Old Jurisdiction*

### Abstract

This paper analyses certain features of the proceedings brought before the International Court of Justice alleging the violation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. In particular, it examines the legal standing based on the breach of *erga omnes* obligations, the special subjective element of the crime of genocide in cases of State responsibility and the use of decisions of international criminal tribunals as evidence in an inter-state dispute. It

is submitted that these cases require that the International Court of Justice enter into the analysis of a new type of controversies, going beyond the classic bilateral dispute. Moreover, apart from legal issues, the Court has to determine factual issues related to the commission of international crimes. This entails the need for the development of a new working methodology and the adoption of a role which will allow it to face new challenges.

*Keywords:* Genocide – State responsibility – International Court of Justice

**Sumario:** I. Introducción; II. El crimen de genocidio: una breve aproximación; III. La obligación del Estado de no cometer genocidio; IV. Los casos pendientes de resolución; V. A modo de conclusión: Nuevas herramientas para una jurisdicción tradicional; VI. Bibliografía

## I. Introducción

En las dos últimas décadas, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, “Convención contra el Genocidio”)<sup>1</sup> ha sido invocada ante la Corte Internacional de Justicia en seis ocasiones para discutir la responsabilidad del Estado por la comisión de este crimen. Estos desarrollos podrían resultar sorprendentes para las delegaciones que negociaron la Convención entre 1947 y 1948, puesto que la Convención fue adoptada con un perfil primariamente penal y concebida por la gran mayoría de los Estados negociadores como un instrumento para establecer responsabilidad penal individual. Asimismo, las primeras instancias de aplicación internacional jurisdiccional del tratado llevadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, “TPIR”) se vincularon precisamente con esa perspectiva en el contexto del desarrollo del derecho internacional penal.

Los casos presentados ante la Corte Internacional de Justicia le ofrecieron a este tribunal la posibilidad de reflexionar sobre las características de este crimen desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, la metodología utilizada hasta la fecha da cuenta del impacto de la determinación de la responsabilidad internacional penal del individuo y de los conceptos del derecho penal para ese análisis.

---

<sup>1</sup> Si bien el nombre oficial de la Convención en español se refiere al “delito” de genocidio, cabe señalar que la versión en inglés utiliza la frase “*crime of genocide*”. En el presente trabajo se hablará del crimen de genocidio por considerar que el término refleja de manera más adecuada el tipo de normas internacionales involucradas: las normas imperativas.

Este trabajo examinará algunas de las cuestiones que surgen de los procedimientos incoados ante la Corte Internacional de Justicia relativos a la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio. Debido a la extensión, resulta imposible abarcarlos todos adecuadamente. En consecuencia, se analizará, en primer lugar, la legitimación activa para incoar un caso basada en la violación de obligaciones *erga omnes partes* contenidas en la Convención contra el Genocidio, luego, el elemento subjetivo especial en el caso de los Estados y, por último, el uso de decisiones de tribunales penales internacionales como evidencia en un caso interestatal. Se sostendrá que este nuevo tipo de controversias, que va más allá de una clásica disputa bilateral, requiere una revisión de la metodología de trabajo de la Corte Internacional de Justicia.

## II. El crimen de genocidio: una breve aproximación

El término “genocidio” fue acuñado por el jurista polaco Rafael LEMKIN en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944).<sup>2</sup> LEMKIN se encargó de darle un nombre a este crimen a través de un neologismo, en el que combinó el término griego “*genos*”, que significa raza o tribu, con el vocablo en latín “*cide*” o “*caedere*”, que significa matar.<sup>3</sup>

La Convención contra el Genocidio fue adoptada el 9 de diciembre de 1948 luego de dos años de negociaciones en las que tomaron parte la Secretaría, el Consejo Económico y Social y el Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 12 de enero de 1951 una vez que alcanzó los 20 instrumentos de ratificación requeridos por el artículo XIII. Actualmente, la Convención cuenta con 153 Estados parte.<sup>4</sup>

La Convención contra el Genocidio afirma en su artículo I que se trata de un crimen internacional y en el artículo II lo define como:

---

<sup>2</sup> El título en inglés original es *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Se hace referencia aquí a la edición en español, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009.

<sup>3</sup> LEMKIN, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009 [1944], p. 153.

<sup>4</sup> UNTS, vol. 78, p. 777. El último Estado en obligarse por el tratado fue el Zambia, el 20 de abril de 2022. Véase [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=IV-1&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-1&chapter=4&clang=en) (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

(...) cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La estructura del artículo II está dividida en dos partes. En el primer párrafo, muchas veces llamado *chapeau*, se encuentra, por un lado, el elemento subjetivo especial (“la intención de destruir total o parcialmente” a un grupo determinado como tal) y, por el otro, la enumeración de cuáles son esos grupos protegidos por la Convención (grupo nacional, étnico, racial o religioso). En el segundo párrafo figuran los actos que pueden constituir genocidio, es decir, las conductas que pueden ser consideradas como actos genocidas.

El crimen de genocidio requiere un dolo especial (o una intención específica<sup>5</sup> o ulterior)<sup>6</sup> conforme el cual los actos de genocidio deben ser llevados a cabo con “la intención de destruir total o parcialmente” al grupo atacado. Se trata de un elemento adicional al dolo que se exige en la comisión de todos los crímenes internacionales. Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de

---

<sup>5</sup> SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, University Press, 2009, p. 270.

<sup>6</sup> AMBOS, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009, p. 835. Este autor rechaza el uso de las expresiones “intención especial” o “intención específica” y prefiere “intención ulterior” en el sentido de que da cuenta de una doble estructura de la intención, pero no de una gradación de la intensidad de la intención (*idem*, pp. 843-844). Por su parte, en el caso *Jelisić*, la Sala de Apelaciones del TPIY señaló que usaría el término “intención específica”, aclarando en la nota al pie 45 que no atribuía a ese término ningún significado proveniente de jurisdicciones nacionales (cf. TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelisić”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, párr. 45). En este trabajo se usarán los términos de manera indistinta.

una intención genuina en el sentido de que el perpetrador debe considerar que, a través de sus actos, conseguirá la destrucción parcial o total del grupo.<sup>7</sup> Asimismo, al exigir que la intención sea la de destruir al grupo “como tal”, la Convención busca dejar en claro que la víctima del crimen es elegida por su pertenencia al grupo atacado.

A los fines de la configuración del crimen, no resulta necesario que el perpetrador logre su cometido de destruir total o parcialmente a un grupo porque el factor que debe tenerse en cuenta es su intención de hacerlo.<sup>8</sup> Además, de la letra del artículo II no surge la condición de que se busque una eliminación total, sino que basta con que sea parcial. Como de los trabajos preparatorios de la Convención no se revela con claridad el significado de “parcialmente”,<sup>9</sup> se han propuesto diversas interpretaciones para determinar qué contenido otorgarle a dicho adverbio. Por ejemplo, la Sala de Apelaciones del TPIY ha sostenido que debe tratarse de una parte sustancial del grupo.<sup>10</sup> Una posición similar ha sido adoptada por la Corte Internacional de Justicia.<sup>11</sup> Para ello, debería tomarse en cuenta el tamaño numérico de la parte del grupo atacada, lo que no podría ser evaluado en términos absolutos.<sup>12</sup> Asimismo, se ha sugerido una postura que considera criterios cualitativos, que analiza la cuestión en relación con el daño irreparable a las chances del grupo de sobrevivir que podría causar la destrucción de una parcialidad, como el estrato social, político o económico.<sup>13</sup> Esto se vincula más con la noción de una parte “significativa” del grupo y no tanto con una parte “sustancial”, que tendría vínculo con el aspecto cuantitativo.<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> CASSESE / GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, University Press, 2013, p. 119.

<sup>8</sup> JESSBERGER, “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 107; SCHABAS, *supra* nota 5, p. 277). Véase también TPIY, Sala de Juicio, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 2 de agosto de 2001, párr. 584.

<sup>9</sup> SCHABAS, *supra* nota 5, p. 276.

<sup>10</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 19 de abril de 2004, párr. 8.

<sup>11</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro”, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 26 de febrero de 2007, p. 43 (en adelante, “Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007”), párr. 198.

<sup>12</sup> En un sentido similar, el Informe “Whitaker” afirmó que, a fin de “que la gravedad del concepto de genocidio no se devalúe ni diluya por la inflación de casos que se derivaría de una interpretación demasiado amplia”, se sugería considerar tanto la escala proporcional como del número total de víctimas del grupo (cf. Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 29).

<sup>13</sup> SCHABAS, *supra* nota 5, p. 281.

<sup>14</sup> Cf. METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford, University Press, 2019, p. 185.

Finalmente, cabe mencionar que, si bien el artículo III de la Convención contra el Genocidio incluye una lista de “actos”, su significado es diferente de aquel utilizado en el artículo II, pues, en realidad, este prevé diferentes modos de responsabilidad, como la complicidad, e infracciones imperfectas, como la conspiración y la instigación directa y pública a cometer genocidio. Estas infracciones han sido incluidas con el fin de expandir el alcance del crimen, pues permiten criminalizar más actos vinculados a este, lo que respondería a la naturaleza única del genocidio.<sup>15</sup>

### III. La obligación del Estado de no cometer genocidio

Además de definir el crimen de genocidio, la Convención de 1948 impone a los Estados partes diversas obligaciones, como la de prevenir y sancionar su comisión (artículo I), la adopción de las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de sus disposiciones y el establecimiento de sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III (artículo V) y la de conceder la extradición cuando proceda, de conformidad con su legislación y los tratados vigentes (artículo VII). Se trata claramente de obligaciones impuestas a los Estados y no a los individuos.

Sin embargo, de ningún artículo surge expresamente que los Estados tengan, además, la obligación de no cometer el crimen de genocidio. La definición del artículo II de la Convención contra el Genocidio no contiene ningún elemento que se relacione expresamente con las acciones del Estado ni menciona explícitamente un contexto colectivo. El artículo sigue un patrón similar a las tipificaciones domésticas de los delitos, desde una perspectiva individual, aunque sin fijar la sanción correspondiente, algo que la Convención dejó en cabeza de las legislaciones nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

Cuando la Convención fue negociada entre 1947 y 1948, las delegaciones discutieron si la comisión de este crimen podía generar no solo la responsabilidad penal de los individuos, sino también la de los Estados. A pesar de que varias propuestas del Reino Unido para involucrar expresamente ambas responsabilidades fueron rechazadas,<sup>16</sup> finalmente se aceptó incluir una

---

<sup>15</sup> OHLIN, “Incitement and conspiracy to commit genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford, University Press, 2009, p. 207; SCHABAS, *supra* nota 5, p. 308.

