

# REFLEXIONES SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

F. Javier QUEL LÓPEZ

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN.— II. EL DERECHO MATERIAL APLICABLE Y LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL: A. La aplicación de los artículos 2 y 3 del Estatuto (crímenes de guerra) en relación a la naturaleza interna o internacional del conflicto armado: 1) La competencia del Tribunal para conocer las violaciones graves de los convenios de Ginebra. 2) El artículo 3 como cláusula general que garantiza la competencia del Tribunal en conflictos internos. B. El Genocidio y los crímenes contra la humanidad. III.— LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRIMACÍA DEL TRIBUNAL Y EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONCURENTE Y PREFERENCIAL: A. Primacía del Tribunal y soberanía de los Estados. B. El ejercicio de la jurisdicción concurrente y preferencial: 1. La demanda de desestimiento. 2. El principio *non bis in idem* como límite a la competencia preferente del Tribunal Penal. IV.— LA ARTICULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN ESTATAL PARA GARANTIZAR LA PRESENCIA DE SOSPECHOSOS Y ACUSADOS ANTE EL TRIBUNAL: A. La adopción de medidas cautelares del fiscal y las órdenes del Tribunal de detención provisional de sospechosos; B. Los mandatos internacionales de detención: especial referencia a la aplicación del artículo 61 del Reglamento de Procedimiento. V.— ASPECTOS RELATIVOS AL ESTABLECIMIENTO E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: A. Observaciones Genrales. B. La estimación de las circunstancias atenuantes y agravantes, con especial referencia a las órdenes de los superiores jerárquicos. VI.— CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia está dando sus primeros pasos. La creación de una infraestructura sólida y la solución a las cuestiones de financiación que inicialmente se plantearon<sup>1</sup>, demuestra una firme voluntad

1. En conjunto, el Tribunal cuenta con 282 empleados incluidos los 11 jueces. Su presupuesto es aprobado por la Asamblea General, contando igualmente

por parte de la Asamblea General (que debe adoptar el presupuesto anual) de llevar adelante una instancia judicial duramente criticada y cuestionada inicialmente en su legitimidad y en su efectividad. El proceso de creación de nuevas instituciones jurídicas, especialmente en derecho internacional, no es fácil. Pero de la demostración de la eficacia y credibilidad de este Tribunal va a depender en buena medida la instauración futura de un sistema tendente, por fin, a dotar de efectividad al Derecho humanitario, tan amplio y completo en su formulación, como débil y desamparado en su garantía internacional de aplicación<sup>2</sup>.

A algunos este objetivo puede parecerle un sueño irrealizable pero, como apuntara el juez Bedjaoui, la función del jurista no es la de ser un asesino de sueños, pero tampoco debe caer en un entusiasmo ingenuo<sup>3</sup>. Es por ello, por lo que se impone una valoración rigurosa de cada paso que se de en esta línea creadora; un estudio detenido de los aspectos prácticos de aplicación del entramado normativo surgido a partir del Estatuto del Tribunal y de las Reglas básicas de Procedimiento y Prueba. En la actualidad han sido elaboradas por el

con un fondo de contribuciones voluntarias de los Estados. En la actualidad 15 Estados, entre ellos España, realizan aportaciones directas para el sostenimiento del Tribunal. El presupuesto estimado para 1996 es de más de cuarenta millones de dólares. Cfr. estos datos en los *Bulletins*, números 1 y 2 de diciembre 1995 y enero 1996.

2. Como señala en este sentido A. CASSESE en su segundo informe anual emitido en aplicación del artículo 30 del Estatuto del Tribunal, una de las funciones esenciales del tribunal para la ex-Yugoslavia es precisamente la de la creación de precedentes para futuras instancias penales internacionales. En este sentido afirma que "Le Tribunal s'avérera sans doute être un bon tremplin pour la création de la Cour, puisqu'il a dû mettre au point pour régir tous les stades de sa procédure et un règlement qui, dans leur majeure partie, sont complètement nouveaux. Si le Tribunal parvient à prouver au monde qu'il est possible d'administrer une justice criminelle internationale et qu'il est impératif, pour des raisons juridiques et morales de le faire, il aura grandement servi la cause du développement du droit international. Il aura aussi fait savoir aux victimes de crimes odieux que l'humanité ne leur tournera pas le dos". Doc A/50/365 de 23 de agosto de 1995, pp. 44-45.

3. En relación al objeto que nos ocupa, son especialmente interesantes las valoraciones que realiza M. Bedjaoui respecto a la idea de un nuevo orden mundial y las consecuencias jurídicas derivadas de los principios de justicia, libertad y democracia que el nuevo orden implica. Vid. la conferencia pronunciada con ocasión del coloquio de 1991 celebrada en París sobre los aspectos jurídicos de la crisis y de la guerra del golfo y reproducida en la obra *Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad*, IVAP, Bilbao 1995, p. 370.

fiscal un apreciable número de actas de acusación implicando a más de cincuenta personas<sup>4</sup>.

Las presentes reflexiones pretenden, al hilo de la práctica todavía escasa del Tribunal, incidir especialmente en la efectividad de las decisiones del órgano judicial sin olvidar otros aspectos que han dado lugar a un intenso debate doctrinal y que hoy están a nuestro juicio superados como son la legitimidad de la resolución creadora del órgano o su superioridad jerárquica en relación a procesos nacionales sobre la misma materia.

No está de más en este momento el referirnos introductoriamente al marco general de creación y funcionamiento del Tribunal como paso previo al estudio de los aspectos de derecho sustantivo y adjetivo derivados de la práctica de su todavía corto pero intenso período de vida. La discusión acerca de la *legalidad de la decisión creadora* de los Tribunales Penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y la validez jurídica de las medidas adoptadas en aplicación de tal decisión constituye una manifestación más del debate general sobre el alcance de las competencias del Consejo y el control de legalidad de sus actos. En rigor, el debate debe partir de una serie de *premisas básicas* que determinarán a la postre cualquier valoración final sobre la legitimidad de las resoluciones 827 y 955 del Consejo. De acuerdo plenamente con el juez Bedjaoui, debe afirmarse ante todo el sometimiento del Consejo de Seguridad a la legalidad internacional manifestada básicamente en la Carta o en las disposiciones del Derecho Internacional consuetudinario. En segundo término, la imprevisión en la Carta de instrumentos específicos de control internacional unido a la ausencia de cualquier subordinación entre los órganos principales hace muy difícil cualquier control sistemático sea político o jurisdiccional de los actos del Consejo. La tercera premisa se refiere al hecho de que "en el marco del reparto de tareas y del equilibrio entre órganos, tal y como han sido queridos en la Carta, cada órgano es competente para interpretar la Carta en su acción cotidiana no interviniendo el control más que a título

4. Las actas de acusación se han referido, por orden cronológico de elaboración, a los siguientes casos y personas: campo de Susica (D. Nikolic); campo de Omarska (Z. Meakic y otros); asunto D.Tadic y otros; campo de Keraterm (D. Sikirica y otros); asunto Bosanski Samac (S. Miljkovic y otros); "Brcko" (G. Jelusic y R. Cestic); asunto Martić (M. Martić); Karadzic y Mladic (R. Karadzic y M. Mladic); "Stupni do" (I. Rajic); asunto del hospital de Vukovar (M. Mrksic y otros); Valle de Lasva (D. Kordic y otros); asunto de Srebrenica (R. Karadzic y M. Mladic); asunto Djukic y Krsmanovic; asunto Celebici (Delalic, Mucic, Delic y Landzo) y asunto Erdemovic.

excepcional"<sup>5</sup>. Podemos concluir con C. Hollweg que en este contexto, la decisión del Consejo no implica un exceso de poder en el marco de la ONU ni, como veremos después, un exceso de poder vertical frente al Estado soberano toda vez que la adopción de la resolución creadora del Tribunal está plenamente justificada en virtud del capítulo VII lo que excluye, según el tenor de la Carta, cualquier tacha de ilegalidad por violación del artículo 2-7º de este texto<sup>6</sup>.

Recordando tales consideraciones previas, abordaremos la cuestión de la competencia del Consejo creadora de mecanismos de represión internacional teniendo en cuenta las consideraciones realizadas por el propio Tribunal para la Antigua Yugoslavia en su *decisión 2 de octubre de 1995* emitida en aplicación del artículo 72 del Reglamento de Procedimiento y Prueba<sup>7</sup>.

Los aspectos relacionados con la legalidad del establecimiento del Tribunal son básicamente dos: por una parte, la posibilidad de recurrir al capítulo VII de la Carta para justificar la creación del nuevo órgano jurisdiccional a partir del artículo 39 (situación de quebrantamiento o amenaza a la paz) y, en consecuencia, la posibilidad de incardinar la decisión creadora del Tribunal en el ámbito competencial que el artículo 41 de la Carta atribuye al Consejo en caso de quebrantamiento o amenaza a la paz<sup>8</sup>. Por lo que respecta a la primera

5. Cfr. BEDJAOUI, M.: *Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad*, IVAP, Bilbao 1995, pp. 128-129.

6. Vid. HOLLWEG, C.: "Le nouveau Tribunal international de l'Onu et le conflit en Ex-Yougoslavie: un défi pour le droit humanitaire dans le nouvel ordre mondial". *Revue de Droit Public*, T.CV, nº 5, pp. 1364-1377.

7. El documento titulado *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction* se identifica como IT-94-I-AR72 (asunto D. Tadic).

8. Se ha discutido ampliamente la cuestión de la oportunidad del sistema de creación en detrimento de un instrumento convencional. Como ha puesto de relieve la profesora Huesa, la opción del Consejo de seguridad obedece a un triple motivo: ante todo, implicar a la Comunidad internacional en su conjunto en el cumplimiento de una obligación que incumbe al conjunto de Estados cual es la aplicación de los principios básicos del Derecho humanitario contenidos en los convenios de Ginebra. En segundo término, tal y como lo señaló expresamente el Secretario General en su informe S/25704, otorgar efectividad al instrumento creador que se vería seriamente afectado por la discrecionalidad en la aceptación del correspondiente tratado. Por último, otorgar un claro soporte al proceso de institucionalización del orden jurídico internacional en detrimento de la estructura meramente relacional. Vid. HUESA VINAIXA, Ch.: "El 'Tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia' y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad". *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1994, Bilbao 1995, pp. 175-178. Id.: "Algunas consideraciones en torno al Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia". *Tiempo de Paz*, nº 39, 1995, pp. 21-25.

de ambas cuestiones, es evidente que la creación del tribunal se sitúa en un contexto de quebrantamiento de la paz derivado de un conflicto mutable en cuanto a su calificación como internacional o interno. Lo que inicialmente pasa por un conflicto interestatal al estar implicados Croacia o, en menor medida Eslovenia, adquiere el carácter intraestatal, aunque en muchos casos internacionalizado. En ambos casos existe una situación de clara amenaza a la paz en la región debido al riesgo cierto de extensión del conflicto y a la creación de enormes flujos de desplazados y refugiados civiles, víctimas principales de la guerra, lo que a la postre podría desembocar en una crisis humanitaria que requiera la intervención del Consejo. La preservación de derechos fundamentales, el cumplir y hacer cumplir el Derecho humanitario en situaciones de emergencia es algo que compete a Naciones Unidas<sup>9</sup> y que ha dado lugar al establecimiento de un nuevo tipo de operaciones, al margen de las clásicas de mantenimiento de la paz, que implican el uso de las fuerzas de Naciones Unidas para proteger operaciones humanitarias encaminadas a proteger a las víctimas de los conflictos internos o internacionales<sup>10</sup>. En este contexto, la creación de Tribunales penales para sancionar a los responsables de violaciones masivas del Derecho humanitario acaecidas en el seno de un conflicto generador de decisiones amparadas en el Capítulo VII no es sino una manifestación más del papel protector de las víctimas y de la obligación de Naciones Unidas de cumplir y hacer cumplir el Derecho Humanitario tal y como lo prevén los convenios de Ginebra<sup>11</sup>. En palabras de Bedjaoui, "parece

9. Como ha subrayado el profesor CARRILLO SALCEDO recordando lo anteriormente afirmado por P. M. DUPUY, la Organización de Naciones Unidas ha asumido la idea de que su papel no se limita a velar por el respeto del *ius contra bellum*, sino igualmente del *ius in bello*. El Derecho de La Haya y de Ginebra forma parte del Derecho de la Carta al menos cuando de la amplitud de su violación se derive un peligro para la paz y la seguridad internacionales. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Le rôle du Conseil de Sécurité dans l'organisation et la réglementation du 'Droit d'assistance humanitaire'". *Le développement du rôle du conseil de sécurité*, Nijhoff, La Haya 1992, p. 164.

10. Sobre las nuevas actuaciones de Naciones Unidas en el marco de los cambios cualitativos y cuantitativos acaecidos en los conflictos internacionales Vid. el *Suplemento de "un programa de paz": documento de posición del Secretario General presentado con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas*, de 25 de enero de 1995, *Doc A/50/60*.

11. Tal y como ha sido reconocido especialmente por la Resolución 771 del Consejo. Por su parte, el T.I.J. en el *asunto de las actividades militares en y contra Nicaragua* (fondo) de 27 de junio de 1986 ha sostenido de manera indubitada la existencia de un standar mínimo de protección de las personas inmersas en conflictos armados internos o internacionales y la obligación general de respetar y

difícil exonerar a cualquiera, ya se trate de Naciones Unidas o un grupo de Estados, del deber de respetar las disposiciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho de los conflictos armados internacionales<sup>12</sup>. En efecto, si, como hemos afirmado, el Consejo no puede concebirse al margen del derecho especialmente determinado por la letra y el espíritu de la Carta, su competencia de actuación atribuida por los Estados deberá atenerse, como único límite real, a los Propósitos y Principios de Organización, tal y como se señala expresamente en el artículo 24 de tratado constitutivo. Entre ellos, conviene recordar la obligación de la Organización consignada en el artículo 56 en relación al artículo 55-c), de adoptar medidas de cooperación con los Estados actuando conjunta o separadamente, en orden a promover el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales como condición necesaria para la existencia de relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones. Tal disposición ha dejado simplemente de ser un referente programático, un propósito mediato de la Organización, para pasar a constituirse en un objetivo real merced a su recobrada capacidad de actuación normativa. La creación de los Tribunales penales supone el establecimiento de un vínculo necesario entre la prevención y represión de los crímenes contra el derecho humanitario y el mantenimiento y, sobre todo, restablecimiento de la paz, como ya ocurriera en relación a la asistencia humanitaria<sup>13</sup>. El Tribunal penal constituye así uno de los máximos exponentes de la apuesta de Naciones Unidas en defensa de la dimensión humanitaria de la seguridad internacional<sup>14</sup>. El Consejo de Seguridad ha asumido en este sentido el papel que el propio artículo 39 de la Carta le atribuye de evaluar las situaciones dinámicas y complejas presentes en las emergencias humanitarias y de adoptar las

hacer respetar la esencia del Derecho humanitario representado por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. *C.I.J. Recueil* 1986 parágrafos 216-221.