<sup>16</sup> En primer lugar, el Reino Unido sugirió que el artículo I estableciera que los Estados partes de la Convención se obligaban a no cometer genocidio, a prevenirlo y a sancionarlo. Véase UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948 y UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948. Asimismo, presentó una enmienda al proyecto de artículo V (actual

cláusula compromisoria por la que los Estados partes acordaron que, en caso de controversias entre ellos relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la 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”, estas se pudieran someter ante la Corte Internacional de Justicia.

Esta cláusula que le otorga un título de jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia fue utilizada recién por primera vez casi cincuenta años después de adoptada la Convención. Los casos presentados por Bosnia Herzegovina y Croacia contra Serbia en el contexto del conflicto armado luego del desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia<sup>17</sup> le ofrecieron a la Corte la primera oportunidad para discutir si la comisión del genocidio podía generar la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La Corte Internacional de Justicia respondió de manera afirmativa y abrió la puerta para convertirse actualmente en un foro en el que se discute el crimen de genocidio en cuatro casos diferentes.

En su sentencia de 2007 del caso que Bosnia Herzegovina presentó contra Serbia, la Corte afirmó por primera vez que de la Convención de 1948 surgía, aunque de manera implícita, la obligación para los Estados de no cometer genocidio. En primer lugar, observó que el artículo IX le otorga jurisdicción sobre controversias relacionadas con la responsabilidad del Estado.<sup>18</sup> Sin embargo, su argumento central se apoyó principalmente en el artículo I de la Convención.<sup>19</sup>

---

artículo IV) en la que proponía agregar al texto que la responsabilidad criminal por el crimen de genocidio se extendería a los Estados y gobiernos, o a órganos o autoridades del Estado o de gobiernos que cometieran dichos actos que, cuando fueren cometidos por o en nombre del Estado o del gobierno, constituirían una violación de la Convención. Véase UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948.

<sup>17</sup> Para más información sobre el conflicto, Véase, entre muchos otros, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 232-241; DIMITRIJEVIC / MILANOVIĆ, “The strange story of the Bosnian Genocide Case”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008.

<sup>18</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 159.

<sup>19</sup> Algunos de los jueces opinaron en disidencia respecto de la existencia de la obligación convencional para los Estados de no cometer genocidio. Por ejemplo, el juez TOMKA afirmó que se trataba de una Convención de derecho internacional penal y que, por lo tanto, versaba sobre la responsabilidad de los individuos por la comisión del genocidio, no de los Estados (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez TOMKA, párr. 39). En la misma línea, los jueces SHI y KOROMA señalaron que afirmar que el Estado podía ser directamente responsable por el crimen de genocidio era cuestionable e incompatible con el objeto y fin de la Convención, que solo establece la responsabilidad penal de los individuos, pues, al momento de su adopción no existía la noción de

Para su análisis, la Corte recurrió a la regla de interpretación de los tratados receptada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,<sup>20</sup> que requiere que sean leídos de buena fe, según el significado ordinario de los términos dentro de su contexto y a la luz de su objeto y fin.<sup>21</sup> En este sentido, observó que la Convención contra el Genocidio contiene dos proposiciones que sostienen la existencia de dicha obligación. La primera es la afirmación de que el genocidio es un crimen internacional, lo que ya había sido señalado por la Asamblea General en su Resolución AG 96(I), anterior a la Convención, y reforzada en su opinión consultiva de 1951, cuya prohibición había considerado de naturaleza imperativa.<sup>22</sup> La segunda se refiere al compromiso de los Estados partes de prevenir y sancionar el genocidio. La Corte afirmó que, a la luz del objeto de la Convención, el artículo I conlleva de forma inherente la prohibición de su comisión. En ese sentido, sostuvo que

Sería paradójico si los Estados tuvieran la obligación de prevenir, en la medida de su poder, la comisión del genocidio por personas sobre las cuales ejercen cierta influencia, pero no estuviesen vedados de cometer dichos actos a través de sus órganos o de personas sobre las cuales ejercen un control firme tal que su conducta resultaría atribuible al Estado concernido, de acuerdo con el derecho internacional.<sup>23</sup>

---

crimen de Estado y, en la actualidad, tampoco se prevé la responsabilidad penal estatal (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Declaración Conjunta de los jueces SHI y KOROMA, párr. 1).

<sup>20</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) UNTS, vol. 1155, p. 31.

<sup>21</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 160.

<sup>22</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 161. Cabe indicar que en el texto de la opinión consultiva de 1951 no se utilizó expresamente el término “norma imperativa”, sino que se afirmó que los principios que subyacen a la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin que exista una obligación convencional (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, p. 15, p. 23).

<sup>23</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 166: “It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law” (traducción propia).

De esta manera, determinó que la Convención contra el Genocidio contiene una dualidad de responsabilidades,<sup>24</sup> una característica constante del derecho internacional, reflejada, tanto en el artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>25</sup> como en el artículo 58 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, “los Artículos de la CDI”).<sup>26</sup> Esta característica ha sido calificada también como una “responsabilidad bifurcada”<sup>27</sup>, “tipos mellizos” de responsabilidad<sup>28</sup> o un régimen de responsabilidad dual.<sup>29</sup> Esto implica, respecto de la misma base fáctica, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (atribuible a un Estado) y un crimen internacional (imputable a un individuo).

Asimismo, afirmó que la obligación de no cometer genocidio se extiende a las otras modalidades y actos mencionados en el artículo III: a) genocidio (se refiere a la autoría por la comisión del crimen; b) asociación (*conspiracy*)<sup>30</sup> para cometer genocidio, c) instigación directa y pública a cometer genocidio, d) tentativa de genocidio, y e) complicidad en el genocidio, mencionados expresamente en el artículo IX.<sup>31</sup>

En línea con una perspectiva tradicional del derecho internacional, a pesar de reconocer que el Estado puede cometer el crimen de genocidio y de que los actos mencionados en el artículo III responden a la lógica del derecho penal y la responsabilidad individual,<sup>32</sup> la Corte sostuvo que la

---

<sup>24</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 163.

<sup>25</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional. UNTS, vol. 2187, p. 3 (e.v. 1/07/2002). El artículo 25.4 dispone: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

<sup>26</sup> Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo de la Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 12 de diciembre de 2001. El artículo 58 establece: “Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado”.

<sup>27</sup> MAY, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008 y HAMILTON, “State-Enabled Crimes”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016.

<sup>28</sup> FLETCHER, “A wolf in sheep’s clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 39, 2016, p. 453.

<sup>29</sup> BONAFÉ, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

<sup>30</sup> Como la conspiración es efectivamente una asociación o acuerdo para cometer un crimen, podría explicarse la traducción en el hecho de que como se trata de una infracción imperfecta propia de los sistemas angloamericanos y no tiene un equivalente en los sistemas romano-germánicos, no se eligió una traducción literal, sino descriptiva.

<sup>31</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 167.

<sup>32</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 167.

obligación de no cometerlo no tiene naturaleza penal, pues se trata de una obligación que surge del derecho internacional.<sup>33</sup>

Sin perjuicio de ello, es interesante remarcar que, en su sentencia, la Corte no solamente aplicó nociones de derecho penal —como, por ejemplo, complicidad, instigación, *mens rea*— sino que, además, como se explicará *infra*, aceptó como prueba las resoluciones y conclusiones de un tribunal penal que, sin dudas y como resulta natural, se basó en criterios penalistas al adoptarlas.<sup>34</sup>

En 2015, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, en el marco de la controversia entre Croacia y Serbia por la alegada violación de la Convención de 1948, también en el contexto del conflicto de los Balcanes de la década de 1990. En su sentencia, la Corte retomó los conceptos que había desarrollado en la decisión de 2007. En este sentido, a pesar de las opiniones disidentes adjuntadas a dicha sentencia, la Corte no volvió sobre la discusión acerca de la obligación convencional del Estado de no cometer genocidio, sino que implícitamente dio por sentada su existencia y prosiguió con el análisis de la responsabilidad de Croacia y de Serbia por la comisión del crimen.

Con ese fin, la Corte adoptó una metodología similar a la desarrollada en 2007, determinando, en primer lugar, si se habían configurado los elementos objetivos de los actos de genocidio establecidos en el artículo II de la Convención, y, en caso positivo, si se habían llevado a cabo con el dolo especial requerido del genocidio.<sup>35</sup> Al igual que en 2007, se apoyó en las determinaciones fácticas realizadas por el TPIY,<sup>36</sup> y sostuvo que se habían cometido matanzas y lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo.<sup>37</sup> No obstante, y al igual que el TPIY, la Corte llegó a la conclusión de que el elemento subjetivo de dolo especial de genocidio no podía establecerse respecto de Serbia ni de Croacia, por lo que rechazó la acción original y la reconvencción.

---

<sup>33</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 170.

<sup>34</sup> SEIBERT-FOHR, “State responsibility for Genocide under the Genocide Convention”, en GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 360.

<sup>35</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Croacia vs. Serbia”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 3 de febrero de 2015, (en adelante, “*Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*”), párr. 201.

<sup>36</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 208, 300, 335, 353, 371, 376, 384, 387, 392, entre otros.

<sup>37</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 401.

#### **IV. Los casos pendientes de resolución**

Actualmente, la Corte Internacional de Justicia tiene ante sí cuatro asuntos que versan sobre la Convención contra el Genocidio. No se trata de casos idénticos a los yugoslavos, sino que entrañan nuevas discusiones y oportunidades de revisar algunas de las conclusiones de las sentencias de 2007 y 2015. En este trabajo, se examinarán en particular los casos iniciados por Gambia contra Myanmar, Sudáfrica contra Israel y Nicaragua contra la República Federal de Alemania. No se examinará el caso presentado por Ucrania contra la Federación Rusa porque allí no se discute si este Estado cometió genocidio, sino que Ucrania ha solicitado a la Corte que declare que, contrariamente a lo sostenido por la Federación Rusa, no ha cometido genocidio en las regiones (*oblasts*) de Luhansk y Donetsk. Se trata de un planteo invertido en el sentido de que, a diferencia de otros casos, no se requiere que la Federación Rusa se abstenga de cometer el crimen, sino que se declare que Ucrania no lo ha cometido. El alcance limitado del caso en su estado actual se debe a que el segundo planteo de Ucrania, que sostenía que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de ese Estado a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio, fue rechazado por la Corte Internacional de Justicia en la etapa de excepciones preliminares. La Corte entendió que la alegación de Ucrania con respecto a que el argumento utilizado por la Federación Rusa era de mala fe no entrañaba una violación de la Convención contra el Genocidio y, por lo tanto, los agravios relacionados con la legalidad de las operaciones militares rusas a luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario quedaban fuera de su competencia material en el caso en razón de que el título jurisdiccional invocado era el artículo IX de la Convención de 1948.<sup>38</sup>

##### **1. La legitimación de los Estados partes de la Convención de 1948: la litigación de interés público en el ámbito internacional**

El primer caso en el que se invocó la violación de la Convención contra el Genocidio luego de los casos yugoslavos fue la acción incoada por Gambia contra el Estado de Myanmar el 11 de

---

<sup>38</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Ucrania vs. Federación Rusa", *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 2 de febrero de 2024, en particular, párrs. 146-147.

noviembre de 2019.<sup>39</sup> En su presentación inicial, Gambia afirmó que el gobierno de Myanmar adoptó y condonó actos contra miembros del grupo étnico, racial y religioso Rohingya, como por ejemplo, matanzas, lesiones graves contra la integridad física y mental, el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos dentro de grupo y traslados por la fuerza, es decir, todos los actos previstos por el artículo II de la Convención. Asimismo, sobre la base del artículo III, alegó que, además de la comisión de genocidio, Myanmar había incurrido en la asociación para cometer genocidio, la tentativa del genocidio y la instigación directa y pública a cometer genocidio, así como la complicidad y la violación del deber de prevenir y sancionar el genocidio y el deber de adoptar legislación interna para implementar las disposiciones de la Convención.

Una de las particularidades que presenta este caso es que la legitimación de Gambia no surge del hecho de que se trata de un Estado lesionado de conformidad con el artículo 42 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, como ocurría en los casos de Bosnia Herzegovina o de Croacia, sino que Gambia ha basado su legitimación en la naturaleza de norma imperativa de la prohibición de genocidio y en las obligaciones *erga omnes partes* que surgen de la Convención.<sup>40</sup> Myanmar había cuestionado la legitimación de Gambia afirmando que la Corte Internacional de Justicia no acepta la llamada *actio popularis*.<sup>41</sup> Se hace referencia aquí a la sentencia conjunta dictada en 1966 en los casos llevados por Etiopía y por Liberia contra Sudáfrica por la situación en África Sudoccidental.<sup>42</sup> Liberia y Etiopía habían sostenido que Sudáfrica se encontraba en violación del Mandato que le había otorgado la Sociedad de Naciones sobre el territorio de África Sudoccidental en tanto autoridad administrativa por haber impuesto el sistema del *apartheid*. En su fallo, la Corte rechazó la existencia de una *actio popularis* que otorgaría legitimación a Liberia y a Etiopía para actuar en nombre de la comunidad internacional y de un interés público.<sup>43</sup> Para ello, sostuvo que las consideraciones humanitarias no eran suficientes por sí

---

<sup>39</sup> Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

<sup>40</sup> Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 15.

<sup>41</sup> Cf. *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

<sup>42</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica", *South West Africa Cases (second phase)*, 18 de julio de 1966.

<sup>43</sup> *Idem*, párr. 88.

mismas para generar derechos y obligaciones legales, pues era una Corte de derecho y solo podía tomar en cuenta principios morales en tanto tuvieran una expresión en una forma jurídica. La Corte Internacional de Justicia recibió muchas críticas por esta sentencia<sup>44</sup> y, como reacción, cambió el rumbo en el caso *Barcelona Traction*.<sup>45</sup> Fue precisamente en ese asunto la primera vez que la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes*. Allí sostuvo que, debido a la importancia de los derechos involucrados en dichas obligaciones, todos los Estados tienen un interés legal en su protección.<sup>46</sup> En este punto, cabe recordar que el artículo 48 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional amplía el universo de Estados con derecho a invocar la responsabilidad para incluir Estados diferentes del Estado lesionado en los casos de violación de una obligación que existe con relación a toda la comunidad internacional en su conjunto, lo que es considerado un reflejo de la doctrina de *Barcelona Traction*. En esos supuestos, todos los Estados pueden, por un lado, reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, y, por el otro, reclamar en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada, el cumplimiento de la obligación de reparación.

En su decisión del 22 de julio de 2022 la Corte rechazó las cuatro excepciones preliminares que había interpuesto Myanmar.<sup>47</sup> En lo referido a la legitimación, sostuvo que el hecho de que Gambia no fuera un Estado especialmente afectado (o directamente lesionado) no impedía que invocara la responsabilidad de Myanmar ante el tribunal puesto que la Convención contra el

---

<sup>44</sup> Cf. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 376.

<sup>45</sup> Cf. PINTO, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 15-16.

<sup>46</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bélgica vs. España”, *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (new application: 1962), 5 de febrero de 1970, párrs. 33-34. En su sentencia, la Corte mencionó dentro de este tipo de obligaciones a la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, a los principios y reglas relacionados con los derechos humanos básicos, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.

<sup>47</sup> El 20 de enero de 2022, Myanmar presentó un escrito alegando cuatro excepciones preliminares respecto de la jurisdicción de la Corte: 1) Gambia no era el solicitante real, sino que estaba actuando en nombre de la Organización para la Cooperación Islámica y, por lo tanto, la Corte no tiene competencia personal sobre el asunto; 2) Gambia no tenía legitimación para incoar la acción porque no es un Estado lesionado y la Corte no acepta la llamada *actio popularis* y porque, además, Bangladesh, quien gozaría de dicha legitimación, había hecho una reserva al artículo IX de la Convención contra el Genocidio; 3) la reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención contra el Genocidio impediría que la Corte ejerza su jurisdicción; y 4) no existía una controversia real. Cf. *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

Genocidio contenía obligaciones *erga omnes* partes. Con cita de la opinión consultiva de 1951,<sup>48</sup> la Corte afirmó que todos los Estados parte de la Convención tienen un interés común de asegurar la prevención y sanción del genocidio. Estos intereses comunes implican que las obligaciones les son debidas por cualquier Estado parte a todos los demás Estados partes.<sup>49</sup> Agregó que, a fin de incoar una acción, el Estado no debe demostrar que sus nacionales se encuentran afectados por el crimen de genocidio, observando que, frecuentemente, las víctimas del crimen son nacionales del propio Estado presuntamente involucrado.<sup>50</sup>

De manera similar, Sudáfrica inició un procedimiento contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia el 29 de diciembre de 2023.<sup>51</sup> En su presentación, le requirió a la Corte que declare que Israel es responsable por la comisión de genocidio a través de actos de matanzas, lesiones graves contra la integridad física y mental y el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, por instigación directa y pública a cometer genocidio y por no prevenir ni sancionar dicha instigación cometida por funcionarios gubernamentales de alto nivel en el contexto del actual conflicto armado con Hamas.<sup>52</sup> El caso se encuentra en las instancias iniciales por lo que la Corte aún no ha decidido de manera definitiva la legitimación de Sudáfrica para presentar el caso. No obstante, en la primera orden de medidas provisionales, dictada el 26 de enero de 2024, manifestó que tenía jurisdicción *prima facie* para entender en la controversia. En esa decisión reiteró la doctrina sentada en el caso de Myanmar y reafirmó que los Estados parte de la Convención tienen un interés común de asegurar el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas, cuya naturaleza *erga omnes* implica que cualquier Estado parte puede invocar la responsabilidad de otro Estado parte.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p. 15.

<sup>49</sup> “Gambia vs. Myanmar”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 22 de julio de 2022, párrs. 106-107. La jueza XUE emitió un voto en disidencia con relación a este punto.

<sup>50</sup> *Idem*, párr. 109.

<sup>51</sup> Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

<sup>52</sup> Cf. Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 110, incisos d) y h).

<sup>53</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sudáfrica vs. Israel”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párr. 33. Cabe observar que, en este caso, la jueza XUE votó a favor del dictado de las medidas. En su declaración, aclaró que, si bien consideraba que el derecho y la práctica relativos a las obligaciones *erga omnes* se encuentran aún en estado de desarrollo, entendió que, como se trataba de proteger a un

Finalmente, el caso más reciente es el presentado el 1 de marzo de 2024 por Nicaragua contra la República Federal de Alemania, también relativo al actual conflicto armado entre Israel y Hamas.<sup>54</sup> En su presentación, Nicaragua alegó que la República Federal de Alemania, al proveer apoyo político, financiero y militar a Israel con conocimiento de que el equipamiento militar sería usado para la comisión de infracciones graves al derecho internacional y permitirle a Israel cometer actos de genocidio y otras atrocidades, violó su obligación de prevenir el crimen de genocidio y la obligación de asegurar el cumplimiento del derecho internacional humanitario, reconocida en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En el mismo sentido, sostuvo que la suspensión de asistencia a la Agencia de las Naciones Unidas de Ayuda y Trabajo para los Refugiados Palestinos (conocida como “UNRWA” por sus siglas en inglés) también puso en riesgo la asistencia efectiva de las víctimas de las atrocidades cometidas.<sup>55</sup>

En línea con los casos anteriores, Nicaragua justificó su legitimación en el hecho de que se trata de obligaciones de carácter *erga omnes* respecto de las cuales todos los Estados tienen un interés común en asegurar su respeto, citando la decisión en el caso de Myanmar.<sup>56</sup> La Corte no se ha expedido aún sobre su jurisdicción y, como ha rechazado la solicitud de medidas provisionales presentada por Nicaragua por entender que no se configuraban los requisitos necesarios, no la ha

---

grupo como los palestinos, que lucha por su libre determinación contra una potencia ocupante, de un desastre humanitario catastrófico que amenaza su existencia, resultaba menos controversial afirmar que la comunidad internacional tiene un interés común en su protección. Cf. Declaración de la jueza XUE, párrs. 2-4.

<sup>54</sup> Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025). El caso incluye alegaciones de violaciones de la Convención contra el Genocidio, así como del derecho internacional humanitario en virtud del artículo IX de la Convención contra el Genocidio y de las declaraciones facultativas previstas en el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia realizadas tanto por Nicaragua como por la República Federal de Alemania que extienden en este caso la jurisdicción de la Corte más allá de la Convención contra el Genocidio y, por lo tanto, su competencia material. Véanse párrs. 20-25. Por otro lado, cabe señalar, asimismo, que Nicaragua ha solicitado intervenir como tercer Estado parte (de acuerdo con el artículo 62 del Estatuto de la Corte) en la controversia entre Sudáfrica e Israel. Dicha solicitud aún no ha sido resuelta por la Corte. Sobre esta cuestión, cabe observar que la solicitud de intervención de Nicaragua se apoya en un artículo diferente al resto del gran número de solicitudes de intervención que se han presentado en los casos pendientes sobre la Convención contra el Genocidio, que se basaron en el artículo 63 del Estatuto, que no implica una intervención como una parte de la controversia, sino que se trata solamente de Estados partes de la Convención que buscan aportar su interpretación de las obligaciones que de ella emanan.

<sup>55</sup> Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 13-18.

<sup>56</sup> Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 89-90.

examinado ni siquiera de manera *prima facie*.<sup>57</sup> Sin embargo, no parece que la Corte vaya a modificar su postura sobre la legitimación activa de las partes de la Convención contra el Genocidio. En todo caso, la discusión en este asunto podría versar sobre la legitimación pasiva de la República Federal de Alemania, puesto que, a diferencia de los casos de Myanmar y Sudáfrica, no se ha invocado la responsabilidad de este Estado por la comisión del crimen de genocidio, sino su asistencia en la alegada comisión del crimen por parte de Israel y su violación del deber de prevención, previsto en la Convención.