12. Cfr. Bedjaoui, M.: *Nuevo orden mundial ...op. cit.*, p. 127.

13. En acertadas palabras del profesor CARRILLO SALCEDO, "La paz, sin embargo, no se fundamenta exclusivamente en la seguridad, ni se confunde con ella, de lo que ya se tuvo clara conciencia en 1948 cuando se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta convicción ha ido afirmándose progresivamente y ha ido haciendo de los derechos humanos, genuino fundamento de la paz, una preocupación básica de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional". Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid 1995, p. 114.

14. Vid respecto de la dimensión humanitaria el trabajo no exento de críticas de TORRELLI, M.: "La dimension humaine de la sécurité internationale". *Le développement du rôle du conseil de Sécurité. Nijhoff, La Haya 1992*, pp. 169-251.

decisiones y establecer los medios apropiados para restablecer la paz. El Tribunal no es sino uno de tales medios cuya existencia está amparada por el tenor ilustrativo y no limitativo del artículo 41 de la Carta<sup>15</sup>. En efecto, al crear primero la Comisión de Expertos para investigar y recabar pruebas respecto de las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia, y en base a sus actuaciones establecer después un Tribunal Penal Internacional, el Consejo está afirmando el que, como acertadamente subraya el profesor BASSIOUNI, la justicia es un componente indispensable de la paz<sup>16</sup>

He aquí una de las transformaciones a nuestro juicio más notables respecto de la implementación del Derecho humanitario en orden a dotar de consistencia en su garantía de aplicación a un conjunto de normas caracterizado por su naturaleza imperativa y su carácter absoluto e indisponible. El Derecho internacional humanitario es el único sector del ordenamiento internacional construido y desarrollado tradicionalmente al margen de Naciones Unidas. En efecto, sin contar con la referencia que el artículo 89 del Protocolo I realiza respecto del papel coordinador de Naciones Unidas, no existe una previsión respecto de la intervención de esta Organización ni de ninguna otra institución internacional en cuanto al control del cumplimiento de las normas humanitarias. El papel asignado por los artículos 9/9/9 y 10 de las cuatro convenciones al C.I.C.R. en ningún caso es de control sobre la aplicación de los tratados, sino de garantía respecto de la posible intervención "previa aprobación de las partes contendientes interesadas" en defensa de las personas protegidas por las normas. Por otra parte, la institución de las "potencias protectoras" concebida en los artículos 8/8/8 y 9 de las convenciones como

15. Vid los argumentos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al establecer su competencia en el citado documento de 2 de octubre de 1995 pp. 11-24. Vid en general las tesis favorables y contrarias al reconocimiento de un poder general de creación de tribunales penales ad hoc en el trabajo de PALCHETTI, P.: "Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire tribunali penali internazionali". *R.D.I.*, 1996-2, pp. 413-438.

16. Vid. un interesante estudio sobre la labor de la Comisión de Expertos creada a partir de la Resolución 780 (1992) de 6 de octubre en donde se reflejan las dificultades de su labor y las limitaciones de orden financiero y político para concluir plenamente el encargo inicial del Consejo de Seguridad en BASSIOUNI, M. Ch.: "The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia". *Occasional Paper N° 2*. International Human Rights Law Institute. De Paul University College of Law, 1996.

pieza clave en el sistema de garantía de aplicación se ha revelado como absolutamente inoperante.

En este contexto, de acuerdo con el profesor ABI-SAAB, consideramos que el desarrollo normativo del derecho internacional humanitario permite y requiere en atención a la naturaleza erga omnes de las normas esenciales que lo integran y del grado de evolución técnica de las mismas, la creación de un órgano imparcial y neutral que actúe exclusivamente en la defensa del interés humanitario general<sup>17</sup>. La creación de un Tribunal penal internacional permanente cuyo estatuto ya ha sido elaborado es la meta deseable, sin duda, que culminaría el proceso de humanización de la guerra. El T.P.I. para la antigua Yugoslavia tiene como misión, entre otras, la de constituir un valiosísimo precedente que ampare tal iniciativa<sup>18</sup>.

## II. EL DERECHO MATERIAL APLICABLE Y LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

Como es sabido, el Estatuto del Tribunal incorpora en sus artículos 2 a 5 el derecho aplicable al tipificar las conductas imputables exclusivamente a personas naturales (art 6) que son objeto de enjuiciamiento por el Tribunal<sup>19</sup>.

17. Vid. unas ya antiguas pero siempre válidas reflexiones del profesor ABI-SAAB, G.: "The specificities of humanitarian law". *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*. Nijhoff, 1984 pp. 265-280.

18. Vid. una positiva valoración en el mismo sentido en DAVID, E.: "Le Tribunal international pénal pour l'Ex-Yougoslavie". *R.B.D.I.*, 1992/2, pp. 596-598.

19. A diferencia de Nuremberg, el Estatuto del Tribunal no contempla su legitimación para actuar contra organizaciones criminales. Únicamente cabe la responsabilidad individual extensible a lo largo de la cadena de mando: desde quien adopta la decisión política hasta quien físicamente la ejecuta. Especial mención merece la incorporación en el Estatuto de la regla de "command responsibility" que atribuye la responsabilidad criminal a un superior por actos de sus subordinados (artículo 7-3º). Por otra parte, quedan excluidas tanto la inmunidad de los jefes de Estado acusados como la exclusión de la responsabilidad por la obediencia debida a un superior. Sin embargo, el párrafo 4º de este mismo artículo 7 permite la atenuación de la pena a partir de la libre ponderación por el Tribunal de las circunstancias que estuvieron presentes en el cumplimiento de la orden del superior jerárquico. Vid. sobre esta cuestión a DAPHNA, S. y ZACKLIN, R.: "The international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia". *European Journal of International*

Son tres las categorías en las que se engloban el conjunto de los crímenes descritos. Por una parte, los crímenes de guerra, expresión comprensiva de las infracciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales, de la IV Convención de la Haya de 1907 y reglamento anejo; de otro lado el genocidio tal y como aparece definido en el Convenio de 9 de diciembre de 1948 y, en fin, los crímenes contra la humanidad recogidos básicamente en el artículo 5 c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>20</sup>. Bajo nuestra perspectiva de estudio, es preciso abordar los problemas de *aplicación e interpretación* de tales disposiciones en los primeros pasos dados *por el Tribunal* a la luz de las decisiones en las que el Fiscal y el Tribunal han debido calificar las conductas y resolver las alegaciones de los acusados en relación al derecho material aplicable definido en el Estatuto y que constituye la base de su competencia<sup>21</sup>.

*law*, 1994-3, pp. 369-370. La práctica reciente del Tribunal ofrece interesantes piezas procesales que nos ilustran respecto del alcance de la responsabilidad de los superiores en virtud del artículo 7-3. A tenor de esta disposición, incumbe a los comandantes militares de cualquier nivel el adoptar todas las medidas prácticamente posibles para impedir que sus subordinados cometan infracciones al derecho internacional humanitario o para reprimir las ya cometidas. El *conocimiento efectivo* de los hechos delictivos sobre la base de pruebas directas o indirectas genera la presunción de que ha existido una autorización o cuando menos una aquiescencia sobre las conductas criminales que genera a su vez una responsabilidad criminal. Igualmente cabe una *responsabilidad por negligencia* cuando el superior jerárquico tuviera razones para conocer por motivo de su cargo la conducta de sus subordinados. A juicio del Fiscal "En Droit International, il incombe à un commandant militaire de chercher activement, et non passivement, à être informé de ce qui se passe dans sa zone d'opérations". Vid sobre el alcance del citado artículo 7-3 del Estatuto según el parecer de la Fiscalía, entre otros los siguientes documentos referidos al asunto T. Blaskic: *Reponse du Procureur a l'exception prejudicielle de la defense portant sur l'intention delictueuse requise pour les charges invoquant la responsabilite de superieur hierarchique*; *Reponse du Procureur a l'exception prejudicielle de la defense en vue de supprimer parties de l'acte d'accusation modifie alleguant la responsabilite pour "manquement a l'obligation de punir"*, Ambos documentos son de 20 de enero de 1997 (caso n° IT-95-14-T).

20. Sobre una descripción detallada de los artículos 2 a 5 del Estatuto vid. CASTILLO, M.: "La compétence du Tribunal pénal international pour la Yougoslavie". R.G.D.I.P., 1994-1, pp. 64-75

21. En el conjunto de las cuestiones suscitadas por la interpretación del Estatuto del Tribunal y de su Reglamento, siempre está presente, además de los criterios interpretativos propios de toda norma jurídica internacional, "an 'evolutionary' method of interpretation by which contemporary developments in international law are incorporated into the relevant provisions of international law human rights instruments". En efecto, como tendremos ocasión de observar al contemplar la práctica generada hasta el momento, el Tribunal ha aplicado un

A. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN A LA NATURALEZA INTERNA O INTERNACIONAL DEL CONFLICTO ARMADO

1. *La competencia del Tribunal para conocer las violaciones graves de los convenios de Ginebra*

Como es sabido, el artículo 2 del Estatuto garantiza la legitimación del Tribunal para conocer las violaciones graves del Derecho de Ginebra. Mediante un sistema de lista, se enumeran pormenorizadamente las situaciones que dan lugar a la intervención del Tribunal el cual asume, de esta suerte, el ejercicio de una jurisdicción que, como después veremos, puede ser concurrente con la que poseen los tribunales nacionales<sup>22</sup>.

Los problemas de aplicación planteados hasta la fecha y que a continuación abordaremos hacen referencia a la fijación del alcance de la disposición por referencia a la naturaleza del conflicto en cuyo seno se comete el crimen en cuestión. En otras palabras, dada la complejidad y evolución del conflicto será preciso determinar la vinculación del hecho ilícito al concreto estadio del con-

principio general expansivo tanto en cuanto al ámbito material como en lo relativo a la eficacia de los mecanismos de aplicación tendente a incorporar las particularidades de evolución más notables referidas a la necesidad de dotar de mayor efectividad al sistema de protección del derecho humanitario en detrimento de la soberanía estatal. Vid sobre las reglas de interpretación aplicables por el Tribunal el documento titulado *Prosecutor's pre-trial brief* de 10 de abril de 1996 emitido con ocasión del proceso contra D. Tadic. Doc. IT-94-1-T.

22. El artículo 2 del Estatuto del Tribunal titulado violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 afirma que: "El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del convenio de Ginebra aplicable: a) homicidio intencional; b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, c) actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud; d) destrucción o apropiación de bienes no justificados por las necesidades militares y llevados a cabo en gran escala y en forma ilícita o arbitraria; e) uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o un civil a prestar servicio en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; f) privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de un juicio justo y con las debidas garantías; g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; h) Toma de civiles como rehenes". Vid un comentario detallado de los elementos que configuran cada una de las conductas tipificadas en el documento de 10 de abril de 1996 citado en la nota anterior, pp. 14-32.

flicto y determinar si la ambigua referencia del artículo 2 a las graves violaciones de los convenios de Ginebra hay que interpretarla a la luz del ámbito de aplicación de las citadas convenciones cuyo artículo 2 común exige una naturaleza internacional, o si la falta de referencia al necesario carácter internacional del mismo permite ampliar, en el caso de la antigua Yugoslavia, el ámbito de Ginebra a cualquier conflicto surgido en la antigua Yugoslavia a partir del fecha inicial de actividad del Tribunal. El problema de aplicación surge del *carácter mixto del conflicto* que, en su estadio internacional, requiere la aplicación del Derecho de Ginebra en su integridad y en su estadio interno únicamente permite la aplicación del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II de 1977<sup>23</sup>.

Como consecuencia de la deliberada falta de calificación del conflicto por parte del Consejo de Seguridad ha sido necesario clarificar el ámbito de aplicación *ratione materiae* de tales disposiciones. El art. 2 del Estatuto incorpora a la competencia del Tribunal el sistema de graves violaciones contra personas protegidas por el derecho de Ginebra limitado, en cuanto al ámbito internacional de aplicación, como es notorio, a los conflictos internacionales<sup>24</sup>. El motivo

23. En relación a la evolución del conflicto y la diversidad de calificaciones del mismo, es preciso tener en cuenta la oscilación desde un conflicto interno en su primera fase coincidiendo con la intervención del ejército federal en Eslovenia y Croacia para aplastar una "insurrección armada"(desde enero de 1991), pasando por una fase de conflicto internacional (desde octubre de 1991) hasta llegar a un conflicto interno internacionalizado en el momento en que las tropas de Serbia y Montenegro se retiran del territorio Bosnio, retirada decretada el 4 de mayo de 1992 por la Presidencia de la República Federal Serbia. Vid. respecto a la evolución del conflicto a partir del criterio de la efectividad en el control del territorio a TANCA A.: "Sulla qualificazione del conflitto nella ex iugoslavia". *R.D.I.*, 1993-1, pp. 37-51.

24. Conviene en este momento realizar alguna precisión en torno a la noción de personas protegidas por los Convenios y el Protocolo I. A juicio del Tribunal, es preciso tener en cuenta que la naturaleza consuetudinaria de las disposiciones sustantivas de las convenciones, incluyendo las violaciones graves, provoca el que ellas sean aplicables en la actualidad a todos los conflictos armados internacionales, con independencia de la vinculación convencional de las partes contendientes. De esta suerte, el ámbito de aplicación del derecho humanitario de Ginebra se extenderá a cualquier persona protegida con independencia de su nacionalidad. Y ello en la medida en que el grado de compromiso del Estado del que son nacionales las víctimas es irrelevante desde la perspectiva del alcance de la protección personal garantizado por la norma. Vid unas interesantes reflexiones sobre las consecuencias que para la noción de personas protegidas posee la naturaleza consuetudinaria de la esencia del derecho de Ginebra en el citado documento *prosecutor's pre-trial brief* de 10 de abril de 1996. En concreto, respecto a la IV Convención, la interpretación dada por el Tribunal respecto del alcance del artículo 4 es generosa

fundamental de esta limitación establecida en 1949 fue esencialmente el compromiso estatal de no extender el procedimiento de justicia universal obligatorio para la represión de violaciones graves del derecho humanitario previsto en los convenios, a situaciones de conflicto interno (insurgencia) incluidas, en todo caso, en el ámbito de la soberanía estatal. Al ser el Tribunal el destinatario del mandato de represión que, en nombre de la Comunidad internacional, asume como único valor la protección de los derechos humanos al margen de otras consideraciones, ¿podría considerarse como extensible, en lo que a las personas protegidas y las conductas punibles se refiere, el sistema de "graves violaciones" de Ginebra a cualquier conducta criminal con independencia del contexto bélico en que esta se realiza?. O, en otras palabras, ¿podría considerarse al artículo 2 del estatuto del Tribunal como desligado, en cuanto a su técnica de aplicación, del sistema de graves violaciones de los convenios de Ginebra limitado por su vinculación a los conflictos internacionales?.

La Sala de apelación del Tribunal ha abordado la cuestión con ocasión de la ya citada *decision on the defence motion for interlocutory jurisdiction dictada en el asunto D. Tadic* en la que se resolvía su propia competencia material con ocasión del recurso presentado por la defensa contra la decisión de la sala II del Tribunal de 10 de agosto de 1995 que denegaba íntegramente los motivos contrarios a la competencia material alegados por la defensa. En ella, el Tribunal, aun cuando reconoce una tendencia hacia un posible cambio en la *opinio iuris* de los Estados en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación del sistema de Ginebra, considera, sin embargo, que "en el presente estadio de desarrollo del derecho el art. 2 del Estatuto sólo se aplicará a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales". Debemos apuntar en este sentido, de acuerdo con M. Sassòli, lo acertado de la limitación del Tribunal respecto de su propia competencia en la medida en que una correcta aplicación del principio de legalidad penal exige suma cautela y prudencia a la hora de

en el sentido de considerar que tal disposición ampara *cualquier situación* en la que, en un momento cualquiera y de la manera que sea existan personas en poder de una parte en el conflicto. La expresión "en poder de" debe ser interpretada a juicio del Tribunal en el sentido de ampliar la cobertura de la convención a una situación en la que tropas pertenecientes o dependientes de un Estado extranjero controlaran un territorio. Y ello con independencia de que tales personas estuvieran directa o materialmente en poder de tal Estado extranjero. La atribución del control militar sobre un área geográfica sería un requisito suficiente a juicio del Tribunal Penal equiparable al hecho de estar en posesión de la parte contendiente que ejerce ese control. Vid. en este sentido la decisión de la Sala de Primera Instancia II en el examen del acta de acusación conforme al artículo 61 del Reglamento de procedimiento. Asunto I. Rajic. Doc IT-95-12-R61, pp. 19-23.

determinar el surgimiento de nuevas normas consuetudinarias o de contribuir al desarrollo del derecho<sup>25</sup>.

A partir de la imposibilidad de considerar *a priori* como derecho aplicable los convenios de Ginebra en la vertiente interna del conflicto en la ex-Yugoslavia, momento en el que se han producido la mayor parte de los crímenes internacionales objeto de incriminación por el Tribunal, es fundamental determinar por parte del Tribunal en cada caso la naturaleza del conflicto en el momento en el tales crímenes se producen<sup>26</sup>. En la práctica tal determinación tiene en cuenta los siguientes elementos: en primer lugar, momento y duración del crimen cometido tal y como se refleja, por ejemplo en el acta de acusación nº IO de 7 de noviembre de 1995 dictada en el *asunto Mrksic, Radic y Sljivancanin* (hospital de Vukovar). Al confirmar la acusación del fiscal basada, entre otros cargos, en la infracción del art 2 c) del Estatuto, el Tribunal tiene en cuenta a la hora de calificar el conflicto la entrada en vigor de la declaración de independencia de Croacia como el momento en el que la contienda en la Eslovenia oriental se convierte en internacional<sup>27</sup>. En segundo lugar es esencial igualmente la fijación de la dependencia y control de los contendientes respecto de un Estado extranjero. En tal sentido, es claro el pronunciamiento del Tribunal en el *asunto D. Nikolic* al considerar demostrado y, por tanto aplicable el art. 2 del Estatuto, el que "troupes de la

25. Vid. en este sentido, SASSÒLI, M.: "La premiere décision de la chambre d'appel du Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (competence). *R.G.D.I.P.*, pp. 123-124.

26. Algún autor ha considerado que, al excluir como principio general la aplicación del sistema de graves violaciones de los convenios de Ginebra en el conflicto yugoslavo y tener que determinar en cada caso el carácter interno o internacional del conflicto, se ha complicado innecesariamente el futuro trabajo del Tribunal. Sin embargo, la decisión es importante tanto por el estricto respeto al principio de legalidad que supone el aplicar rigurosamente el Derecho de Ginebra, como por la constatación posterior realizada por el Tribunal al afirmar el carácter de crimen internacional de las violaciones serias del derecho humanitario acaecidas en los conflictos internos. Vid una valoración crítica de la decisión del Tribunal de 2 de octubre de 1995 en GEORGE, H. A.: "Jurisdiction of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia". *A.J.I.L.*, 1996-4, pp. 64-69.

27. En relación a este caso, el juez Riad, de la Sala de Primera Instancia Nº 1 declaró "Attendu qu'il resulte du dossier que les victimes des actes visés par l'accusatio étaient des personnes protégées par les Conventions de Genève de 1949 et qu'à partir du 8 octobre 1991 au moins, date à laquelle la suspension de la déclaration d'indépendance de la Croatie a pris fin, le conflit présentait un caractère international. Que dans ces conditions, la référence à l'article 2 du Statut apparaît pertinente". Cfr. *Doc IT-95-13-I* Confirmación del acta de acusación contra M. Mrksic, M. Radic y V. Sljivancanin realizada el 7 de noviembre de 1995.

JNA provenant de Novi Sad, et sous le contrôle du gouvernement de Belgrade, ont pris part à l'occupation de Vlasenica après que la Bosnie-Herzégovine ait été reconnue comme un Etat indépendant"<sup>28</sup>. En efecto, este segundo factor se revela como determinante en lo que a la calificación del conflicto se refiere en la línea de lo establecido por el T.I.J. en el *asunto relativo a la aplicación de la convención para la prevención y represión del crimen de genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), ordenanza de 8 de abril de 1993, donde el tribunal, para declararse competente, tiene en cuenta la vinculación orgánica de las unidades intervinientes en el conflicto respecto del Gobierno de la República federativa de Yugoslavia<sup>29</sup>. Es preciso reseñar, sin embargo, que el fiscal ha sido reacio a reconocer la limitación que el propio Tribunal ha establecido en el asunto Tadic a la hora de calificar el conflicto. Así, en el *asunto Kordic y otros ("Lasva River Valley area")* ha considerado como inmersos en un conflicto internacional los ataques del denominado Consejo de Defensa Croata (HVO), órgano armado de la comunidad croata de Herceg-Bosna (HZ-HB), realizados contra la población civil musulmana del area del Valle de Lasva (Bosnia Central)<sup>30</sup>. La calificación *no justificada* del conflicto ni por el tiempo en que se produjo ni por las partes intervinientes tenía por misión claramente la aplicación del concepto de personas protegidas por los convenios de Ginebra a las víctimas bosnio-musulmanas de los ataques bosnio-croatas y, en consecuencia, justificar la competencia del Tribunal al amparo del artículo 2-a,b y d de su Estatuto. Ciértamente son encomiables los esfuerzos que realiza el fiscal al objeto de garantizar la competencia del Tribunal expandiendo el carácter de persona protegida propio de los convenios de Ginebra al conjunto de las víctimas del conflicto. Sin embargo, con tal fin ha llegado a inter-

28. Cfr. el *Doc IT-94-2-R61* de 20 de octubre de 1995. La misma consideración de pertenencia a la estructura militar de otro Estado ha sido retenida por el Tribunal en el citado asunto del hospital de Vukovar, donde es esencial, a la hora de calificar el conflicto, el hecho de que los responsables máximos del asesinato de 300 personas en esta ciudad de la Eslavonia oriental fueran militares serbios, aunque materialmente el crimen fuera llevado a cabo por fuerzas paramilitares no pertenecientes a la armada regular Yugoslava. Vid. en este sentido el *Doc IT-95-13-I* de 7 de noviembre de 1995.

29. En este sentido, afirma el Tribunal Internacional de Justicia que el Gobierno de Serbia y Montenegro "doit en particulier veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité ou son influence ne commettent le crime de génocide...". Cfr. *T.I.J. Recueil*, 1993, p. 24.

30. Vid el acta de acusación del fiscal en el *Doc IT-95-19-I*.

pretaciones excesivamente forzadas de los elementos que califican el conflicto hasta el punto de afirmar la naturaleza internacional de la guerra entre las diferentes facciones bosnias en lucha a partir del carácter "indeterminado" de la nacionalidad de los ciudadanos serbo-bosnios habitantes de la república de Bosnia-Herzegovina. En la medida en que poseen un derecho de opción reconocido en los acuerdos de Dayton, el fiscal llega a considerar tal ambigüedad en cuanto al vínculo de nacionalidad como argumento en favor de un conflicto armado internacional en el que se han visto implicados directamente combatientes y no combatientes nacionales de distintos Estados<sup>31</sup>

En definitiva, el Tribunal debe tener en cuenta aquellos elementos que pudieran evidenciar la existencia de ataques armados o de una ocupación militar del territorio por tropas de un Estado extranjero, situación que en todo caso se da en Eslovenia y Croacia a partir de su declaración de independencia el 8 de octubre de 1991, confirmada por sucesivos actos de reconocimiento en enero de 1992, y en Bosnia-Herzegovina desde su proclamación como Estado independiente el 3 de marzo de 1992 confirmada por actos de reconocimiento como el la Comunidad Europea de 7 de abril. Formalmente, el conflicto pasa a convertirse en un conflicto interno a partir de la proclamación de la nueva Constitución de la República federativa de Yugoslavia de 27 de abril de 1992 y la consiguiente orden de retirada de tropas que aun permanecían en el territorio de Bosnia-Herzegovina de 4 de mayo de 1992.

## 2. *El artículo 3 como cláusula general que garantiza la competencia del Tribunal en conflictos internos*

La violación de las leyes o usos de la guerra como base de la competencia del Tribunal es recogido en los siguientes términos:

"El Tribunal internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea exhaustiva:

31. Vid una interesante confrontación entre la defensa y la acusación en relación al asunto D. Tadic en los documentos titulados *Response on the defence to the prosecutor's pre-trial brief filed on 10 april 1996* de 23 de abril de 1996 y *Prosecutor's reply to the response on the defence (filed on 23 april 1996) to the prosecutor's pre-trial brief* de 26 de abril de 1996.

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;
- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Los ataques o bombardeos por cualquier medio de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;
- d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto, la beneficencia, la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas o los daños deliberados a éstas
- d) El pillaje de bienes públicos o privados"

Inicialmente, son dos las características llamativas de la disposición: por una parte el carácter abierto de la tipificación y, por otra, la ausencia de cualquier referente convencional que pudiera evidenciar un fundamento consuetudinario de la norma. Ambas cuestiones nos sitúan ante la determinación del concepto de leyes o usos de guerra que no constituyen una categoría claramente establecida en derecho humanitario, sino que aglutina una serie de conductas punibles enumeradas de manera dispersa en diferentes normas que arrancan del derecho de La Haya (IV convención), se plasman en el Estatuto del tribunal de Nuremberg y encuentran una relativa positivación en los Convenios y Protocolos de Ginebra. En este sentido, la enumeración que realiza el art. 3 se solapa con otras disposiciones del Estatuto cuyo objeto central es tanto limitar las técnicas bélicas, como proteger a la población no combatiente frente a ataques indiscriminados (por ejemplo arts 147/IV o 85 del Procolo I). En este contexto, ¿cual es la función de una tipificación específica en el Estatuto de las leyes o usos de la guerra?. La finalidad de la norma es preciso entenderla desde una interpretación sistemática y teleológica de la voluntad del Consejo de Seguridad. La enumeración de conductas punibles del citado art. 3, meramente ilustrativa, se inscribe en el Estatuto como *cláusula general o residual* en el sentido de cubrir *todas las violaciones* del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales distintas de las enumeradas como graves violaciones de los convenios de Ginebra así como del derecho de La Haya. Por otra parte, al enunciar conductas concretas, desligándolas de una norma específica que las tipifique y que determine su aplicabilidad por referencia al conflicto en que se producen, igualmente asegura la competencia del Tribunal para conocer violaciones de reglas aplicables a los *conflictos armados internos*, especialmente del artículo 3 común de Ginebra y de otras normas de derecho consuetudinario. Por último, permite conocer la

violación de normas convencionales aplicables a las partes en el conflicto. De acuerdo con el estudio que el propio tribunal realiza de su competencia material, podemos afirmar que el artículo 3 del Estatuto es una auténtica *cláusula de cierre de su competencia* en el sentido de amparar serias violaciones del derecho internacional humanitario no cubiertas por los artículos 2,4 y 5. Prueba de ello es la técnica de utilización del artículo 3 en todas las actas de acusación formuladas hasta el momento de manera *cumulativa o alternativa* con otras calificaciones que cubrirían los mismos hechos. Siempre que exista un ataque contra personas que no hayan tomado parte activa en las hostilidades o combatientes heridos o que hayan depuesto las armas, el artículo 3 del Estatuto constituirá una de las bases de la acusación. Así, en algunos casos la calificación de una conducta constitutiva de homicidio, tortura o violación según el artículo 3 se acumula con la tipificación de los mismos hecho bajo el artículo 2. Lo mismo ocurre en relación con los crímenes contra la **humanidad**. La razón de esta múltiple calificación no es otra que el asegurar en todo caso la existencia de una *base acusatoria suficiente* con independencia de la naturaleza que finalmente se reconozca al conflicto en el que se inscribe la concreta conducta o de la amplitud y sistematicidad de los ataques contra los no combatientes<sup>32</sup>.

La indeterminación premeditada de la norma al dejar abierta la relación de conductas susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal provoca la necesidad de fijar unas condiciones mínimas para considerar a una violación seria del derecho humanitario como comprendida en la competencia prevista en el artículo 3. De acuerdo con el Tribunal, tales condiciones pasarían por determinar que:

"(i) The violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law

(ii) The rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met

(iii) the violation must be serious, that it to say it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences to the victim.

32. Vid en este sentido, por ejemplo y entre otras muchas el acta de acusación formulada en el *caso IT-95-9-I* contra S. Miljkovic y otros (Bosanski Samac) donde de manera reiterada los asesinatos, torturas y asaltos sexuales son calificados por el fiscal de manera simultánea como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o violaciones graves de los convenios de Ginebra.

(iv) the violation of the rule entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule".

De estas condiciones pueden deducirse dos requisitos básicos previos a la aplicación del artículo 3: por una parte, la existencia de un conflicto armado interno o internacional de cierto nivel o intensidad y por otra, la vinculación entre la persona que comete un crimen y una de las partes en el conflicto, con independencia de que la relación sea formal o simplemente de facto.

Teniendo en cuenta la naturaleza esencialmente interna o internacionalizada del conflicto desarrollado en el territorio de las nuevas repúblicas surgidas de la antigua Yugoslavia, la práctica derivada hasta el momento del artículo 3, aun siendo limitada, ha suscitado interesantes elementos de reflexión respecto de la evolución del derecho humanitario, especialmente en lo tocante a la identificación de reglas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos y a la obligación internacional de criminalizar la violación de tales reglas<sup>33</sup>.