El problema que allí se presenta es que, como se explicará más adelante, para la configuración de la violación de las obligaciones de prevenir el genocidio y de no asistir en su comisión se requiere una determinación de la comisión de dicho crimen por Israel, Estado que no es parte en la controversia. Ello entraña una discusión sobre la aplicación al caso de la llamada “Regla del Oro Amonedado” (*Monetary Gold Rule*), desarrollada por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre la controversia entre Italia, por un lado, y Francia, el Reino Unido y Estados Unidos, por el otro. Allí, la Corte entendió que no podía ejercer jurisdicción sobre el caso, puesto que el dictado del fallo afectaría no solamente intereses jurídicos de Albania, sino que estos conformaban el objeto mismo del reclamo y, en ausencia del consentimiento de ese Estado, el proceso estaba impedido de continuar.<sup>58</sup> Esta doctrina fue reiterada por la Corte en los casos de Ciertas tierras fosfatadas (*Nauru vs. Australia*)<sup>59</sup> y de Timor Oriental (*Portugal vs. Australia*).<sup>60</sup> Esto quiere decir que si la solicitud de Nicaragua de declarar la responsabilidad de Alemania requiere la determinación de la responsabilidad de Israel por la comisión del crimen de genocidio

---

<sup>57</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Nicaragua v. Alemania”, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the occupied Palestinian territory*, 30 de abril de 2024.

<sup>58</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Italia vs. Francia, Reino Unido y Estados Unidos”, *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943*, 15 de junio de 1954, I.C. J. Reports 1954, p. 19, p. 32.

<sup>59</sup> En esta sentencia, la Corte entendió que la regla no se aplicaba porque, a diferencia del caso del Oro Amonedado, los intereses de Nueva Zelanda y del Reino Unido no conformaban el objeto del asunto. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Nauru vs. Australia”, *Case concerning certain phosphate lands in Nauru*, 26 de junio de 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 240, párr. 55.

<sup>60</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Australia vs. Portugal”, *Case concerning East Timor*, 30 de junio de 1995, I.C.J. Reports 1995, p. 90, párr. 28.

y este Estado no consiente ser parte de dicha controversia, la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el caso, al menos en lo que respecta al crimen de genocidio.<sup>61</sup>

## 2. El elemento subjetivo del genocidio estatal

El elemento subjetivo es el factor que distingue al genocidio de otros crímenes internacionales. Al requerir que la intención sea la de destruir al grupo “como tal”, lo que se busca es dejar en claro que la víctima del crimen fue elegida por su pertenencia al grupo atacado. Esta intención específica o dolo especial ha sido exigido tanto en las instancias de responsabilidad del individuo<sup>62</sup> como en las de responsabilidad del Estado. En ambos casos, este elemento ha presentado dificultades para su conceptualización y prueba.

En el supuesto de la responsabilidad del Estado, tales dificultades se relacionan con la discusión acerca de la posibilidad de identificar el estado mental de una persona jurídica.<sup>63</sup> A los

---

<sup>61</sup> Como fuera mencionado, a diferencia del resto de los casos, en virtud de los títulos de jurisdicción invocados por Nicaragua, el caso versa no solamente sobre la Convención contra el Genocidio, sino también sobre violaciones al derecho internacional humanitario. La aplicación de la Regla del Oro Amonedado respecto de estas obligaciones resulta más debatible. Al respecto, ver LONGOBARDO, , “Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary gold Principle”, en *EJIL: Talk!*, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/alleged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/> [enlace verificado el día 10 de marzo de 2025] y WENTKER / STENDEL, “Conspicuously Absent: The indispensable Third Party Principle at the ICJ in Nicaragua v. Germany”, en *VerfBlog*, 2024, disponible en <https://verfassungsblog.de/conspicuously-absent/> [enlace verificado el 10 de marzo de 2025].

<sup>62</sup> En este trabajo no se analizarán las discusiones relativas a la conceptualización del dolo especial en el caso de la responsabilidad penal internacional del individuo. Al respecto, véase, entre muchos otros, GIL GIL, “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual”, en OLÁSULO, H. / EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; KRESS, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide: The case against Al Bashir”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, University Press, 2015; AMBOS, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009; JESSBERGER, , “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009; VEST, “A Structure-based Concept of Genocidal Intent”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007; ARNOLD, “The mens rea of genocide under the Statute of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n.º 2, 2003; TRIFFTERER, , “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 2001; y GREENWALT, “Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based interpretation”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999.

<sup>63</sup> KELSEN, por ejemplo, ya había observado que el Estado no tiene alma y, por lo tanto, la atribución de responsabilidad es una construcción jurídica y no una descripción de una realidad natural (“Collective and Individual Responsibility in International Law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, n.º 5, 1943, p. 533). Me refiero aquí a los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado previstos en los Artículos

finde de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio se han sugerido dos caminos en relación con la prueba del elemento subjetivo: la intención específica se prueba con el dolo especial de las personas cuyas conductas pueden atribuirse al Estado o, en su lugar, se utiliza la prueba de un patrón de conducta o contexto que dé cuenta de la intención del Estado.

La primera opción puede entrañar la dificultad de que el dolo especial deba probarse respecto de una pluralidad diversa no determinada de individuos con distintos roles en el aparato estatal.<sup>64</sup> No resulta claro qué criterios deberían aplicarse para identificar cuáles serían esos individuos. ¿Se trata solamente de aquellos que ocupan las posiciones más altas en el Estado o de aplicar todas las reglas de atribución previstas por los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional? Si se adoptara la postura más restringida que solo considera relevante la conducta de los/as líderes del Estado, entonces ello entrañaría una obstáculo para acceder a la evidencia,<sup>65</sup> como ocurrió en el caso de Bosnia Herzegovina, en el que Serbia se negó a entregar un documento requerido por el Estado demandante alegando razones de seguridad de Estado.<sup>66</sup> En ese caso, la Corte Internacional de Justicia consideró probada la comisión del crimen y, en particular, la configuración del elemento subjetivo especial, sobre la base de dos condenas penales del TPIY contra comandantes del ejército serbio-bosnio, es decir, se trataba de dos militares de alto rango, pero no de aquellos con la posición más alta de las fuerzas armadas involucradas.<sup>67</sup> Sin embargo, no entendió probados los requisitos para atribuir dichas conductas al Estado de Serbia, lo que resultó una cuestión separada de la configuración de la intención genocida. Ello quiere decir que la intención genocida

---

de la CDI, entendiéndolo como un sujeto internacional, diferente de los individuos, también considerados sujetos del derecho internacional, a quienes se les aplica el régimen de responsabilidad desarrollado por el derecho internacional penal.

<sup>64</sup> BONAFÉ, *supra* nota 29, p. 123.

<sup>65</sup> LOEWENSTEIN / KOSTAS, "Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 847.

<sup>66</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 204-206. Se trataba de las minutas de las reuniones del Consejo Supremo de Defensa, que estaba conformado por los oficiales militares y políticos de mayor rango de Serbia. Bosnia Herzegovina había alegado que el acceso a los documentos sin expurgaciones podía demostrar las órdenes impartidas por Serbia al ejército serbio-bosnio (VRS).

<sup>67</sup> Cabe aclarar que, al momento del dictado de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, los procesos penales contra las máximas autoridades de la República Srpska, Radko MLADIC, jefe del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio, y Radovan KARADZIK, presidente de la República serbio-bosnia de Srpska, no habían comenzado. Asimismo, el juicio contra Slobodan MILOSEVIC, presidente de la República de Serbia, había sido archivado por el fallecimiento del acusado en 2006.

o el dolo especial forma parte del elemento objetivo de la responsabilidad del Estado,<sup>68</sup> pues se examina para determinar si existió o no una violación a una obligación internacional, en este caso, de la prohibición de cometer genocidio, contenida en el artículo I de la Convención de 1948. Finalmente, cabe observar que este enfoque hace depender la posibilidad de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio de una condena individual previa, pues no se explica cómo se identificaría el dolo especial en casos de ausencia de dicha condena. En el caso de *Croacia vs. Serbia* la Corte Internacional de Justicia reiteró esta posición, observando que, en ausencia de un plan del Estado en el que se expresara la intención genocida, esta podía inferirse de las conductas individuales de los perpetradores.<sup>69</sup>

Por su parte, la segunda alternativa, que puede resultar más objetiva, presenta el desafío de determinar el umbral de dicho patrón que, además, no se encuentra mencionado expresamente en la definición de crimen de genocidio, por lo que requerirá de un esfuerzo interpretativo para justificarlo.

En el caso de *Bosnia Herzegovina vs. Serbia*, la Corte Internacional de Justicia examinó de modo subsidiario si el dolo especial podía probarse sobre la base de un patrón de actos llevados a cabo por Serbia en todo el territorio de Bosnia Herzegovina. La Corte aceptó entonces que, si de los hechos alegados surgía evidencia persuasiva y consistente de un patrón de atrocidades, ello podría constituir prueba del dolo especial de Serbia. A tal fin, se debía probar de forma convincente la existencia de un plan general con el fin de destruir total o parcialmente un grupo. Para que un patrón de conducta sea aceptado como prueba de tal intención, la Corte entendió que esta debe

---

<sup>68</sup> De acuerdo a los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado, el hecho ilícito está compuesto por un elemento objetivo (la violación de una norma internacional) y un elemento subjetivo (la atribución de esa violación a un Estado). Véase Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001, artículo 2.

<sup>69</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 145. Cabe señalar, no obstante, que el juez SKOTNIKOV señaló que la Corte no tenía la capacidad para determinar la existencia de la intención genocida, pues se trata de un elemento que hace a la responsabilidad individual (el elemento subjetivo). La tarea de la Corte debería limitarse a si individuos cometieron actos genocidas y si pueden generar responsabilidad estatal a través de las reglas de atribución. Opinión separada del juez SKOTNIKOV, párrs. 10, 13 y 14.

ser la única consecuencia posible que surja de dicho patrón,<sup>70</sup> lo que equivale a un alto umbral de prueba, similar al aplicado por los tribunales penales internacionales.