Estudiando las diferentes actas de acusación formuladas hasta el momento, puede afirmarse que existe un referente normativo consuetudinario aplicable a los conflictos internos que obliga a respetar unos mínimos en favor de los no combatientes y que son parte integrante, sin duda, de las leyes o usos de la guerra con independencia de su carácter interno y contenido en el art. 3 común de Ginebra, protocolo II y convenios de La Haya. Como señala el Tribunal al confirmar la acusación en el *asunto M. Martić* :

"La prohibition d'attaquer les civils doit être deduite des dispositions de l'article 3 commun qui pose que toutes les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités 'seront en toutes circonstances traitées avec humanité' et qui prohibe au paragraphe 1(a) du premier alinea 'les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels...'. Des attaques dirigées contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles obligeraient nécessairement à violer ces normes imperatives minima

33. Vid. unas interesantes reflexiones que, a la luz del Estatuto, realiza el profesor Th. MERÓN respecto al papel de clarificación del derecho humanitario aplicable a los conflictos internos que iba a jugar el Tribunal en su trabajo "War crimes in Yugoslavia and the development of international law". *A.J.I.L.* 1994.

applicables à tous les conflits armés. L'article 4 du Protocole II, qui développe et complète l'article 3 commun, ne fait que reprendre ces garanties fondamentales"<sup>34</sup>.

Por su parte, la aplicabilidad a los conflictos internos de los principios que rigen las hostilidades ha sido subrayado en el *asunto Tadic* al afirmar que

"elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife"<sup>35</sup>.

Ciertamente, a la hora de determinar y formular la norma consuetudinaria es preciso adoptar cautelas en la medida en que como subraya el propio Tribunal no es posible una extensión mimética de las normas que rigen los conflictos armados internacionales a los conflictos internos. Sólo un cierto número de reglas y principios han sido extendidos progresivamente y,

34. Cfr. *Doc. IT-95-11-R61*, p. 5, párrafo 14. Como justificación de la citada afirmación, el Tribunal en el conocido *asunto D. Tadic* se basa en actos con trascendencia jurídica en tanto que precedentes de la formación de la norma consuetudinaria realizados por representantes de las partes en diferentes conflictos (guerra civil española, conflicto en el Congo, guerra en El Salvador). Igualmente, la práctica resultante del C.I.C.R en tanto que factor esencial en la emergencia o cristalización de normas consuetudinarias. Cita el Tribunal, por último, otros importantes textos surgidos de Organizaciones Internacionales tales como las *resoluciones de la A.G. 2444 y 2675* adoptadas por unanimidad y que, de acuerdo con el Tribunal, "constituyen principios de derecho consuetudinario internacional relativos a la protección de poblaciones civiles y propiedades en conflictos armados de cualquier clase. Cfr. en tal sentido el *Doc. IT-92-i-AR72*, pp. 59-61, párrafos 100-116. Sobre el valor del Protocolo II, vid. el párrafo 117 del mismo documento. En la misma línea vid el trabajo de Th. MERÓN: *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Clarendon Press, Oxford 1989.

35. Cfr. el citado documento *IT-94-1-AR72*, p. 64, párrafo 119. A juicio del Tribunal, un precedente indudable acerca de la existencia de un consensus general en torno a la limitación de los métodos de guerra en los conflictos armados internos lo constituye la suma de manifestaciones estatales condenando a Iraq por la utilización de armas químicas contra la población Kurda. Vid. en este sentido los párrafos 120-124 del mismo documento. En el mismo orden de ideas, es de destacar la regulación interna de Estados como Alemania cuyo "Manual Militar" de 1992 dispone la obligación de conducir las hostilidades de acuerdo con las reglas de derecho internacional humanitario con independencia de la naturaleza del conflicto de que se trate.

por otra parte, aun considerando aplicable la esencia de la norma al conflicto interno es preciso formularla de manera acorde con la especial naturaleza del mismo<sup>36</sup>.

Teniendo en cuenta las precedentes afirmaciones del Tribunal, puede afirmarse la idea de que la defensa de la soberanía estatal "has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach". De esta suerte, la distinción entre conflictos entre Estados y conflictos internos pierde su valor en la medida en que el objeto preferente de la regulación internacional, por encima de otras consideraciones, es la defensa del ser humano. En efecto, afirmar la existencia de un nivel mínimo de protección garantizado desde instancias supranacionales encargadas de velar por la aplicación de normas internacionales con efectos *erga omnes* en los conflictos internos, con independencia de la calificación formal dada por el estatuto de las fuerzas intervinientes en los mismos o de la constatación de las condiciones materiales del conflicto, supone negar que su calificación y regulación quede relegada y a merced del derecho interno del Estado<sup>37</sup>. Siempre que se den los requisitos básicos relativos a la amplitud del conflicto, es decir, siempre se encuentre comprendido entre aquellos que impliquen una acción hostil, colectiva y organizada por una parte o grupo de población contra el gobierno o entre sí, existirá la obligación de aplicar las reglas mínimas. El Tribunal Penal Internacional garantiza así su propia competencia al jugar el papel de órgano de calificación y aplicación del derecho a la par de ser el exponente de una vía ya apuntada por la doctrina y respaldada por la práctica del Consejo de

36. *Ibid*, Parágrafo 126.

37. Frente a la ausencia de definición clara del conflicto armado no internacional y la ausencia de un procedimiento de constatación del mismo, la actuación discrecional del Estado a la hora de reconocer una determinada situación que pudiera acarrear la aplicación de reglas protectoras ha sido el principal referente para apreciar la existencia de un conflicto interno. En este sentido, puede afirmarse con la profesora A. MANGAS que "la actitud de los gobiernos es negar que los eventuales enfrentamientos constituyan una oposición generalizada y que los rebeldes estén organizados militarmente". Cfr. MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, U. Salamanca, Salamanca 1990, p. 60. El motivo de ello es doble: por una parte, el temor a que el reconocimiento del conflicto sitúe al Estado en una posición de debilidad política y, por otra, el infundado temor de conceder a las partes en el conflicto un estatus jurídico indeseado. Vid en el mismo sentido CALOGEROPOULUS-STRATIS, A. S.: *Droit humanitaire et Droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Sijhoff, Leiden, 1980, pp. 67-74.

Seguridad en el sentido de permitir la intervención de Naciones Unidas en conflictos internos a través del mecanismo del Capítulo VII de la Carta<sup>38</sup>.

Además de la existencia de norma aplicable, desde la perspectiva de la competencia del Tribunal es necesario que la propia disposición establezca tal obligación de sanción. En efecto, el que una conducta no esté permitida no quiere necesariamente decir que su comisión genere un crimen y, por tanto, la responsabilidad internacional de sus autores.

Aun cuando no ha sido establecido claramente por las referidas normas internacionales aplicables a los conflictos internos, cabe señalarse que su violación genera la *responsabilidad penal individual* de sus autores directos así como de los superiores jerárquicos. Así ha sido puesto de relieve tanto por el Tribunal al interpretar lógica y teleológicamente las normas consuetudinarias aplicables a los conflictos internos, como por la práctica de aquellos órganos internos o internacionales competentes en materia de aplicación del derecho. De acuerdo con la citada práctica y la doctrina reciente<sup>39</sup>, cabe afirmar que el artículo 3 común (y Protocolo Adicional II) constituyen la parte sustancial de unas normas cuyo objetivo principal es la determinación de la responsabilidad del individuo. De manera concreta, la justificación de semejante afirmación puede apreciarse desde los siguientes argumentos: en primer lugar, existe una identidad en cuanto al contenido sustantivo de las conductas descritas en los textos citados y las violaciones graves de Ginebra, lo que, lógicamente debería provocar una similitud en cuanto a las consecuencias del hecho criminal. Esto ha sido lo que, con mejor técnica, ha dispuesto el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Para Ruanda<sup>40</sup>. En segundo término, los Estados han refrendado el principio de responsabilidad individual en el momento en que han debido actuar legislativa o judicialmente en su orden interno en aplicación de los convenios de Ginebra. Así, por ejemplo, la *United States Court of*

38. Vid. MANGAS MARTIN, A.: *Conflictos armados internos...op.cit.* p.63.

39. Vid de manera especial las reflexiones que sobre el contenido y alcance del art. 3 del Estatuto del tribunal realiza MEINDERSMA, Ch.: "violations of common article 3 of the Geneva conventions as violations of the law or customs of war under article 3 of the Statute of the international criminal tribunal for the Former Yugoslavia". *Netherlands International Law Review*, XLII, pp. 375-397. En especial pp. 389-395.

40. A tenor del art 3 "El Tribunal Internacional para Ruanda tiene competencia para perseguir a las personas que cometan u ordenen cometer serias violaciones del artículo 3 común de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de víctimas de guerra, y del protocolo Adicional II de 8 de junio de 1977...". Vid. la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre.

*appeals for the second circuit decision in Kadiv v. Karadzic* de 13 de octubre de 1995 señaló en este sentido que "The liability of private individuals for committing war crimes has been recognized since World War I and was confirmed at Nuremberg after World War II...and remains today an important aspect of international law"<sup>41</sup>. En derecho español, el Título XXIV del Código Penal, en especial los artículos 607 a 614, tipifican los crímenes cometidos contra personas protegidas por los convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales I y II, sin olvidar (artículo 610) la represión del empleo de medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos<sup>42</sup>. Procesalmente, la competencia de los tribunales españoles para conocer hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional aparece regulada con toda nitidez en el artículo 21-4 de Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio<sup>43</sup>. Por último, numerosas resoluciones del Consejo de seguridad avalan el principio de responsabilidad por crímenes de guerra y otras violaciones del Derecho internacional humanitario con independencia de la naturaleza del conflicto<sup>44</sup>.

La consecuencia de todo ello es clara: los *delicta iuris gentium* cometidos en situaciones de conflictos internos deberán ser tratados como crímenes internacionales<sup>45</sup>. Los Estados deberán aplicar a las normas de derecho humanitario relativas a los conflictos internos los mismos compromisos de represión que los establecidos en los arts 49/50/129 y 146 de Ginebra, incluyendo el prin-

41. Cfr. el texto de la decisión en el *I.L.M.*, 1995-6, pp. 1595-1614.

42. Cfr. su texto en el *B.O.E.* núm. 281 de 24 de noviembre de 1995. Otras normas penales y procesales internas siguen una técnica similar a la española como el propio Tribunal se ha encargado de recordar. Así, la ley belga de 16 de junio de 1993 sobre represión de las infracciones graves a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos Adicionales I y II o el propio Código Penal de la Antigua Yugoslavia de 1990, habilitan a los tribunales internos para conocer infracciones relativas a normas de derecho humanitario aplicables a los conflictos internos. Vid. estas y otras referencias en los párrafos 131 y 132 del doc IT-94-1-AR72.

43. Vid. el texto de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial en el *B.O.E.* núm 157 de 2 de julio de 1985.

44. Vid. por ejemplo, entre otras las siguientes resoluciones del Consejo: 794 (1992) de 3 de diciembre y 814(1993) de 26 de marzo en relación a Somalia; 935(1994) de 1 de julio y 955(1994) de 8 de noviembre sobre Ruanda. Respecto al conflicto en la antigua Yugoslavia vid entre las resoluciones recientes que establecen el principio de responsabilidad penal individual la 1034(1995) de 21 de diciembre o la 1047(1995) de 19 de diciembre.

45. Vid. sobre la materia el excelente estudio de MERON, T.: "International criminalization of internal atrocities". *A.J.I.L.*, vol 89 (1995), pp. 554-577.

cipio *aut dedere aut judicare* en ellos contenido. Cabe afirmarse, por tanto, la doble obligación de nacionalizar penalmente las conductas tipificadas en las normas internacionales aplicables a los conflictos internos y de asumir el *principio de justicia universal* propio de las violaciones graves de los convenios de Ginebra. Lo mismo puede predicarse respecto de los crímenes en el ámbito del convenio de La Haya.

De esta suerte, se reafirma el papel del *juez interno como juez humanitario* al extender su competencia para conocer serias violaciones del Derecho humanitario al margen de las tipificadas como infracciones graves a los Convenios de Ginebra. Los Estados deberán adecuar su legislación procesal en orden a garantizar el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales nacionales frente a las infracciones acaecidas en conflictos internos.

Como hemos apuntado, a la misma conclusión llega el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el conocido *asunto Tadic* donde se reconoce la necesidad de incriminación de determinadas conductas desde el punto de vista objetivo al equiparar y no hacer distinciones entre violaciones graves de los convenios de Ginebra y las serias violaciones del artículo 3 común, Protocolo II y los principios y normas relativas a los métodos de combate aplicables en los conflictos internos. Semejante equiparación en lo que a la determinación de la responsabilidad individual se refiere es absolutamente necesaria "from the point of view of substantive justice and equity"<sup>46</sup>.

## B. EL GENOCIDIO Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

De manera complementaria a la competencia del Tribunal por la comisión de crímenes de guerra previstos en los artículos 2 y 3, los artículos 4 y 5 se orientan a la tipificación de conductas contra la población civil y que presentan como notas comunes su carácter sistemático y la envergadura de las mismas.

En cuanto al genocidio, el Estatuto reconoce al Tribunal la competencia para conocer las conductas descritas en el conocido artículo I del convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948. Sin embargo, el fiscal ha sido reacio hasta el momento a calificar las conductas punibles como de genocidio,

46. Vid. los párrafos 128 a 136 del reiteradamente citado Doc. IT-94-1-AR72.

prefiriendo aplicar el concepto de crímenes contra la humanidad. Y ello por temor a ver rechazada la acusación toda vez que un crimen de genocidio debe cumplir una serie de requisitos materiales que la fiscalía no puede o no quiere entrar a probar. El Tribunal por su parte, ha sido más generoso a la hora de aplicar el tipo previsto en el artículo 4, llegando incluso a revisar actas de acusación preexistentes. En el asunto *Karadzic y Mladic (Srebrenica)* el Tribunal ha abordado la cuestión del genocidio en Bosnia-Herzegovina no como el resultado concreto de un hecho individualmente considerado como fue el exterminio de miles de personas no combatientes habitantes del enclave protegido, sino en el contexto de la "limpieza étnica" llevada a cabo en el conjunto de la nueva república. Así, el juez Riad, en el momento de confirmar el acta inicial de acusación contra los líderes serbo-bosnios afirma, en una reflexión que se puede extrapolar a la mayor parte de las situaciones que han sido objeto de conocimiento por el Tribunal,

"The policy of 'ethnic cleansing' referred to above presents, in its ultimate manifestation, genocidal characteristics. Furthermore, in this case, the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, which is specific to genocide, may clearly be inferred from the gravity of the 'ethnic cleansing' practiced in Srebrenica and surrounding areas..."<sup>47</sup>.