En el caso de *Croacia vs. Serbia*, en ausencia de condenas individuales por genocidio ante el TPIY, Croacia había enumerado una serie de factores alegando que, tomados de manera individual o conjunta, probaban la política sistemática serbia de atacar a croatas con el fin de eliminar dicho grupo.<sup>71</sup> De todos los factores señalados por Croacia, la Corte consideró como más importantes solamente aquellos relacionados con la escala y naturaleza sistemática de los ataques, el hecho de que hubieran causado más víctimas y daño que lo justificado por la necesidad militar, el ataque específico contra los croatas y la naturaleza, extensión y grado de las lesiones causadas.<sup>72</sup> Sin embargo, sobre la base de la jurisprudencia del TPIY, entendió que la intención genocida no era la única inferencia razonable que podía extraerse de ese patrón de conducta.<sup>73</sup>

Surge, entonces, que en ambas sentencias la Corte Internacional de Justicia aplicó inferencias para la identificación del elemento subjetivo del genocidio, como también lo han hecho los tribunales penales internacionales, ya que, en la mayoría de los casos, no existe prueba directa de la intención específica del autor, por lo que se recurre al contexto general.<sup>74</sup> Ello confirma que la Corte eligió seguir el camino individual de la prueba de la intención genocida por sobre el camino colectivo.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 373.

<sup>71</sup> Ellos incluían la doctrina política del expansionismo serbio para formar la “Gran Serbia”; las declaraciones públicas oficiales y propaganda de los medios de comunicación controlados por el Estado que demonizaban a los croatas; patrones de ataques contra grupos croatas que excedían los objetivos militares legítimos y necesarios; la naturaleza sistemática y la escala de los ataques contra grupos croatas; el hecho de que los croatas eran siempre atacados, mientras que los serbios eran excluidos; el hecho de que durante la ocupación, las personas de etnia croata y su propiedad debían identificarse; el uso de lenguaje étnicamente despectivo durante la comisión de actos de matanza, tortura y violación; el saqueo y destrucción sistemático de monumentos religiosos; y la supresión de la cultura y prácticas religiosas croatas. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 148.

<sup>72</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 413.

<sup>73</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 440.

<sup>74</sup> BONAFÈ, *supra* nota 29, p. 131. Véase, entre otros, TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelisić”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10-A, párr. 47; TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić”, *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123.

<sup>75</sup> Sin embargo, no todos los/as jueces/zas acordaron con el resultado de dichas inferencias. En su opinión disidente, el juez CANÇADO TRINDADE consideró que la mayoría había establecido un umbral demasiado alto que no se condecía con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y que, además, el estándar de prueba elegido resultaba

La elección de la metodología por la Corte Internacional de Justicia parece haber respondido a un criterio práctico que facilitó su tarea: apoyarse en las determinaciones de un tribunal penal creado, precisamente, para identificar los elementos del crimen de genocidio, cuestión que será analizada en detalle en el siguiente apartado. Esta metodología será puesta a prueba en los casos pendientes, puesto que no existen sentencias de un tribunal penal que hubieran determinado la responsabilidad penal de personas cuyas conductas puedan ser atribuibles al Estado.

Sin embargo, en el caso de Myanmar contra Gambia, la Corte tiene ante sí dos informes de la Misión Internacional Independiente de Investigación creada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que hicieron referencia a la comisión del crimen de genocidio.<sup>76</sup> Uno de ellos analiza la responsabilidad individual,<sup>77</sup> mientras que el otro, la responsabilidad del Estado por genocidio<sup>78</sup>. Allí, entendió que existían motivos razonables para creer que ciertas personas podían ser juzgadas penalmente por el crimen de genocidio y que el Estado de Myanmar había cometido el hecho internacionalmente ilícito de genocidio, respectivamente. Es decir, a diferencia de los casos yugoslavos, si bien no se cuenta con una determinación jurisdiccional de la responsabilidad internacional por genocidio, sí existe aquí un documento de un órgano internacional de investigación que ya ha determinado la responsabilidad del Estado y de ciertos individuos cuya conducta podría serle atribuida al Estado. Sin embargo, en ambos documentos la Misión trabajó con un umbral de prueba más bajo que el aplicado por los tribunales internacionales (“más allá de toda duda razonable”) que definió como “motivos razonables para creer”, lo que genera algunas dudas respecto del uso que de ellos hará la Corte Internacional de Justicia.

---

completamente inadecuado para la determinación de la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos de las personas de manera individual o en grupo. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 459-460. En la misma línea, en su opinión separada, el juez GAJA consideró que determinar la existencia del elemento subjetivo puede llevar a conclusiones diferentes en los casos de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de los individuos que actúen en su nombre. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez GAJA, párr. 3.

<sup>76</sup> Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 6.

<sup>77</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/39/CRP.2, 17 de septiembre de 2018 (en adelante, “Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018”), párr. 1418.

<sup>78</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/42/CRP.5, 16 de septiembre de 2019 (en adelante, “Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019”).

Asimismo, cabe señalar que, en el caso de la responsabilidad del Estado, la Misión recibió el criterio de inferir el dolo especial a través de un patrón de conducta o contexto que demuestre la intención del Estado. En este sentido identificó ciertos factores para concluir que la única inferencia posible era la intención genocida de Myanmar.<sup>79</sup> Estos factores coinciden con los invocados por Croacia y rechazados por la Corte como suficientes para concluir la existencia de la intención genocida como única inferencia razonable.<sup>80</sup>

En consecuencia, no existe certeza de que la Corte vaya a adoptar las conclusiones de la Misión en su informe de 2019 y considere probado el dolo especial sobre la base de un patrón de conducta. Tampoco surge con claridad que decida apoyarse en el examen que la Misión hizo de la responsabilidad penal individual para llevar a cabo su propio análisis de la responsabilidad de Estado, siguiendo la metodología utilizada en 2007 y 2015, puesto que, como fuera indicado, aparece el obstáculo relativo al estándar de prueba utilizado por la Misión, que resulta más bajo que el aplicado por la Corte en sus sentencias de 2007 y 2015.

En el caso iniciado por Sudáfrica, a fin de afirmar la existencia del dolo especial de genocidio, en su escrito inicial, este Estado hizo referencia a expresiones de funcionarios israelíes de alto rango, como el primer ministro, el presidente, el ministro de defensa, el ministro de seguridad nacional, el ministro de energía e infraestructura, el ministro de finanzas, el ministro de patrimonio, el ministro de agricultura y el vicepresidente del Parlamento, así como de oficiales militares.<sup>81</sup> Sudáfrica sostuvo que tales declaraciones indicaban un claro intento de destruir a los palestinos de Gaza como grupo. Al mismo tiempo, las consideró una instigación directa y pública

---

<sup>79</sup> Entre ellos, la Misión mencionó extrema brutalidad de los ataques del Tatmadaw; la naturaleza organizada de la destrucción; la naturaleza sexual de la enorme violencia perpetrada con las mujeres y niñas durante las “clearance operations”; las expresiones insultantes, discriminatorias, racistas y de exclusión de los funcionarios de Myanmar y otros antes, durante y luego de las operaciones; la existencia de planes y políticas discriminatorias, como la Ley de Ciudadanía, y los esfuerzos del gobierno de limpiar, confiscar y construir sobre la tierra de los Rohingya con miras a cambiar la composición demográfica y étnica del estado de Rakhine y reducir la proporción de Rohingya; la tolerancia del gobierno respecto de la retórica pública de odio y desprecio respecto de los Rohingya; y el hecho de que el Estado no investigó ni enjuició las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Cf. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 224.

<sup>80</sup> Para un análisis más exhaustivo de la cuestión, ver LUTERSTEIN, “‘Gambia vs. Myanmar’ y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas del juego?”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. / ESPÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, La Ley, 2022.

<sup>81</sup> Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párrs. 101-102.

a cometer genocidio. Agregó que se infería claramente de los actos del ejército israelí en el terreno, desde el vasto número de muertos y heridos civiles a la escala del desplazamiento, destrucción y devastación en Gaza, que las declaraciones y directivas genocidas estaban siendo implementadas contra el pueblo palestino.<sup>82</sup> Por otro lado, observó que la retórica genocida era transmitida por los medios de comunicación israelíes de la sociedad civil.<sup>83</sup> Como modo de prueba, Sudáfrica citó una serie de documentos de diferentes agencias y mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas en las que se reconocía la intención genocida de Israel.<sup>84</sup> En consecuencia, surge que en su escrito de inicio, Sudáfrica alegó la configuración del dolo especial sobre la base de declaraciones deshumanizantes de altos funcionarios civiles y militares israelíes, cuya conducta puede ser atribuida al Estado de acuerdo con los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que impactaban sobre las operaciones militares. Cabe señalar que, en sus alegatos orales relativos a la solicitud de medidas provisionales, Sudáfrica hizo alusión expresa a un patrón sistemático de conducta que surgía de dichas operaciones militares y de las declaraciones de los líderes en los más altos niveles del Estado y de oficiales militares del que se podía inferir el crimen de genocidio, aunque observó que, en esa instancia, no se requería prueba de que la única inferencia razonable era la intención genocida.<sup>85</sup>

En su Orden de Medidas Provisionales, la Corte se basó en documentos de diferentes agencias de las Naciones Unidas y tomó nota de declaraciones de diversos funcionarios gubernamentales israelíes de alta jerarquía para dar por probada la verosimilitud de los derechos respecto de los

---

<sup>82</sup> Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 103.

<sup>83</sup> Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 106.

<sup>84</sup> Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 108.

<sup>85</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, transcripción de la audiencia oral del 11 de enero de 2024, pp. 30-31, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf> (enlace verificado el 10 de marzo de 2025). Entre los elementos constitutivos del patrón de conducta Sudáfrica incluyó (i) el ataque dirigido especialmente contra los palestinos que viven en Gaza; (ii) el uso de armas que causan una destrucción homicida en gran escala y de disparos contra civiles; (iii) el bombardeo de zonas que habían sido designadas como seguras para que los palestinos pudieran refugiarse; (iv) el hecho de privar a los palestinos de Gaza de acceso a sus necesidades básicas -comida, agua, atención de la salud, combustible, higiene y comunicaciones; (v) la destrucción de la infraestructura social: casas, escuelas, mezquitas, iglesias, hospitales; y (vi) la matanza y lesiones graves y causar que un gran número de niños y niñas resultaran huérfanos.

cuales Sudáfrica había solicitado protección,<sup>86</sup> pero no se refirió expresamente a los modos de prueba del dolo especial de genocidio.

Finalmente, el caso incoado por Nicaragua contra la República Federal de Alemania implicará la discusión de un elemento subjetivo diferente, puesto que no se alega la comisión del crimen, sino su falta de prevención y la asistencia en la comisión por parte de Israel, lo que requiere matizar la discusión.

La obligación de prevenir el genocidio fue discutida en el caso de 2007 en el que la Corte concluyó que Serbia había violado su obligación convencional. Allí afirmó que el cumplimiento de dicha obligación depende de la capacidad del Estado de influir de forma efectiva en las acciones de las personas que podrían cometer genocidio o que ya se encontraran cometiéndolo, y que eso varía de un Estado a otro.<sup>87</sup> Esa capacidad está sujeta a la distancia geográfica entre el Estado concernido y los eventos, a la fuerza de los vínculos políticos, y a la relación entre las autoridades estatales y los actores presentes en tales eventos. A ello agregó un criterio jurídico, afirmando que, para prevenir el genocidio, el Estado solo puede actuar dentro de los límites del derecho internacional. Asimismo, señaló que no se trata de una obligación de resultado, en el sentido de que no se le exige tener éxito en la prevención de la comisión del crimen, sino que lo que debe hacer es usar todos los medios razonablemente a su alcance, adoptando así un deber de debida diligencia que debía ser analizado en cada caso en concreto.<sup>88</sup> La Corte sostuvo que la obligación de prevenir y el correspondiente deber de actuar surge en el instante en que el Estado se entera, o debería normalmente haberse enterado, de la existencia de un riesgo serio de que un genocidio será cometido. Desde ese momento en adelante, si el Estado cuenta con los medios con efectos disuasivos sobre aquellos sospechosos de preparar un genocidio o razonablemente sospechosos de tener la intención específica, tiene el deber de usar esos medios en la medida en que las circunstancias se lo permitan.<sup>89</sup> Sin embargo, aclaró que la violación a dicho deber solo se

---

<sup>86</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sudáfrica vs. Israel” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párrs. 46-53.

<sup>87</sup> De esta manera, la Corte independizó el deber de prevención del vínculo territorial y del concepto de jurisdicción y lo vinculó con la noción de “capacidad de influir efectivamente”. Cf. GATTINI, “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, p. 700).

<sup>88</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 430.

<sup>89</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

configurará si el genocidio se ha cometido,<sup>90</sup> siguiendo lo establecido por el artículo 14.3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional.<sup>91</sup>

Surge entonces que, en cuanto al elemento subjetivo, la Corte dispuso un estándar para determinar la responsabilidad del Estado por la omisión de prevenir más bajo que el que utilizó para la responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio, ya que no requirió prueba concluyente del conocimiento del riesgo por parte del Estado más allá de toda duda razonable.<sup>92</sup> En efecto, en el caso de la obligación de prevención, ella existe aun cuando el Estado no tenga certeza, en el momento que debió haber actuado, de que el genocidio estaba a punto o en vías de ser cometido, porque resulta suficiente que conociera o que debía haber conocido el peligro serio de que actos de genocidio serían cometidos.<sup>93</sup> En este punto, cabe preguntarse si, a fin de determinar la configuración de dicho conocimiento, la Corte hará una constatación judicial de lo afirmado en la orden de medidas provisionales dictada en el caso iniciado por Sudáfrica. Allí calificó la situación humanitaria en Gaza como catastrófica y entendió que existía un riesgo inminente y real de que se causara un perjuicio irreparable a los derechos de la población palestina en la zona.<sup>94</sup>

El segundo agravio presentado por Nicaragua sostiene que la provisión de ayuda, incluyendo equipamiento militar a Israel y el retiro del financiamiento al apoyo a las víctimas que provee UNRWA implica una asistencia en la comisión de genocidio por parte de Israel. Se trata entonces de la invocación de una violación al inciso e) del artículo III de la Convención contra el Genocidio, que se refiere a la complicidad en el genocidio como acto pasible de sanción.

Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional contienen tres disposiciones relacionadas con situaciones de colaboración inter-estatal que podrían ser asimiladas a una forma de complicidad, a pesar de que la Comisión decidió no utilizar dicho término porque varios de sus

---

<sup>90</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

<sup>91</sup> Este artículo dispone 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 período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”.

<sup>92</sup> SEIBERT-FOHR, *supra* nota 34, p. 358.

<sup>93</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.

<sup>94</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sudáfrica vs. Israel” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párrs. 72 y 74.

miembros señalaron que no resultaba adecuado tomar prestados conceptos del derecho penal.<sup>95</sup> Asimismo, la propia Comisión aclaró que los artículos que regulan la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de otro (artículos 16, 17 y 18) constituyen una excepción al principio general que denominó “la responsabilidad independiente”, que se basa en que “cada Estado tiene sus propias obligaciones internacionales y las responsabilidades correspondientes”.<sup>96</sup>

En su sentencia de 2007, la Corte aplicó el artículo 16 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional que se refiere a los casos en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.<sup>97</sup> Se trata de una responsabilidad derivada en el sentido de que su configuración depende de que el hecho internacionalmente ilícito del otro Estado haya ocurrido.<sup>98</sup> Además, sobre la base del principio de la responsabilidad independiente, el Estado que asiste será responsable solamente por su propia conducta.<sup>99</sup>

En cuanto al elemento de intencionalidad, el artículo 16 requiere que el Estado que asiste lo haga con conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito y que ese acto también habría sido ilícito de haber sido cometido por dicho Estado. Este segundo elemento no tiene ningún efecto práctico en el caso de la prohibición de cometer genocidio, pues se trata de una norma de carácter imperativo oponible *erga omnes*. En sus comentarios, la Comisión incorporó un tercer elemento al disponer que “la ayuda o asistencia se debe prestar con la *intención* de facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente”,<sup>100</sup> (subrayado agregado) es

---

<sup>95</sup> PALCHETTI, “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 382.

<sup>96</sup> A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 67.

<sup>97</sup> En su informe de 1978 dirigido a la Comisión de Derecho Internacional, el entonces Relator Especial sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Roberto AGO, ofreció como ejemplo la situación en la que un Estado asiste a otro proveyéndole armas para la comisión de un genocidio, mencionado que el artículo III de la Convención contra el Genocidio incluía la complicidad, adelantando de esta manera, su aplicación a la responsabilidad de los Estados (PALCHETTI, *supra* nota 95, p. 381).

<sup>98</sup> JACKSON, *Complicity in International Law*, Oxford, University Press, 2015, p. 153.

<sup>99</sup> Salvo cuando la asistencia sea un elemento necesario del hecho ilícito en ausencia del cual no podría haber ocurrido. En ese caso, el perjuicio sufrido puede ser atribuido concurrentemente al Estado que presta la asistencia y al Estado que comete el hecho ilícito. Cf. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 71.

<sup>100</sup> A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 70. El propio Relator Especial, James CRAWFORD, reconoció que el elemento de la intención no aparece en la norma, sino en los Comentarios. Cf. FERRO, “Brothers in Arms: Ancillary State responsibility and individual criminal responsibility for arms transfers to international criminals”, en *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 54, 2016, p. 145).

decir que deben guardar “una relación clara con el hecho ilícito subsiguiente”<sup>101</sup> y tratarse de una asistencia o ayuda significativa, aunque no esencial.<sup>102</sup>

Precisamente, en relación con el elemento subjetivo, la Corte Internacional de Justicia afirmó que, para que la conducta de los órganos o personas del Estado pudiera ser considerada como complicidad, deberían haber actuado, por lo menos,<sup>103</sup> con conocimiento del dolo especial del perpetrador principal, dejando abierta la cuestión respecto de la intención del cómplice, pues como entendió que en el caso no se cumplía con el primer elemento, no entró en el análisis del segundo,<sup>104</sup> incluso cuando era una cuestión jurídica que había sido discutida durante el trámite del caso.<sup>105</sup>

Si se considerase que el artículo 16 exige solamente el conocimiento de “las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito”, es posible pensar que, en el caso del crimen de genocidio, “las circunstancias” incluyen el dolo especial, pues se trata de uno de sus elementos constitutivos. De hecho, en sus Comentarios al Proyecto de Artículos, la Comisión de Derecho Internacional aclaró que, si bien solamente se exigía que el Estado que asiste tuviera conocimiento de las circunstancias y que se estableciera una relación causal específica entre ese hecho y su comportamiento, ello no equivalía a rechazar la posibilidad de que entre los requisitos de la norma primaria se incluyera una intención dolosa,<sup>106</sup> como ocurre en el caso de la Convención contra el Genocidio.

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia incluyó dentro de la conducta cómplice la provisión de los medios *para permitir o facilitar la comisión del crimen*.<sup>107</sup> Esta frase parece agregar un requisito al artículo 16 relacionado con la intención,<sup>108</sup> que no está expresamente mencionado en dicha norma, pero que, como fue indicado, la propia Comisión de Derecho Internacional

---

<sup>101</sup> A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II(2))*, p. 70.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> La frase “por lo menos” (“*at least*” en el texto original) ha sido interpretada, tanto en el sentido de implicar que el conocimiento es solo uno de los requisitos, como de entender que se trata de un requisito mínimo que permite que la responsabilidad derivada se configure (cf. FERRO, *supra* nota 100, p. 147).

<sup>104</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 421-422.

<sup>105</sup> MILANOVIC, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 681.

<sup>106</sup> A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, pp. 68-69.

<sup>107</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

<sup>108</sup> JACKSON, *supra* nota 98, p. 50.

incorpora en los Comentarios al Proyecto de Artículos,<sup>109</sup> generando así una ambigüedad respecto de cuáles serían los requisitos.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Internacional de Justicia no haya distinguido el artículo 16 del artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio implica que asimiló el primero a la noción de *aiding and abetting* de la responsabilidad individual.<sup>110</sup> Podría pensarse entonces que la distinción subjetiva que hicieron el TPIY y el TPIR respecto de los autores principales y de los partícipes es aplicable al caso de los Estados y, por lo tanto, afirmar que en el caso de la asistencia estatal, solamente se requeriría que el Estado que asiste conozca la intención genocida del otro Estado, pero no que la comparta.<sup>111</sup> En este punto, la Corte aclaró que el umbral de conocimiento del cómplice debe ser mayor que en el caso del deber de prevención, pues en este supuesto se requiere conocimiento completo (*full knowledge*) de los hechos, es decir, certeza, y no solamente conciencia (*aware of*) del riesgo serio de que ocurran actos de genocidio.<sup>112</sup> Sin embargo, al no haber mencionado expresamente si se requería que el Estado que presta asistencia compartiera el dolo especial del genocidio, dejó abierto el interrogante acerca de la posibilidad de darle un contenido especial al artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio en materia de responsabilidad estatal.

En su sentencia, la Corte asimiló una noción de naturaleza penal, como es la complicidad,<sup>113</sup> a un concepto relativo a la responsabilidad internacional del Estado. Al mismo tiempo, distinguió la

---

<sup>109</sup> A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 69.

<sup>110</sup> JØRGENSEN, "Complicity in genocide and the duality of responsibility", en SWART, B. / ZAHAR, A. / SLUITER, G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, University Press, 2011, p. 265.

<sup>111</sup> Cf. JØRGENSEN, *supra* nota 110, p. 265. Esta fue, precisamente, la postura de algunos jueces. En su opinión disidente, el juez *ad hoc* MAHIOU sostuvo que la Corte debió haber sido más clara y afirmado que no se requiere que el cómplice comparta la intención del autor principal, sino que es suficiente que esté consciente de esta. Cf. Opinión Disidente del juez MAHIOU, párr. 125. La misma posición adoptó el juez KEITH apoyándose en desarrollos relacionados con la responsabilidad penal del individuo, quien, además, señaló que tales requisitos se configuraban en el caso. Cf. Declaración del juez KEITH, párrs. 1, 6-7. De manera similar, el juez BENOUNA sostuvo que la *mens rea* para el cómplice se configura con la intención de ayudar al autor principal y con el conocimiento del crimen que el principal cometerá. Cf. Declaración del juez BENOUNA, p. 361.