Política de limpieza étnica que ha sido sistemáticamente organizada desde la jerarquía militar y política de las diferentes facciones en liza y que incluye asimismo deportaciones masivas en una política tendente a crear nuevas fronteras mediante un cambio violento de la composición nacional o religiosa de la población<sup>48</sup>. En asuntos como el que estamos refiriendo, el Tribunal está asumiendo acertadamente una tesis ampliadora del concepto estricto de genocidio cuya característica esencial es en palabras del T.I.J. "la destruction intentionnelle d'un 'groupe national ethnique ou religieux' et non la disparition

47. Vid. el acta de acusación del fiscal identificada como *Doc IT-95-18-I* de 15 de noviembre de 1995. El examen y revisión del acta de acusación realizada por el juez Fouad Riad en virtud del artículo 47 (D) de procedimiento es de 16 de noviembre de 1995 y presenta la misma signatura que el documento anterior.

48. Vid un intento de delimitación de la categoría de "limpieza étnica" en relación con las categorías existentes en Derecho humanitario en PETROVIC, D.: "Ethnic cleansing- An attempt at methodology". *European journal of international law*, 1994-3, pp. 342-359.

d'un Etat en tant que sujet de droit international ou le fait de modifier sa constitution ou son territoire". En efecto, la desaparición física de partes de población perteneciente a un grupo es uno de los instrumentos de la limpieza o purificación étnica, pero no el único. Su objetivo es más amplio: la destrucción y sustitución de parte de la base social presente en un territorio. Un claro ejemplo en este sentido lo constituye la utilización de la violencia sexual como arma invisible en el contexto de limpieza étnica. Como apunta el profesor BASSIOUNI, este tipo de violencia se ha revelado como una técnica especialmente destructiva del grupo familiar en las comunidades Bosnio-musulmanas<sup>49</sup>. Es por ello, por lo que nos parece acertada la consideración de que el genocidio es una parte esencial de la limpieza étnica y que aquel no se puede desligar de esta. Con ello se ampliaría, por la vía del artículo 4 del Estatuto, la competencia del Tribunal Penal no sólo para conocer actos de asesinato sistemáticos sino que, como apuntara E. Lauterpacht en su opinión individual en el *asunto relativo a la aplicación de la convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (nuevas demandas de indicación de medidas provisionales) (Ordenanza del 13 de septiembre de 1993)*, tendría cabida en el concepto de genocidio:

"la 'purification ethnique' ou toute conduite y contribuant, comme le fait d'attaquer des non-combatants et de les tuer en ouvrant le feu sur eux, notamment au moyen de tireurs embusqués, ou de procéder au bombardement et au blocus de zones occupées par des civils et toute autre conduite ayant pour effet de terroriser les civils pour les amener à abandonner leurs foyers"<sup>50</sup>.

En lo relativo a los denominados crímenes contra la humanidad, el artículo 5 del Estatuto garantiza la competencia del Tribunal para juzgar a personas responsables de: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud;

49. Vid. sobre la utilización de la violencia sexual como instrumento de la guerra en la antigua Yugoslavia el excelente trabajo de BASSIOUNI, M. Ch.: "Sexual Violence An invisible weapon of war in the former Yugoslavia". *Occasional Paper No 1*, International Human Rights Law Institute. De Paul University College of Law, 1996. Las violaciones y abusos sexuales de todo tipo han constituido una parte importante de la política tendente a aterrorizar a sectores de población civil y conseguir el desplazamiento de las mismas.

50. Cfr. Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, *C.I.J. Recueil 1993.*, Opinión individual de E. Lauterpacht. p. 447, parágrafo 123.

d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales y religiosos y i) Otros actos inhumanos. La competencia se desplegará para sancionar actos "contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional" en concordancia con el principio I de derecho internacional reconocido en la Carta del tribunal de Nuremberg<sup>51</sup>.

Los requisitos básicos para considerar la concurrencia de un crimen contra la humanidad son subrayados sucintamente por el fiscal en el *asunto Djukic*: "dans le cadre de l'accusation de crime contre l'humanité, un crime sanctionné par l'article 5 du Statut du Tribunal, les actes ou omissions présumées faisaient partie d'une attaque généralisée, systématique ou sur une grande échelle contre une population civile"<sup>52</sup>. Son tres, por tanto, las condiciones que debe reunir la comisión de los actos descritos en el citado artículo 5 para asegurar la competencia del Tribunal. En primer lugar, haber sido dirigidos contra la población civil en tanto que grupo destinatario de los ataques. Por otra parte, deben inscribirse las agresiones descritas en un contexto de actuaciones sistemáticas que respondan a un cierto grado de organización y, por último, deben presentar cierta amplitud o trascendencia. Tales criterios se dan en el conjunto de los actos criminales acaecidos en la antigua Yugoslavia. Si centramos nuestra atención en un asunto concreto como es el *caso Nolic*, observamos que los criterios fijados por el juez para la región de Vlasenica (Bosnia oriental) son perfectamente extrapolables a la totalidad del territorio de la república de Bosnia-Herzegovina en el sentido de considerar la existencia de un conflicto armado desde el verano de 1991 en cuyo transcurso se ha llevado a cabo una clara política discriminatoria de "limpieza étnica" a gran escala y dirigida prioritariamente, aunque no exclusivamente, hacia la población musulmana<sup>53</sup>. Una de las cuestiones que se ha revelado como especialmente espionosa a la hora de afirmar la competencia del Tribunal ha sido la de la vinculación o el establecimiento de un *nexo* entre el crimen y la existencia de un conflicto armado toda vez que, como afirmó la defensa en el *asunto Tadic*, calificar bajo el artículo 5 un determinado crimen acaecido en una zona en la que no se

51. Vid un comentario de los principios de Nuremberg, y en especial del principio I, enunciado en el artículo 6 de la Carta del Tribunal de Nuremberg que establece su competencia en BASSIOUNI, M. CH.: *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, pp.221-225.

52. Cfr. Acta de Acusación Djorde Djukic Doc IT-96-20-I de 16 de febrero de 1996.

53. Vid. el *Doc.IT-94-2-R61* de 20 de octubre de 1995, pp. 14-16.

desarrollaran combates podría suponer una violación del principio de legalidad. El Tribunal ha resuelto la cuestión al referirse de una manera general al concepto de conflicto armado, desligando la aplicación del derecho humanitario del concreto contexto geográfico y temporal de evolución del conflicto en el que el crimen se produce, pero exigiendo una conexión sustancial entre ambos<sup>54</sup>.

### III. LA JUSTIFICACION DE LA PRIMACIA DEL TRIBUNAL Y EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION CONCURRENTENTE Y PREFERENCIAL

#### A. PRIMACÍA DEL TRIBUNAL Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

El sustento imprescindible del funcionamiento del Tribunal es su naturaleza superior o primaria frente a los tribunales nacionales competentes. ¿Como se justifica el ejercicio extraterritorial de la competencia penal a cargo de un órgano supranacional en detrimento de la competencia estatal?.

La respuesta a esta cuestión es preciso enmarcarla en la evolutividad de la Comunidad internacional en lo tocante a la asunción de nuevos valores comunes que necesariamente implican una erosión de alguno de los principios sustentadores de la Sociedad internacional de yuxtaposición, donde la soberanía es el principio y el fin de las relaciones entre sujetos del ordenamiento.

Es el propio Tribunal Penal quien, al estudiar su propia competencia, subraya esta evolución al afirmar que:

"Dating back to a period when sovereignty stood as a sacrosanct and unassailable attribute of statehood, recently this concept has suffered progressive

54. En este sentido, afirma el Tribunal que "International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring State or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there". Cfr. *Doc IT-94-I-AR72* de 2 de octubre de 1995. p. 37, párrafo 70. Sobre la cuestión del concepto de conflicto armado en relación a la aplicación del derecho humanitario vid. el estudio de O'BRIEN, J. C.: "The international Tribunal for violations of international humanitarian law in the Former Yugoslavia". *A.J.I.L.*, vol 87, 1993. pp. 639-659.

erosion at the hands of the more liberal forces at work in the democratic societies, particularly in the field of human rights"<sup>55</sup>.

El interés protegido por el Tribunal desborda, en efecto, el de cada uno de los Estados en atención a la naturaleza de los crímenes cometidos. Las normas de protección de derechos reconocidas en el Estatuto constituyen un conjunto esencial de reglas admitidas universalmente en tanto que expresión de intereses internacionales vitales para el Conjunto de Estados y que son absolutamente indisponibles por estos<sup>56</sup>. De acuerdo con la opinión vertida por la Sala de Primera instancia del Tribunal al decidir inicialmente sobre las posibles objeciones a su competencia en el asunto D. Tadic

"It should be noted that the crimes which the International Tribunal has been called upon to try are not crimes of a purely domestic nature. They are really crimes which are universal in nature, well recognized in international law as serious breaches of international humanitarian law and transcending the interest of any one State."<sup>57</sup>.

55. Cfr. Decision on the defence motion for interlocutory jurisdiction. *Doc IT-94-1-AR72*, parágrafo 55, p. 29.

56. Así, el artículo 60-5 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre derecho de los tratados dispone el carácter absoluto de las normas convencionales de derecho humanitario al excluir la aplicación respecto de ellas del principio de reciprocidad, incluso en el caso de violaciones sustanciales de un tratado. Su tenor literal es el siguiente: "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 (terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación) no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por los tratados". De esta suerte se completa respecto del derecho humanitario convencionalmente cristalizado lo que el artículo 43 del propio tratado de Viena subraya respecto del derecho consuetudinario en general. Vid en relación al objeto y fin del artículo 60-5 a BARILE, G.: "The protection of human rights in article paragraph 5 of the Vienna convention of the law of treaties". *Le droit International à l'heure de sa codification*. Milan, Giuffrè 1987, pp. 3-14; SICILIANOS, L.-A.: *Les réactions décentralisées à l'illicite*, L.G.D.J. Paris 1990, pp. 356-358.

57. Decision on the defence motion on jurisdiction in the trial Chamber *Doc It-94-1-T* de 10 de agosto de 1995, parágrafo 42, p. 18. Vid. un estudio sobre la competencia del Tribunal al hilo de este asunto en LATTANZI, F.: "La primazia del Tribunale internazionale per l'ex-Yougoslavia sulle giurisdizione interne". *R.D.I.*, 1996-3, pp. 597-619.

Pero la primacía del Tribunal se justifica asimismo en términos de efectividad. Sentada la legalidad del Tribunal en tanto que órgano compatible en sus fines con una limitación de la soberanía estatal, la primacía es un medio de garantizar la aplicación práctica de la responsabilidad individual, sin posibles trabas que podrían provenir de la reacción estatal a ceder ámbitos competenciales consustanciales a los principios de plenitud y exclusividad en el ejercicio de los poderes soberanos.

De esta suerte, el propio Tribunal afirma que:

It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need of justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and a protection for the those who trample underfoot the most elementary rights of humanity"<sup>58</sup>.

#### B. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONCURRENTES Y PREFERENCIAL

Todo Estado posee el derecho y el deber de conocer las violaciones graves del derecho humanitario merced al título otorgado por las normas de protección de carácter *erga omnes* que determinan la responsabilidad penal del individuo y la obligación estatal de respetar y hacer respetar su contenido. Semejante derecho/deber se concreta tanto en la obligación de nacionalizar el derecho humanitario como en el deber estatal de actuar con el fin de hacer respetar el derecho humanitario por parte de terceros Estados independientemente de su participación en el conflicto. Desde nuestra perspectiva de estudio nos centraremos en la primera de ambas cuestiones. De acuerdo con Condorelli y Boisson de Chazournes, la obligación de respetar el derecho humanitario implica el deber de adecuar los derechos internos, a todos los niveles, con lo exigido por la norma internacional de protección. De esta manera, "todos los mecanismos altamente sofisticados complejos y eficientes de los que disponen los derechos internos con el fin de asegurar e imponer su propio respeto serán puestos automáticamente al servicio del derecho internacional humanitario. Los órganos internos administrativos, militares y especialmente judiciales gra-

58. Cfr. Decision on the defence motion for interlocutory appeal jurisdiction... *Doc. cit.*, párrafo 58, p.32.

cias a una suerte de desdoblamiento funcional serán transformados en órganos de realización del derecho humanitario<sup>59</sup>. En atención al especial interés protegido por las normas cabe afirmar el derecho y el deber de enjuiciar los crímenes que sin duda deben generar una responsabilidad penal individual. Obligación nacional de garantizar en definitiva el que con independencia de la nacionalidad del acusado y del lugar de la comisión del delito los tribunales nacionales puedan y deban actuar<sup>60</sup>. En efecto, los criterios previstos en la legislación procesal interna sobre atribución de la competencia judicial en materia penal deben adecuarse a la obligación de ejercitar la jurisdicción penal según el criterio universal en la línea de los dispuesto en los artículos 49, 50, 129 y 146 de los convenios I,II,III,IV de Ginebra. Un interesante ejemplo de esta necesaria adecuación nos lo ofrece el sistema jurisdiccional Norteamericano en una reciente sentencia del tribunal de Apelación Federal en el asunto *Kadic c. Karadzic* de 13 de agosto de 1995<sup>61</sup>. En esta decisión, que recoge una importante doctrina jurisprudencial anterior<sup>62</sup>, el tribunal afirma la competencia judicial de los tribunales norteamericanos a partir de la *Alien tort Act* la cual "validly creates federal courts jurisdiction for suits alleging torts committed anywhere in the world against aliens in violation of the law of nations".

Teniendo en cuenta la necesaria competencia nacional en materia penal y teniendo asimismo en consideración la imprescindible primacía del Tribunal

59. Vid. CONDORELLI, L.; BOISSON DE CHAZOURNES, L.: "Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit humanitaire 'en toutes circonstances'". *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Nijhoff, Dordrecht, 1984 p. 25.

60. Ciértamente, aunque las normas de derecho humanitario establezcan la obligación de reprimir los *delicta iuris gentium* en base a los criterios de personalidad activa, personalidad pasiva y, en última instancia mediante el criterio universal, es claro que tales disposiciones carecen de naturaleza *self-executing*. Será el legislador interno quien en definitiva deberá satisfacer la exigencia de represión contenida en la norma internacional teniendo en cuenta que la ausencia de una normativa específica y clara que en el orden interno garantice la sanción supone un incumplimiento del derecho internacional. Vid. sobre la competencia de terceros Estados en relación a la represión de los *delicta iuris gentium* a LATTANZI, F.: "la competenza delle giurisdizioni di Stati 'terzi' a ricercare e procesare i responsabili dei crimini nell'ex-Eugoslavia e nel Ruanda". *R.D.I.*, 1995-3, pp. 706-722.

61. Vid. su texto en 34 *I.L.M.* 1592 (1995).

62. Vid. por ejemplo, la sentencia del Tribunal Federal de Apelación en el asunto *Filartiga c. Peña-Irala* en el 19 *I.L.M.* 585 (1990).

Penal internacional, es perfectamente comprensible la existencia de un conjunto de exigencias tendentes a justificar la necesidad de intervención en el proceso de una instancia internacional negadora, en definitiva, de una competencia que las normas de protección atribuyen al Estado<sup>63</sup>. En este orden de ideas, será preciso abordar los requisitos de forma y fondo previstos en el Estatuto del Tribunal y en las reglas de procedimiento y prueba que seguidamente pasamos a estudiar.

### 1. *La demanda de desestimiento*

La primacía del Tribunal se concreta en el establecimiento de una obligación estatal de cesión de jurisdicción con el consiguiente reconocimiento de un derecho en favor del Tribunal a exigir a los órganos judiciales nacionales encargados de conocer el asunto "que convengan en la competencia del Tribunal internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal internacional"<sup>64</sup>.

El instrumento previsto para tal fin es la demanda de desestimiento regulada en los artículos 8 a 13 de las mencionadas reglas de procedimiento. Procesalmente, los pasos necesarios para la realización práctica de la cesión son esencialmente tres: información de los Estados cuando se conozcan infracciones relevantes de la competencia del Tribunal (art. 8); requerimiento del fiscal a una Sala de Primera Instancia para que sea el Tribunal, a la vista del cumplimiento de las condiciones requeridas en el artículo 9 de las reglas de procedimiento (art.9), proceda a cursar la correspondiente demanda ante las autoridades nacionales competentes, y, por último, formulación por la Sala de una solicitud de desestimiento incluyendo el requerimiento de cuantas

63. Como acertadamente señala Ph. WECKEL, en el conflicto yugoslavo estamos asistiendo a un *proceso de integración penal* en el que las jurisdicciones nacionales están siendo sustituidas por un dispositivo judicial internacional; proceso caracterizado por los principios de primacía y de efecto directo en la medida en que la actividad normativa del Consejo en el marco del capítulo VII afecta directamente a la situación de las personas. Vid. su trabajo titulado "L'institution d'un Tribunal international pour la repression des crimes de droit humanitaire en Yugoslavie". *A.F.D.I.*, 1993, pp. 232-261.

64. Cfr. art 9-2 de las reglas de procedimiento. Doc IT/32/Rev. 6 de 6 de octubre de 1995.

elementos del proceso interno sean relevantes para la instrucción procesal ante el Tribunal Penal Internacional (art.10).

La ruptura de la concurrencia de jurisdicciones utilizando la *vis atractiva* reconocida por el Estatuto en favor del Tribunal se produce a instancia del fiscal, sobre el que recae el peso esencial del proceso, quien deberá probar la existencia de una causa que justifique la asunción de la competencia en favor del Tribunal tal y como exige el art. 10 (A) del reglamento<sup>65</sup>. En este sentido, el artículo 9 de las reglas de procedimiento señala que:

"Si el fiscal considera, a la vista de las investigaciones o procesos penales iniciados ante una jurisdicción interna tal y como se prevé en el artículo 8, que

(i) La infracción ha recibido una calificación de derecho común o

(ii) El procedimiento iniciado no sería ni imparcial ni independiente, trataría de sustraer al acusado a su responsabilidad penal internacional, o no hubiera sido ejercido con diligencia; o

(iii) El objeto del procedimiento se refiere a hechos o puntos de derechos que tienen una incidencia sobre investigaciones o procedimientos en curso ante el Tribunal

El Fiscal puede formular a la Sala de primera instancia designada al efecto por el Presidente un requerimiento al objeto de solicitar oficialmente el desestimiento de la jurisdicción en favor del Tribunal"

El proceso de desestimiento iniciado por el Tribunal en el asunto D. Tadic nos ilustra a la perfección sobre los requisitos procesales de la cesión de jurisdicción. El 13 de febrero de 1993 las autoridades de Alemania procedieron a la detención de Dusko Tadic sospechoso de actos de Genocidio y de tortura contra prisioneros musulmanes en la región de Prijedor<sup>66</sup>, siendo nombrado para la causa un juez instructor del Tribunal Federal de Karlsruhe. El 12 de octubre de 1994 el fiscal requiere a la Sala de primera instancia la forma-

65. El artículo 10 (A) afirma que "Si la Sala de primera instancia considera que el requerimiento por parte del fiscal está fundado conforme al artículo 9, la Sala de primera instancia puede solicitar oficialmente al Estado que posea la jurisdicción, que desista en favor del tribunal".

66. Sobre las violaciones masivas del derecho humanitario en la region Noroccidental de Bosnia vid el Informe final de la comisión de expertos establecida de acuerdo con la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad *Doc S/1994/674*, anejo parágrafos 151-181.

lización de una demanda de desestimiento ante las autoridades judiciales alemanas la cual es finalmente adoptada el 8 de noviembre<sup>67</sup>.

Ante todo señalar, en relación al momento de inicio del procedimiento de cesión de jurisdicción, que, aunque debe motivarse tanto el requerimiento como la demanda, no es preciso la existencia de un acta de acusación elaborada en debida forma sino que *basta la existencia de indicios fundados* de la responsabilidad del sospechoso respecto de conductas comprendidas en la competencia del Tribunal<sup>68</sup>.

En relación al fundamento de la solicitud, el fiscal se acoge en el asunto citado al apartado (iii) del artículo 9 de las reglas de procedimiento. Conviene apuntar al respecto que el citado artículo contempla tres posibles situaciones: una, la de la *divergencia de calificaciones* por los mismos hechos, situación posible en los casos de que los códigos penales nacionales no tipifiquen conductas comprensivas de crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad; otra, la del *procesamiento fraudulento* en el orden interno al objeto de hurtar la competencia del Tribunal y, la tercera, la *insuficiencia del procesamiento* ante los tribunales nacionales a la luz de las pruebas que obran en poder del Tribunal tanto respecto a la persona doblemente inculpada como respecto a terceras personas ajenas a la acusación pero relacionadas directamente con los crímenes enjuiciados. Salvo casos excepcionales la intervención del Tribunal se canalizará a través de esta tercera vía que, redactada de manera enormemente ambigua, va a permitir justificar siempre la demanda de desestimiento. Así, en el asunto D. Tadic el requerimiento del fiscal incluía una doble consideración justificativa del recurso al art. 9(iii): por una parte, la existencia de pruebas, ignoradas por las autoridades alemanas, que evidenciaban un catálogo de crímenes imputables al detenido mucho más amplio que el inicialmente utilizado para justificar la competencia de los tribunales nacio-

67. Asunto *IT-94-I-D* "Decision de la Chambre de premiere instance statuant sur la requete du procureur aux fins de dessaisissement en faveur du Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie dans l'affaire Dusko Tadic (conformement aux articles 9 et 10 du reglement de procedure et de preuve), de 8 de noviembre de 1994.

68. Como ha subrayado el Fiscal al contestar a las *excepciones preliminares* formuladas en virtud del artículo 72 del Reglamento por la *defensa de D. Djukic*, el reglamento no contiene ninguna disposición que establezca un vínculo entre la demanda de desestimiento y el acta de acusación. El requerimiento a las autoridades nacionales para que convaliden en el desestimiento proviene de una iniciativa discrecional del fiscal, posteriormente confirmada por una Sala del Tribunal, con independencia de la posterior confirmación del acta de acusación. Vid en este sentido los documentos titulados *Defence motion and response of the prosecutor* en el asunto Djordje Djukic de 14 y 25 de marzo de 1996. Doc. *IT-96-20-T*.

nales y, por otra, la convicción del Tribunal de que la inculpación tendrá incidencia sobre las investigaciones y procesamientos de otros individuos. Tales argumentos fueron finalmente retenidos por la Sala como justificativos de la demanda de desestimiento<sup>69</sup>.

Por último, conviene apuntar que la decisión de la Sala designada para pronunciarse sobre la demanda se adopta en audiencia pública, pudiendo autorizarse la comparecencia a título de *amicus curiae* tanto del Estado requerido como de los representantes legales del acusado.

Al margen de las cuestiones estrictamente procesales, merece una especial consideración la cuestión del incumplimiento de la demanda de desestimiento por el Estado requerido en el plazo razonable estimado por el artículo 11 del reglamento en sesenta días desde la notificación de la decisión de la Sala de primera instancia. Al margen de los supuestos de mala fe derivados de la actuación de autoridades implicadas en el conflicto, el posible incumplimiento podrá provenir, la mayor parte de las veces, de la no adopción por los Estados de las correspondientes normas internas que garanticen la aplicación del Estatuto del Tribunal y de las reglas de procedimiento. En efecto, como es evidente, y el presidente Cassese se ha cansado de recordar sin demasiado éxito, la adaptación de la legislación interna es una pieza esencial de la operatividad del Tribunal a los efectos de garantizar su competencia y dar cumplimiento a los mandatos de cooperación<sup>70</sup>. Aunque la resolución 827(1993) sea en gran parte una norma self-executing es preciso articular en el orden interno un procedimiento que en la práctica garantice la primacía del Tribunal Penal Interna-

69. Vid. el citado documento IT-94-I-D, párrafo 14.

70. En efecto, el Presidente Cassese, actuando en calidad de miembro del Tribunal, ha incidido desde una perspectiva estrictamente jurídica en la obligación estatal de adecuar la legislación interna a lo exigido por el Estatuto y, en consecuencia, permitir el cumplimiento de las órdenes y mandatos del Tribunal. Con ocasión de la *Decision of the president on the defence motion filed pursuant to rule 64* en el asunto T. Blaskic (general de nacionalidad croata), Cassese abordó en primer término la cuestión del alcance de la obligación estatal de adecuación de la legislación en los siguientes rotundos términos: "I am duty bound to point out that the Republic of Croatia is undisputedly in breach of an international legal obligation incumbent upon it, as much as on any other State or even any *de facto* Government". En relación al cumplimiento de los requerimientos de cooperación con el Tribunal, el Presidente subraya la existencia de una *obligación de comportamiento* que exige la ejecución de una acción específicamente determinada. En conclusión, si un Estado no toma las medidas legislativas necesarias para permitirle el cumplimiento de las órdenes del Tribunal se está contraviniendo una obligación internacional y, por tanto, generando su propia responsabilidad internacional

cional. Hasta el momento, son pocos los Estados que han dado cumplimiento a esta necesidad esencial. Con el fin de solventar esta inexistencia de procedimientos internos de cooperación, el Tribunal ha elaborado una *Tentative guidelines for National implementing Legislation of United Nations Security Council resolution 827 de 25 de mayo de 1993* al objeto de indicar áreas de derecho interno que deben ser revisadas por los Estados en orden a permitir la aplicación del Estatuto.

Por otra parte, los Estados que se han dotado de norma interna han incluido en ocasiones cláusulas que, intentando preservar aspectos de la legalidad interna del Estado, han limitado indebidamente la capacidad jurisdiccional preferente del Tribunal. Así, si tomamos como ejemplo el *decreto-Ley n° 544 de 28 de diciembre de 1993* de cooperación de Italia con el Tribunal<sup>71</sup>, observamos en su artículo 3 que el legislador italiano impone condiciones a la cesión de jurisdicción que restringen la obligación contenida en el art. 9-2 del Estatuto. En primer lugar, se exige que el proceso ante el Tribunal internacional verse sobre los mismos hechos (entendidos como idéntica tipificación) que motivaron el procesamiento ante los tribunales italianos. Se parte de un principio básico en la extradición como es la doble incriminación<sup>72</sup>. Idéntica exigencia se recoge en la *Ley francesa n°95-1 de 2 de enero de 1995*<sup>73</sup>. El artículo 4 de la ley que establece la obligación de cesión de jurisdicción, es preciso entenderlo en relación al artículo 1 que limita la aplicación de las disposiciones siguientes "a toda persona perseguida inculpada de crímenes o delitos *definidos por la ley francesa* que constituyan, de acuerdo con los artículos 2 a 5 del Estatuto del Tribunal internacional, infracciones graves a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad". Existe un

71. Vid. su texto en la *Riv.Dir.Int.*, 1994-1, pp.293-299.

72. La aplicación de las reglas internas que rigen la extradición a los casos de cesión de la jurisdicción en favor del Tribunal es una tendencia de la que difícilmente se apartan las normas internas de cooperación. El ejemplo más notable en este sentido lo constituye el proyecto de ley de los Estados Unidos "concerning the surrender of suspects and judicial assistance to the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda". Su sección 1 (a) dispone que "... the provisions of Chapter 209 of Title 18, United State Code, relating to the extradition of persons to a foreign country pursuant to a treaty or convention for extradition between the United States and a foreign government shall apply in the same manner and extent to the surrender of persons including United States citizens, to the international tribunals for Yugoslavia and Rwanda pursuant to the agreements between the United States and the International tribunals".

73. Vid. su texto en el *J.D.I.*, 1995-2, pp.485-489.

riesgo evidente en la inclusión del mecanismo de la doble incriminación derivado de la posible distorsión en las definiciones interna e internacional, lo que podría generar, en el peor de los casos, una divergencia de calificaciones entre órganos jurisdiccionales y, a la postre, una nueva causa ante el Tribunal Internacional en el supuesto de que un crimen calificado como tal por el T.P.I., hubiera sido juzgado en el orden interno como delito común.

Semejante tendencia es peligrosa en la medida en que precisamente lo que pretende el Estatuto y las reglas de procedimiento del Tribunal es excluir la identidad de procesos con la extradición que, como es sabido, está limitada por un conjunto de reglas básicas recogidas en la legislación interna de los Estados<sup>74</sup>. En definitiva, hacer depender la cesión de jurisdicción de los procedimientos ordinarios extradicionales supone negar la primacía del Tribunal y situar en el mismo plano la cooperación judicial en materia penal limitada y dependiente de la soberana autonomía jurisdiccional del Estado y la cesión al Tribunal exigida por una norma incondicional que limita absolutamente la capacidad de actuación procesal interna en beneficio de una justicia universal.

Por otra parte, disposiciones como la contenida en el artículo 3-1-b) del citado Decreto-ley italiano o en el artículo 4-3º de la *Ley Orgánica española para la cooperación con el Tribunal*, que atribuyen a los tribunales nacionales la capacidad de apreciación unilateral de la competencia *ratione temporis* y *ratione loci* del Tribunal Internacional como paso previo a la cesión de jurisdicción, olvidan que corresponde al órgano internacional fijar su propia competencia espacial o temporal. En este sentido, y aunque exista un criterio objetivo para determinar tal competencia, puede darse el caso de que el Tribunal adopte decisiones en orden a conocer hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad o genocidio cometidos con anterioridad al momento fijado en el artículo 8 del Estatuto.