<sup>112</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.

<sup>113</sup> Se usa este término porque es el que menciona la Convención contra el Genocidio, pero vale aclarar que, mientras la categoría "complicidad" suele utilizarse normalmente para hacer referencia a un modo accesorio de responsabilidad en varios sistemas jurídicos internos, como el alemán, el francés, el español o en los ordenamientos latinoamericanos, en los sistemas jurídicos anglosajones, la noción de "complicity" se utiliza generalmente para referirse al hecho de intervenir con otros en un hecho punible ("*partnership in crime*"), que no distingue entre autores y partícipes. Cf. OLÁSOLO ALONSO,

complicidad en materia de responsabilidad del Estado observando que, mientras en varios ordenamientos penales domésticos el hecho de ordenar o dirigir podría ser considerado una forma de complicidad, en el derecho internacional, ello implicaría considerar autor al Estado que ordena o dirige, sobre la base del artículo 8 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional,<sup>114</sup> acotando el alcance de la complicidad en materia del Estado.<sup>115</sup> Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, al diferenciar la complicidad en el genocidio de la obligación de prevención, observó que la primera siempre requiere algún tipo de acción positiva.<sup>116</sup>

En este sentido, la construcción de la noción de complicidad del Estado que realizó la Corte no se condice con aquella prevista en los ordenamientos penales domésticos ni tampoco en los principios del derecho internacional penal, ya que en este ordenamiento, por ejemplo, para establecer responsabilidad individual se acepta la imputación por complicidad (*aiding and abetting*) en casos de omisión.<sup>117</sup> No obstante, sería posible pensar en una situación en la que la ayuda o asistencia prestada a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito adquiriera la forma de una omisión, como, por ejemplo, permitir que un Estado use el territorio de otro Estado para cometer un hecho internacionalmente ilícito como el genocidio.<sup>118</sup>

### 3. La prueba del genocidio

---

*Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 53-54. En dichos sistemas, se recurre al término “*aiding and abetting*” para hacer referencia a una participación diferente de la autoría. Al respecto,<sup>113</sup> Se ha entendido que, si bien “*aid*” se refiere a la provisión práctica o la asistencia material a la comisión de un crimen y “*abet*” denota la provisión de aliento o apoyo moral para dicha comisión, la jurisprudencia internacional los ha analizado de forma conjunta (Cf. VENTURA, “Aiding and abetting”, en DE HEMPTINNE, J., ROTH, R. y VANS SLIEDREGT, E. [eds.] *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 173-174).

<sup>114</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

<sup>115</sup> De hecho, ha sido observado que la distinción entre el Estado responsable principal y el cómplice resulta sutil. Así, por ejemplo, el hecho de proporcionar armas sería considerado una asistencia en los términos del artículo 16, mientras que proporcionar tropas sería un supuesto de Estado como autor principal (cf. QUIGLEY citado en JØRGENSEN, *supra* nota 110, p. 268).

<sup>116</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432. Se ha observado que la Corte no citó ninguna autoridad en apoyo de esta interpretación restrictiva, por lo que podría ser leída como una desviación de la definición de la Convención de 1948 y de la definición consuetudinaria (Cf. METTRAUX, *supra* nota 14, pp. 23-24).

<sup>117</sup> CASSESE, “On the use of criminal notions in determining State responsibility for genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, p. 884.

<sup>118</sup> PALCHETTI, *supra* nota 95, p. 385.

Los casos relativos al conflicto en la ex Yugoslavia compartían el hecho de que un tribunal penal internacional ya había llevado adelante una investigación respecto de la misma base fáctica y, por lo tanto, la Corte tuvo a su disposición el análisis de una gran cantidad de prueba. Así, la Corte no llevó adelante una tarea de investigación propia, más allá de la presentación en audiencia de algunos expertos,<sup>119</sup> sino que se apoyó en el trabajo de un tribunal penal internacional. Esta aceptación responde, en realidad, a una falta de capacidad de la Corte de llevar a cabo sus propias investigaciones, en particular, respecto de situaciones de crímenes de masa que requieren, por ejemplo, investigaciones forenses muy complejas.<sup>120</sup> Si bien se prevé que la Corte puede pedir a los agentes de un Estado que produzcan un documento u ofrezcan explicaciones, dejando constancia de su negativa (artículo 49 del Estatuto), organizar la presencia de testigos y expertos para que den su testimonio en el proceso (artículo 62 de las Reglas de la Corte), decidir *proprio motu* o a solicitud de alguna de las partes, ejercer sus funciones en un lugar relacionado con el caso, a fin de obtener evidencia (artículo 66 de las Reglas de la Corte), o pedirle a alguna organización internacional pública que contribuya con información relevante para el caso (artículo 69 de las Reglas de la Corte), en la práctica estos poderes no son utilizados con mucha frecuencia y la Corte ha dependido mayormente de la prueba producida por las partes.<sup>121</sup> Esto se debe a que, en muchas de las controversias, se trata de desacuerdos de derecho más que de discusiones acerca de la determinación de hechos.<sup>122</sup>

En sus sentencias de 2007 y de 2015, la Corte dedicó una sección completa a explicar el valor que le otorgaba a las diferentes resoluciones y decisiones del TPIY como prueba.<sup>123</sup> Esta decisión de la Corte es notable, ya que no suele explicitar las reglas sobre la prueba que utiliza en cada

---

<sup>119</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 53-60. DIMITRIJEVIC / MILANOVIC, *supra* nota 17, p. 90.

<sup>120</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Krstic* del TPIY, las investigaciones forenses en las fosas comunes fueron esenciales para determinar que no se trataba de muertes durante hostilidades, determinar la edad de las víctimas y que habían sido asesinadas de forma sistemática (Cf. KLINKNER, “Proving Genocide: Forensic Expertise at the ICTY”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 463).

<sup>121</sup> GROOME, “Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice capable of judging State criminal responsibility?”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n.º 4, 2007, p. 981.

<sup>122</sup> GROOME, *supra* nota 121, p. 982.

<sup>123</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 212-224 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 170-199.

sentencia.<sup>124</sup> Las partes del caso presentaron una gran cantidad de documentación que emanaba de los procesos penales y que incluía documentos acusatorios de la Fiscalía, decisiones interlocutorias de los/as jueces/zas, prueba oral y escrita, decisiones sobre la culpabilidad o inocencia de los individuos acusados, sentencias que establecen las penas luego de un reconocimiento de culpabilidad, así como decisiones de la Sala de Apelaciones.<sup>125</sup> La Corte examinó la forma en que la prueba es obtenida en el procedimiento ante el TPIY y, a los fines de determinar el peso que le daría a cada uno de los documentos, examinó el procedimiento penal aplicable por el TPIY.

Esta metodología es, en parte, resultado del hecho de que la Corte eligió aplicar un estándar de prueba similar al del TPIY, elevando así el necesario para la determinación de la responsabilidad del Estado.<sup>126</sup> La Corte entendió que las alegaciones contra un Estado que implicasen cargos de excepcional gravedad debían ser probadas de forma absolutamente concluyente (*fully conclusive evidence*).<sup>127</sup> Si hubiera utilizado un estándar más bajo (como, por ejemplo, el de balance de probabilidades o el de motivos razonables para creer), entonces habría tenido que reexaminar la prueba presentada ante los/as jueces/zas del TPIY en los casos en los que, por ejemplo, se hubiera dictado sentencia de absolución, algo que la Corte Internacional de Justicia no estaba en condiciones de realizar.<sup>128</sup> En este sentido, es posible pensar que si la jurisprudencia del TPIY no hubiera incluido condenas por genocidio, habría sido dificultoso para la Corte Internacional de Justicia determinar la configuración de dicho crimen en la sentencia de 2007.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> SIVAKUMARAN, "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, p. 706. También es notable en el sentido de que la Corte se apoyó en jurisprudencia de otro tribunal internacional, cuando, normalmente, suele citar solamente sus propias decisiones (Cf. MILANOVIC, *supra* nota 105, p. 693).

<sup>125</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 214.

<sup>126</sup> Ello fue observado por el juez *ad hoc* MAHIOU, quien afirmó que la absolución de un individuo del crimen de genocidio no implica necesariamente que no haya existido ese crimen, sino que lo importante es probar la existencia de una política de genocidio atribuible al Estado. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Disidente del juez *ad hoc* MAHIOU, párr. 54.

<sup>127</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 178.

<sup>128</sup> GROOME, *supra* nota 121, pp. 933-934.

<sup>129</sup> SEIBERT-FOHR, *supra* nota 334, p. 359.

Los casos presentados por la República de Gambia contra Myanmar, Sudáfrica contra Israel y Nicaragua contra Alemania requerirán una revisión de esta metodología, pues no existe (aún)<sup>130</sup> jurisprudencia de un tribunal penal internacional sobre la cual la Corte pueda apoyarse en materia de determinación de los hechos.

Esto fue reconocido por Gambia quien, en su escrito inicial, admitió que no existe actualmente una jurisdicción internacional con competencia para juzgar a los individuos asociados con esos actos de genocidio y, por lo tanto, ofreció a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.<sup>131</sup>

A falta de precedentes judiciales, Gambia se refirió a varios documentos producidos por diferentes mecanismos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos en Myanmar, el Asesor Especial sobre la Prevención de Genocidio y la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos, que hicieron referencia a la comisión del crimen de genocidio.<sup>132</sup> De hecho, como fuera señalado, en sus informes de 2018 y 2019 la Misión encontró que existían motivos razonables para creer que ciertas personas podían ser juzgadas penalmente por el crimen de genocidio y que el Estado de Myanmar había cometido el hecho internacionalmente ilícito de genocidio, respectivamente.

Cabe señalar que la presentación de Gambia no hizo mención al Mecanismo Independiente de Investigación para Myanmar, creado en septiembre de 2018 a través de la resolución 39/2 por el Consejo de Derechos Humanos, con el mandato de recolectar prueba de hechos constituyentes de crímenes internacionales y de graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, y de preparar la documentación necesaria para un enjuiciamiento penal, utilizando la información recabada por la Misión de Investigación. La prueba recolectada por este Mecanismo le otorga a la Corte una alternativa, ya que este órgano trabaja

---

<sup>130</sup> Cabe señalar que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha abierto una investigación relativa a la situación en Bangladesh/Myanmar y otra relativa a la situación de Palestina. Véase <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar> y <https://www.icc-cpi.int/palestine>, respectivamente (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025). Si bien a la fecha de cierre de este trabajo las órdenes de arresto (públicas) dictadas en el marco de las situaciones no incluyen cargos vinculados a la comisión de genocidio, no puede descartarse que en un futuro existan casos individuales en los que se discuta la comisión de este crimen.