74. En efecto, como expresamente señala el artículo 58 de las reglas de procedimiento, "Las obligaciones enunciadas en el artículo 29 del Estatuto prevalecen sobre cualesquiera obstáculos jurídicos que la legislación nacional o los tratados de extradición es los que el Estado interesado sea parte pudieran oponer a la remisión o a la transferencia del acusado o de un testigo al Tribunal".

2. *El principio non bis in idem como límite a la competencia preferente del Tribunal Penal*

La única excepción a la competencia judicial preferente del Tribunal prevista en el artículo 9-2 del Estatuto proviene del artículo 10 de esta misma norma relativo al principio de *cosa juzgada*<sup>75</sup>. En él se regula el efecto del principio tanto desde una perspectiva ascendente (efecto de sentencia interna en relación a la competencia del Tribunal) como descendente (efecto de sentencia del Tribunal Penal respecto del ejercicio de la jurisdicción de los tribunales nacionales). Es el primer aspecto el que presenta algunas sombras que es preciso esclarecer a la luz de la práctica del Tribunal<sup>76</sup>.

El párrafo 2º del artículo 10 dispone que:

"Una persona que haya sido juzgada por un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgado posteriormente por el Tribunal sólo si:

a) el acto por el cual se le sometió a juicio fue considerado delito ordinario o,

b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria"

A tenor de esta norma, podría pensarse en una subordinación y no en una preferencia del procedimiento internacional respecto de la competencia de los tribunales internos toda vez que la capacidad de actuación del Tribunal estaría absolutamente constreñida por el hecho de que se produjera alguna de las situaciones predeterminadas por la disposición transcrita. Sin embargo, el artículo 9, ya estudiado, ha introducido un *elemento corrector* al permitir el requerimiento de desestimiento en el caso de que las actuaciones llevadas a cabo en el orden interno tengan incidencia respecto de actuaciones en curso ante el Tribunal Penal Internacional. De esta suerte, se amplía con buen tino el

75. Según dispone el artículo 13 del reglamento de procedimiento y prueba: "Bajo reserva del párrafo 2 del artículo 10 del Estatuto, las decisiones de las jurisdicciones internas no vinculan al Tribunal".

76. En relación al efecto de las sentencias del Tribunal, no existe ninguna duda de su valor preclusivo de cosa juzgada respecto de cualquier actuación de los tribunales internos por los mismos hechos juzgados internacionalmente. Vid. en este sentido, los artículos 10-1º del Estatuto del Tribunal y 13 del Reglamento de Procedimiento.

cerrado catálogo de situaciones en las que cabe excepcionar el principio de cosa juzgada en la medida en que la justificación de la intervención del Tribunal puede provenir no sólo de situaciones de divergencia de calificaciones o de una actuación fraudulenta de los tribunales nacionales sino, por ejemplo, de la participación del acusado en crímenes diferentes de los que motivaron el proceso inicial con distinto grado de participación des acusado<sup>77</sup>.

Procesalmente, la incidencia del principio *non bis in idem* puede apreciarse en un doble momento: *en primer lugar*, cuando ya exista *sentencia firme y definitiva* emitida por un tribunal interno competente. En este caso, el principio de cosa juzgada desplegaría todos sus efectos. Las únicas posibilidades de actuación desde el Tribunal vendrían de la mano de la constatación de crímenes ignorados por el tribunal nacional<sup>78</sup>, lo que daría lugar a la apertura de un nuevo proceso; de la apreciación de la existencia de una de las circunstancias del artículo IO-2º del Estatuto o, en fin, de la presencia de lo previsto en el artículo 9(iii) del reglamento de procedimiento. En cualquiera de los casos recaería sobre el Tribunal la carga de la prueba respecto de la existencia de uno de los motivos que desvirtuarían la aplicación del principio de *non bis in idem*. *En segundo término*, cabe apreciarse la aplicación del principio respecto de procesos que permanezcan vivos ante los tribunales internos, es decir, respecto de *procesos iniciados sobre los que no exista sentencia inapelable*. En esta situación es donde realmente juega la jurisdicción concurrente "en cualquier etapa del procedimiento" sin que quepa alegar el principio de cosa

77. En la práctica, el artículo 9(iii) del Reglamento de Procedimiento constituye un *importante mecanismo de garantía de la primacía del Tribunal frente a actuaciones no siempre creíbles de las autoridades nacionales*. La práctica ha demostrado que su redacción deliberadamente ambigua tiene el valor de impedir que el principio básico de la primacía quedara limitado por el artículo 10-2, excesivamente rígido en su formulación. Un claro exponente de la pugna que ha provocado el citado artículo 9(iii) ha sido el que, en distintas ocasiones, haya sido impugnado en su legalidad por ser excesivamente expansivo en lo que a la capacidad del Tribunal de excepcionar el principio de cosa juzgada se refiere y, por tanto, "inconsistent with the Statute of the Tribunal and goes far beyond what is legitimaly covered by the Statute". Cfr. en este sentido, por ejemplo, la *second motion on the principle of ne bis in idem* presentada por la defensa de D. Tadic el 4 de septiembre de 1995. *Doc n° IT-94-1-T*, parágrafo 4.5.

78. La aportación de nuevas pruebas derivadas de la investigación que sobre el terreno lleva a cabo la fiscalía es algo perfectamente posible como lo demuestra el hecho de la ampliación de actas de acusación que en ocasiones ha debido realizar el fiscal. Vid, por ejemplo, la modificación del acta de acusación realizada por el fiscal en virtud del artículo 50 en el *asunto Tadic y Borovnica* de 14 de diciembre de 1995. *Doc. IT-94-1-T*.

juzgada. Es por ello por lo que la práctica del Tribunal revela que cuando ha sido impugnada su competencia esgrimiendo la existencia de un juicio previo ante un tribunal nacional, el principal empeño tanto de la defensa como de la fiscalía y de la Sala correspondiente ha sido demostrar el estadio procesal en el que intervino la demanda de desestimiento. En efecto, tomando como referencia las distintas excepciones a la competencia del Tribunal formuladas por la defensa del acusado D. Tadic en las que se ha alegado el principio *non bis in idem*, puede observarse el intento de subrayar el hecho de que se hayan adoptado decisiones definitivas, aun en fases intermedias, siendo irrelevante que el proceso sobre el fondo haya o no finalizado. Contrariamente, el fiscal interpreta el Estatuto en el sentido de exigir "That the trial was completed", lo que se producirá en el momento en el que exista sentencia firme<sup>79</sup>. La solución finalmente retenida por el Tribunal ha sido esta última al considerar como criterio determinante el hecho de que el procedimiento estuviera "abierto" en el momento de requerir la cesión de jurisdicción<sup>80</sup>.

79. Vid las diferentes interpretaciones en pugna de manera especial en el documento titulado *Additional information and documents in respect of proceedings under German law (Brief of the defence (30 October 1995) and Prosecution Response (1 November 1995)* correspondiente al caso IT-94-1-T.

80. El 3 de noviembre de 1994, el Fiscal Federal General del Tribunal Federal Supremo del Estado de Bayern (Bavaria) emitió una acusación formal contra D. Tadic iniciando un proceso penal por 15 delitos cometidos en el campo de Omarska. El 8 de noviembre del mismo año, el Tribunal internacional requirió el desestimiento de la jurisdicción alemana, lo que formalmente se produjo el 18 de abril de 1995, una vez aprobada (10 de abril) la correspondiente Ley de cooperación con el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. La solución a las cuestiones relativas a la aplicación del principio *non bis in idem* planteadas por el acusado fueron definitivamente resueltas por el Tribunal en su *Decision on the defence motion on the principle of non bis in idem* de 14 de noviembre de 1995.

IV. LA ARTICULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN ESTATAL PARA GARANTIZAR LA PRESENCIA DE SOSPECHOSOS Y ACUSADOS ANTE EL TRIBUNAL

A. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DEL FISCAL Y LAS ÓRDENES DEL TRIBUNAL DE DETENCIÓN PROVISIONAL DE SOSPECHOSOS

La cooperación estatal con el Tribunal es necesaria y obligatoria a lo largo de todo el procedimiento y respecto de cualquier requerimiento: transmisión de información en poder del Estado y relevante para la investigación internacional, colaboración en cuanto a la obtención de pruebas, cooperación para la protección de víctimas y testigos<sup>81</sup> y, especialmente, cumplimiento de las órdenes de detención que permitan la puesta a disposición del Tribunal de sospechosos o acusados. Es, sin duda, este último aspecto de la cooperación el que va a determinar la operatividad del sistema internacional de represión.

En el marco general del artículo 56 del Reglamento de Procedimiento que establece la obligación estatal de ejecutar diligentemente cualquier mandato de detención, conviene hacer referencia al *doble sistema de cooperación estatal* en la detención y transferencia de personas: *por una parte*, detención cautelar decretada por el fiscal en virtud del artículo 40 del Reglamento así como órdenes de arresto y transferencia emitidas por una Sala del Tribunal en aplicación de los artículos 54 y 90 bis del mismo reglamento *sin que en ninguno de tales casos medie un acta de acusación y, por otra, una vez formalizada y confirmada la acusación*, órdenes de arresto dictadas en virtud de los artículos 54, 55 y 61 del Reglamento de procedimiento.

La primera de las situaciones se refiere a un estadio de investigación previo al inicio formal del procedimiento donde la orden de detención tiene una clara finalidad preventiva por una parte, y coadyuvante a la investigación por otra.

81. La cooperación estatal en lo tocante a la identificación y puesta a disposición del tribunal de elementos de prueba, puede abarcar una multiplicidad de formas y situaciones llegando incluso al envío de Comisiones nacionales de investigación al servicio del Tribunal. Vid en este sentido, con especial referencia a la iniciativa canadiense el trabajo de CARTER, K.: "Proof beyond a reasonable doubt?. Collecting evidence for the international criminal tribunal for the former Yugoslavia". *Canadian Yearbook of international law*, 1993, pp. 235-263.

La posibilidad de ordenar la realización de arrestos cautelares en virtud del artículo 40 del Reglamento de Procedimiento presenta características diferentes del arresto del artículo 55 y del procedimiento del artículo 61: en primer término, el momento procesal de la medida cautelar difiere de la detención "ordinaria". En efecto, la medida decretada en virtud del artículo 40 puede producirse en un estadio en el que únicamente existe una mera sospecha de la comisión de crímenes, sin que necesariamente se haya cerrado la instrucción inicial que desemboque en un acta de acusación. Su objeto no es asegurar la transferencia inmediata del detenido, sino prevenir la posible evasión del sospechoso en el momento de apreciar los elementos de prueba, como paso previo a la acusación formal y a la orden de transferencia. En segundo lugar, la medida cautelar se distingue de la orden de arresto en el origen de la misma y en las garantías procesales que rodean la detención. Así, es al propio *fiscal* a quien compete la solicitud de la medida frente a la necesaria intervención de un juez revestido de la autoridad del Tribunal en el caso de la orden de detención específica o general de los artículos 55 y 61 del Reglamento. En cuanto a las garantías del sospechoso detenido, aun poseyendo los mismos derechos que los formalmente acusados reconocidos genéricamente en los artículos 42 y 43 del propio reglamento, es destacable la ausencia de una acusación formal avalada por el Tribunal donde se haga constar la calificación de los hechos a la luz de los artículos 2 a 5 del Estatuto<sup>82</sup>.

Conviene apuntar finalmente que las medidas cautelares de arresto pueden afectar tanto a personas previamente detenidas y sometidas a investigación policial o judicial en un Estado con el fin de que se prolongue la detención<sup>83</sup>,

82. Así por ejemplo, en relación al denominado *caso "Celebici"* en el que por primera vez el Tribunal actúa contra ciudadanos de origen bosnio-musulman responsables de violaciones del derecho humanitario en el campo de prisioneros de Celebici (Bosnia y Herzegovina Central), el primer acto procedimental internacional fue la emisión de una orden de detención cautelar dirigida a aquellos Estados en cuyo territorio se encuentren los sospechosos. De esta suerte, el 18 de marzo de 1996, Z. Delalic fue detenido en Munich y Z. Mucic en Viena. Dos días más tarde, el 20 de marzo el fiscal formaliza el acta de acusación confirmada el día 21 por el juez Jorda. Vid. el acta de acusación referida como *IT-96-21-I*.

83. A tenor del artículo 40, no existe un límite temporal a la situación de detención cautelar pudiendo prolongarse bien hasta que el fiscal excluya una posible acusación, bien hasta que sea confirmada el acta de acusación por el Tribunal. Ello no obstante, Goldstone "regards such detention as temporary and anticipates that it will last, at the most, only for a number of weeks. Prolonged pre-trial detention is only possible after a person has been indicted". Cfr el Doc. *CC/PIO/O33-E* de 14 de febrero de 1996. A pesar de estas ambiguas consideraciones, lo cierto es que el tiempo de custodia policial deberá en todo caso atenerse a

como a ciudadanos sobre los que no recaiga iniciativa alguna en el orden judicial interno. En el caso de que el sospechoso ya estuviera detenido, la medida cautelar del Tribunal se superpone a la decisión policial o judicial interna, impidiendo una eventual puesta en libertad del detenido. En efecto, a partir de la decisión del fiscal los órganos correspondientes del Estado llamados a conocer el asunto en el ejercicio de su propia competencia estarán a lo dispuesto con carácter general en el artículo 9 del Estatuto del Tribunal que exige la transferencia de las investigaciones en favor del Tribunal<sup>84</sup>.

Actuando de manera conjunta y, en ocasiones, superpuesta a la decisión del fiscal, el Reglamento permite al Tribunal la adopción de *mandatos de detención y transferencia provisionales* cuyo fin es garantizar la comparecencia personal de un detenido en el territorio de un Estado al objeto de evacuar un testimonio necesario para la instrucción del procedimiento penal internacional. Si se tiene en cuenta la naturaleza de la intervención del Tribunal exclusivamente a efectos probatorios, se entienden las limitaciones y garantías que el propio reglamento establece para la aplicación del procedimiento. Limitaciones que se centran en la dependencia y subordinación del Tribunal respecto de las autoridades administrativas o judiciales nacionales a las que deberá reenviar la persona detenida una vez cumplido el plazo prefijado para la obtención del testimonio<sup>85</sup>. Además, las eventuales órdenes de puesta en libertad del detenido provenientes de las autoridades nacionales deberán ser respetadas por el Tribunal.

Recientemente una situación de hecho ha permitido apreciar con claridad las cuestiones prácticas que pueden derivarse de la aplicación combinada de los

las reglas generales establecidas en los tratados internacionales de protección de derechos humanos, y más en concreto a lo dispuesto en el artículo 9-3º del Pacto de Derechos civiles y políticos. En concreto, el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas da por buena la interpretación que sobre el plazo máximo de detención realiza el Tribunal Europeo de Derechos humanos al apreciar la vulneración del art. 5-3º C.E.D.H. y recogida, entre otras, en la sentencia *Brogan c. Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1988. Vid. en este sentido el *Doc CCPR/C/70/Add.7* de 27 de marzo de 1995, p. 21.