<sup>131</sup> Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 5.

<sup>132</sup> Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 6.

sobre la base del estándar de “más allá de toda duda razonable” o prueba de la íntima convicción requerido en los casos penales. De hecho, en su informe de 2019, el Mecanismo observó que la experiencia daba cuenta de que la prueba recolectada por investigaciones de órganos de derechos humanos, si bien puede ser útil, no alcanza para probar todos los elementos de los cargos sobre la base del estándar probatorio de un juicio penal, en particular, en lo que respecta a los autores indirectos, quienes ordenaron, planificaron, instigaron o financiaron un crimen, o en lo que respecta a la responsabilidad de los superiores.<sup>133</sup> Asimismo, agregó que, cuando las condenas dependen de inferencia de evidencia circunstancial, deben ser las únicas inferencias posibles. No alcanza con probar que se ha cometido un crimen, sino que, además, deben establecerse todos los elementos relacionados con el modo de responsabilidad y el elemento subjetivo de la persona acusada, así como los elementos materiales del crimen.<sup>134</sup> Resta ver si la Corte tendrá en cuenta esta prueba en su sentencia y cómo la valorará.

En un sentido similar a Gambia, Sudáfrica y Nicaragua hicieron mención en su presentación de documentos publicados por órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios o el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, entre otros.<sup>135</sup> Sin embargo, cabe observar que ninguno de estos documentos fue desarrollado con una metodología de investigación similar al de la Misión Internacional Independiente de Investigación o del Mecanismo Independiente de Investigación de Myanmar que, si bien sobre la base de diferentes umbrales probatorios, presentan un análisis sistemático de la prueba recolectada.

Por lo tanto, los casos pendientes ofrecerán una oportunidad para que la Corte revise la metodología utilizada en las sentencias de 2007 y 2015 e incluya como evidencia de sus

---

<sup>133</sup> INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *First Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 7 de agosto de 2019, A/HRC/42/66, párr. 15.

<sup>134</sup> *Idem*, párr. 46. En su tercer informe, el Mecanismo manifestó que se encontraba cooperando de manera cercana con la Corte Internacional de Justicia y con la Corte Penal Internacional. Cf. INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1, párr. 26.

<sup>135</sup> Cf. Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párrs. 20, 54, 58, 64, *inter alia*, y cf. Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 35, 36, 49, 51, *inter alia*. En el caso de Nicaragua, incluso citó la orden de medidas provisionales dictada por la Corte a solicitud de Sudáfrica (véase, por ejemplo, párrs. 35, 39).

afirmaciones documentos emanados de órganos no jurisdiccionales cuyas conclusiones no están basadas en el umbral probatorio de más allá de toda duda razonable.

## V. A modo de conclusión: Nuevas herramientas para una jurisdicción tradicional

Los casos pendientes de resolución ante la Corte Internacional de Justicia son parte de una tendencia creciente de litigación internacional de interés público que da cuenta de un uso innovador de esta jurisdicción tradicional y que tendrá un efecto transformador sobre su funcionamiento. El desarrollo del concepto “des-bilateralizado” de la responsabilidad internacional del Estado por el cual se abandona la legitimación exclusiva del Estado lesionado para reclamar jurisdiccionalmente en favor de una legitimación amplia en los casos que se invocan violaciones de obligaciones *erga omnes* plantea nuevos retos para la Corte Internacional de Justicia. Al implicar el análisis de la alegada comisión de un crimen internacional, los casos de la Convención contra el Genocidio<sup>136</sup> le exigen a la Corte salir de las controversias inter-estatales clásicas e ingresar en un terreno en el que, además de cuestiones jurídicas, deben discutirse cuestiones fácticas vinculadas con la comisión de crímenes internacionales.

La determinación de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio requiere un diálogo inter-jurisdiccional con otros tribunales, en particular, con los tribunales penales internacionales, puesto que dicha responsabilidad se vincula con ciertos elementos propios de la responsabilidad individual derivada del crimen de genocidio, tal como surge del presente trabajo. Ello, a su vez, requiere que la Corte aplique conceptos relacionados con el derecho internacional penal y deba, por lo tanto, revisar su metodología tradicional, en particular, aquella referida a la prueba de las alegaciones de las partes. La gravedad de las situaciones traídas a conocimiento de esta jurisdicción le exigen la adopción de un rol que le permita afrontar los nuevos desafíos. Resta por ver cuál será el camino que tome la Corte.

---

<sup>136</sup> Lo mismo puede sostenerse respecto de los casos vinculados con la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes y el derecho internacional consuetudinario). Al respecto, véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bélgica vs. Senegal”, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, 20 de julio de 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Asimismo, se encuentra pendiente de resolución el caso incoado por Canadá y Países Bajos contra la República Árabe Siria, *Joint Application Instituting Proceedings Concerning a Dispute under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20230608-APP-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

## VI. Bibliografía

### 1. Jurisprudencia

#### Corte Internacional de Justicia

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

*Case of the monetary gold removed from Rome in 1943* (Italia vs. Francia. Reino Unido y Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, sentencia de 15 de junio de 1954, *I.C.J. Reports 1954*, p. 19.

*South West Africa Cases (second phase)*, (Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica), sentencia de 18 de julio de 1966, *I.C.J. Reports 1966*, p. 6

*Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (new application: 1962) (Bélgica vs. España) Second Phase, sentencia de 5 de febrero de 1970 *I.C.J. Reports 1970*, p. 3.

*Case concerning certain phosphate lands in Nauru* (Nauru vs. Australia), Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 240.

*Case concening East Timor* (Australia vs. Portugal), sentencia de 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1995*, p. 90.

*Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), sentencia de 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*, p. 43.

*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica vs. Senegal), sentencia de 20 de julio de 2012, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croacia vs. Serbia y Montenegro), sentencia de 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015*, p. 3.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia vs. Myanmar), Excepciones preliminares, decisión de 22 de julio de 2022.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip* (Sudáfrica vs. Israel), Medidas provisionales, orden de 26 de enero de 2024.

*Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Excepciones preliminares, decisión de 2 de febrero de 2024.

*Alleged breaches of certain international obligations in respect of the occupied Palestinian territory* (Nicaragua v. Alemania), orden de 30 de abril de 2024.

## **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia**

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelusic”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A.

Sala de Juicio, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 2 de agosto de 2001, No IT-98-33-T.

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A.

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic”, *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A.

## **2. Informes de órganos de investigación**

INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1

INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 17 de septiembre de 2018, A/HRC/39/CRP.2.

INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 16 de septiembre de 2019, A/HRC/42/CRP.5.

### 3. Otros documentos internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. AG 96 (I), 11 de diciembre de 1946.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001.

Canadá y Países Bajos, *Joint Application Instituting Proceedings Concerning a Dispute under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20230608-APP-01-00-EN.pdf>

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II(2))*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, transcripción de la audiencia oral del 11 de enero de 2024, pp. 30, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf>

Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>

Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio (“Informe Whitaker”). Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985.

Myanmar, *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf>

Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf>

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>

#### 4. Doctrina

AMBOS, Kai, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009, pp. 833-858.

ARNOLD, Roberta, “The *mens rea* of genocide under the Statute of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n.º 2, 2003, pp. 127-151.

BONAFÈ, Beatrice I., *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CASSESE, Antonio, “On the use of criminal notions in determining State responsibility for genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, pp. 875-887.

CASSESE, Antonio / GAETA, Paola, *Cassese’s International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford, University Press, 2013.

CRAWFORD, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002.

DIMITRIJEVIC, Vojin / MILANOVIC, Marko, “The strange story of the Bosnian Genocide Case”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 65-94.

FERRO, Luca, “Brothers in Arms: Ancillary State responsibility and individual criminal responsibility for arms transfers to international criminals”, en *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 54, 2016, pp. 139-192.

FLETCHER, Laurel, “A wolf in sheep’s clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 39, 2016, pp. 447-531.

GATTINI, Andrea, “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 695-713.

GIL GIL, Alicia, “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual”, en OLÁSOLO, H. / EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 453-496.

GREENWALT, Alexander K.A., “Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based interpretation”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999, pp. 2259-2294.

GROOME, Dermot, “Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice capable of judging State criminal responsibility?”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n.º 4, 2007, pp. 911-989.

HAMILTON, Rebecca J., “State-Enabled Crimes”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016, pp. 301- 346.

JACKSON, Miles, *Complicity in International Law*, Oxford, University Press, 2015.

JESSBERGER, Florian, “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 87-111.

JØRGENSEN, Nina H.B, “Complicity in genocide and the duality of responsibility”, en SWART, B. / ZAHAR, A. / SLUITER, G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, University Press, 2011, pp. 247- 274.

KELSEN, Hans, “Collective and Individual Responsibility in International Law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, n.º 5, 1943, pp. 530-571.

KLINKNER, Melanie, “Proving Genocide: Forensic Expertise at the ICTY”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 447-466.

KRESS, Claus, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide: The case against Al Bashir”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, University Press, 2015, pp. 669-704.

LEMKIN, Raphael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009 [1944].

LOEWENSTEIN, Andrew B. / KOSTAS, Stephen A., “Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ’s Judgment in the Genocide Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 839- 857.

LONGOBARDO, Marco, “Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary gold Principle”, en *EJIL: Talk!*, 2024. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/alleged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/> [enlace verificado el día 10 de diciembre de 2024]

LUTERSTEIN, Natalia M., “‘Gambia vs. Myanmar’ y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. / ESPÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, La Ley, 2022, pp. 155-178.

MAY, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

METTRAUX, Gunal, *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford, University Press, 2019.

MILANOVIC, Marko, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 669-694.

OHLIN, Jens D., “Incitement and conspiracy to commit genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford, University Press, 2009, pp. 207-227.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

PALCHETTI, Paolo, “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 381- 393.

PINTO, Mónica, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 3-21.

SCHABAS, William, *Genocide in International Law*, 2.ª ed., Cambridge, University Press, 2009.

SEIBERT-FOHR, Anja, “State responsibility for Genocide under the Genocide Convention”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 349- 373.

SIVAKUMARAN, Sandesh, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, pp. 695- 708.

TRIFFTERER, Otto, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 2001, pp. 399-408.

VENTURA, Manuel, “Aiding and abetting”, en DE HEMPTINNE, J./ROTH, R./VANS SLIEDREGT, E. (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 173- 256.

VEST, Hans, “A Structure-based Concept of Genocidal Intent”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 781- 797.

WENTKER, Alexander / STENDEL, Robert, “Conspicuously Absent: The indispensable Third Party Principle at the ICJ in Nicaragua v. Germany”, en *VerfBlog*, 2024. Disponible en <https://verfassungsblog.de/conspicuously-absent/> [enlace verificado el 10 de diciembre de 2024].