84. Vid. en este sentido el comunicado del Tribunal de 7 de febrero de 1996 titulado "Tribunal's prosecutor request Bosnia to provisional arrest general Djukic and colonel Kramanovic". *CC/PIO/031-E*.

85. El plazo de custodia necesario para la realización de la comparecencia será fijado discrecionalmente por el Tribunal pudiendo prorrogarse a instancia de un juez o de la Sala. La duración máxima del periodo de detención provisional en las dependencias del Tribunal no podrá exceder del tiempo límite previsto en el Estado requerido. Vid. el art. 90 *bis* (B) (ii) y (F) del Reglamento.

artículo 40 y 90 bis del Reglamento. Nos referimos a las actuaciones derivadas de la detención cautelar decretada por el fiscal el 7 de febrero de 1996 respecto del *general D. Djukic y del coronel A. Krmanovic*. Ambos militares serbios fueron detenidos por la policía gubernamental de Bosnia-Herzegovina el 30 de enero de 1996 en el ejercicio de su competencia y obligación de investigar violaciones del derecho humanitario acaecidas en el curso del conflicto. Transmitidas las investigaciones policiales al fiscal Goldstone, este consideró inicialmente oportuno su mantenimiento en prisión como medida cautelar hasta tanto fueran confirmadas por la fiscalía los indicios existentes y se elaborara la definitiva acta de acusación con la consiguiente orden de detención y entrega al Tribunal. La técnica del arresto cautelar de sospechosos sin acusación formal previa ha crispado notablemente los ánimos políticos en este caso concreto en cuanto que se ha considerado prematuro un pronunciamiento de prisión a partir de indicios que no derivan de la propia investigación llevada a cabo por las oficinas del Tribunal, sino de actuaciones policiales de una de las partes involucradas en el conflicto. Ciértamente, nada impide, sino todo lo contrario, que un Estado inicie actuaciones policiales y judiciales contra criminales de guerra y que tales investigaciones sean utilizadas como ayuda por parte del fiscal para elaborar su propia acusación tal y como señalan los arts. 18-1º del Estatuto y 39 (iii) del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Ello no obstante, y para salvar situaciones como las que han rodeado la detención de los citados militares serbios se ha llegado en la práctica a una solución propiciada por el propio Reglamento a partir de las posibilidades que oferta el citado artículo 90 bis. De esta suerte, a la medida cautelar decretada por el fiscal ha seguido sin solución de continuidad un requerimiento de transferencia con fines testificales. En esta situación, y una vez realizada la comparecencia, el Tribunal posee la capacidad de o bien formalizar la acusación antes de que expire el plazo previamente establecido con el consiguiente requerimiento de transferencia de personas y de cesión de jurisdicción, en cuyo caso se altera la situación jurídica del detenido pasando definitivamente a situarse bajo la custodia del Tribunal quien inmediatamente procederá a poner en marcha los trámites iniciales del proceso<sup>86</sup>, o bien decretar el reenvío de la persona transferida al Estado requerido<sup>87</sup>.

86. El relación al caso D. Djukic, el plazo de puesta a disposición del Tribunal en aplicación del artículo 90 bis finalizaba el 17 de marzo de 1996, fecha a partir de la cual debería ser nuevamente puesto a disposición del Gobierno de Bosnia-Herzegovina. El 29 de febrero, el juez Karibi-Whyte confirma el acta de acusación y emite una orden de detención y transferencia. El 4 de marzo el Tribunal Supremo de Bosnia-Herzegovina suspende formalmente sus investigaciones y transfiere el

B. LOS MANDATOS INTERNACIONALES DE DETENCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 61 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO

Una vez confirmada el acta de acusación por uno de los jueces de las Salas de Primera instancia<sup>88</sup>, y teniendo en cuenta la imposibilidad de juicios

caso al Tribunal penal internacional que ese mismo día celebra la comparencia inicial con la presencia del detenido en calidad de acusado. Vid. las distintas decisiones del Tribunal tendentes a garantizar la presencia de Djukic ante el Tribunal en calidad de testigo o acusado en: *Transfer order, detention order* de 12 de febrero de 1996 y *amended detention order by judge sir N. Stephen* de 24 de febrero de 1996 clasificados como *doc.IT-96-19-Misc.1*. La defensa del acusado se opuso preliminarmente al cambio de estatus del detenido como acusado alegando la defectuosa tramitación del requerimiento de desestimiento y la violación del principio *non bis in idem*. Vid la *defence motion and response of the prosecutor* de 14 y 25 de marzo de 1996, *docIT-96-20-T*. La Sala de primera instancia resolvió sobre las citadas excepciones preliminares en su *Decision by trial chamber 1 on preliminary motions on the accused* de 26 de abril de 1996.

87. Esta fue la vía tomada en relación al coronel Aleksa Krsmanovic, detenido por las autoridades de Bosnia-Herzegovina y transferido igualmente en virtud de los artículos 54 y 90 *bis* del Reglamento. Tras la negativa a comparecer ante el Tribunal por parte del detenido, y teniendo en cuenta la ausencia de pruebas que permitieran al Fiscal formalizar un acta de acusación, la Sala de Primera Instancia I ordenó el 29 de marzo el reenvío del detenido al Estado requerido. Vid. en relación al caso las siguientes piezas procesales: *defence motion requesting clarification* de 19 de marzo de 1996 respecto de la situación del detenido instando al Tribunal a fijar un plazo para la realización de la diligencia para la que fue inicialmente transferido. *Additional Defence motion requesting immediate release* de 27 de marzo de 1996. Finalmente el asunto es resuelto mediante una *Order of transfer to the required State (Decision of Trial Chamber 1)* de 29 de marzo de 1996 donde la Sala conviene en la *inexistencia de elementos de prueba* de los que pudiera derivarse la presunción de crímenes que determinan la competencia del Tribunal penal internacional y, por tanto, a diferencia del caso del general D. Djukic, sitúa el asunto en sede estricta del artículo 90 *bis* y no en el ámbito del artículo 9 del Reglamento que asegura la presencia del acusado o sospechoso vía demanda de desestimiento. En consecuencia, la Sala decreta la inmediata devolución del detenido. El Fiscal recurrió la orden de la Sala solicitando una prórroga de dos días antes de su reenvío al Estado requerido, lo que fue rechazado por la Sala mediante *Decision* de 3 de abril de 1996. La serie de documentos citados aparecen registrados como *caso n° IT-96-19-Misc.1*.

88. Conviene señalar en este punto la cuestión del carácter inmutable de la acusación una vez confirmada por un juez. Con anterioridad a la confirmación, será competencia del fiscal su eventual modificación o retirada en virtud de los artículos 50 y 51. Una vez confirmada el acta de acusación, tal modificación o retirada sóloamente podrá decidirse por el juez que la ha confirmado o, en el curso del proceso, por la Sala de primera instancia competente. Un asunto de la práctica

en rebeldía<sup>89</sup>, el siguiente paso será la detención previa a la transferencia del acusado al Tribunal para iniciar el proceso en primera instancia. Como hemos señalado y a tenor de lo preceptuado en el artículo 55 del Reglamento de Procedimiento será competencia de uno de los jueces la emisión de un mandato de detención que necesariamente debe ir acompañado de una copia del acta de acusación y de un documento recordatorio de los derechos del acusado. El Secretario del Tribunal transmitirá el mandato a las autoridades nacionales del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control resida el acusado o tenga su última residencia conocida<sup>90</sup>.

procesal reciente del Tribunal ha revelado el reparto de competencias en lo relativo a la capacidad de los diferentes órganos para fijar la base de la acusación. El 19 de abril de 1996 el fiscal formula una *prosecutor's motion to withdraw the indictment* contra el acusado D. Djukic (la confirmación del acta de acusación se había producido el 29 de febrero). Alegando motivos de salud, el fiscal solicita ante el juez que confirmó el acta la puesta en libertad del acusado para lo cual era menester levantar la acusación. Atendiendo al momento procesal en el que se formula la demanda del fiscal, el juez Karibi-Whyte dicta una *Decision declyning jurisdiction to withdraw an indictment* al estimar que, una vez producida la comparecencia inicial en virtud del artículo 62 del Reglamento, el asunto es competencia de la Sala de Primera Instancia encargada de conocer el caso. Finalmente la Sala de Primera Instancia I mediante una decisión de 24 de abril de 1996 *Rejecting the application to withdraw the indictment and order for provisional release* ordena mantener el acta de acusación y decretar la libertad provisional del detenido por motivos excepcionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento.

89. Tal y como establece el artículo 21-4-b) del Estatuto del Tribunal: "4.El acusado, en la sustanciación de los cargos que se le imputen conforme al presente Estatuto, tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías mínimas:...d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección...".

90. Aunque del artículo 55 parezca deducirse que únicamente serán los Estados los destinatarios de mandatos y órdenes del Tribunal, es preciso, sin embargo, señalar que ya desde la elaboración de la primera acta de acusación y el correspondiente mandato de detención (asunto D. Nikolic), el Tribunal ha comprendido entre sus destinatarios a autoridades *de facto* ejercientes del poder efectivo sobre parte del territorio de la república de Bosnia-Herzegovina, en especial a las autoridades serbias de Pale. Sobre esta cuestión vid VIERUCCI, L.: "The first steps of the Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *European Journal of International Law*, vol 6, p. 135. El Reglamento de Procedimiento tal y como resulta de su texto enmendado en enero de 1996, resuelve definitivamente la cuestión de la relación entre las entidades territoriales no estatales y el Tribunal. El artículo 2 (A) del Reglamento enmendado delimita el concepto de "Estado" a efectos de su utilización procesal en los siguientes términos: "State: A State Member or non-Member of the United Nations or a self-proclaimed entity de facto exercising governmental functions, whether recognised as a State or not". Se evita de esta suerte cualquier pretensión de utilizar los actos procesales como prueba de un

Evidentemente, la efectividad del procedimiento en su conjunto dependerá del cumplimiento de esta obligación inicial del Estado. Como ha subrayado reiteradamente el Presidente del Tribunal, una de las cuestiones que en mayor medida dificultan la acción efectiva del Tribunal reside en el hecho de que ha sido creado y debe cumplir su misión con el conflicto en curso, donde los criminales, en el ámbito territorial afectado por la guerra, gozan de poder político o militar o están protegidos por él por lo que el arresto difícilmente se llegará a consumar. A ello habría que añadir el rechazo a cooperar por parte de Estados vecinos directa o indirectamente implicados en el conflicto. La manera de alcanzarse la paz, consolidando política y militarmente las posiciones derivadas de la guerra, hacen prever que la actuación del Tribunal seguirá limitada por decisiones políticas que en defensa de los criminales de guerra puedan adoptar aquellos Estados o autoridades que han auspiciado, alentado o participado directa o indirectamente en el conflicto. Tales limitaciones de carácter político influirán en la correcta aplicación de la justicia penal por el Tribunal<sup>91</sup>, lo que no puede en modo alguno descalificar su función, máxime teniendo en cuenta la adopción de soluciones políticas y jurídicas que permiten paliar situaciones de impunidad por falta de cooperación por parte de algunos Estados.

reconocimiento internacional de la estatalidad de tales entidades. Además, la obligación de sometimiento al Tribunal afectará de la misma manera a los tribunales internos de Estados reconocidos como a aquellos otros que operen en el ámbito de las entidades no estatales y que dependan de los gobiernos de facto. Vid. un comentario del alcance de la enmienda del reglamento en lo relativo a la definición de Estado y de tribunales nacionales en VIERUCCI, L.: "Gli emendamenti al regolamento di procedura del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia" *Rivista di Diritto Internazionale*, 1996-1, pp. 88-90.

91. El hecho de que no existan vencedores o vencidos sino un reparto territorial consolidando igualmente la división política interna de la República de Bosnia puede influir sin duda en la efectividad final del tribunal que debe conocer los crímenes cometidos. Sin embargo, los compromisos políticos y jurídicos plasmados en los acuerdos de Dayton pueden tener el efecto de amortiguar la cuestión de la falta de eficacia y credibilidad del Tribunal. Como han señalado los propios jueces reunidos en su novena sesión plenaria quizás con demasiado optimismo, "l'obligation de coopérer pleinement avec le Tribunal, telle que réitérée par la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, et la Fédération Bosno-Croste et telle que ratifiée par la République Fédérale de Yougoslavie en son propre nom et au nom des autorités Bosniaques-Serbes, doit permettre l'arrestation et le transfèrement effectifs des personnes mises à ce jour en accusation". Cfr. el comunicado oficial de prensa del Tribunal de 23 de enero de 1996 titulado "Les juges estiment que le Tribunal 'entre dans une phase nouvelle et cruciale". CC/PIO/O28-F.

Tales soluciones se concretan en una doble iniciativa. Por una parte, en la actuación conjunta del Tribunal y las fuerzas de IFOR para que, en el ámbito de los acuerdos de Dayton y con el límite derivado de su mandato, las tropas desplegadas en la República de Bosnia colaboren con los investigadores del Tribunal, aseguren su seguridad y detengan a las personas acusadas por el Tribunal en el caso de que entren en contacto con IFOR en el transcurso de su misión<sup>92</sup>. De otro lado, es esencial para el funcionamiento efectivo del Tribunal la aplicación general del *procedimiento especial previsto en el artículo 61 del Reglamento* de procedimiento y Prueba titulado "procedimiento en caso de inejecución de un mandato de detención". Una vez confirmada el acta de acusación, emitida la correspondiente orden de detención en virtud del artículo 55, y constatada la falta de ejecución de la misma en el plazo razonable previsto en el artículo 59 y, por tanto, la ausencia de la notificación de la acusación exigida en el artículo 51, una Sala de Primera Instancia puede emitir una orden internacional de detención transmitida a *todos los Estados con el fin de* posibilitar la captura del acusado en el caso de que abandone el territorio donde se ha refugiado y cuyas autoridades no puedan o no quieran cumplir la orden del Tribunal. De esta suerte, se paliarían los efectos de la negativa a cooperar por parte de algunos Estados directamente requeridos por el Tribunal en la medida en que se convierte al acusado en un fugitivo internacional. Los terceros Estados no directamente requeridos deberán adoptar medidas preventivas de

92. La actuación coordinada entre el Tribunal y las fuerzas de la OTAN se basa ante todo en el propio *Acuerdo Marco General de Paz* para Bosnia-Herzegovina, Anexo 1-A, y en la resolución 1031(1995) del Consejo de Seguridad. A partir del ámbito de actuación previsto en tales normas, el Consejo del Atlántico Norte acordó en su reunión de 16 de diciembre de 1995, un compromiso suplementario relativo a la detención y transferencia de personas acusadas. Igualmente, el gobierno de la República de Bosnia-Herzegovina ha aceptado expresamente tanto su colaboración directa con el Tribunal, como el hecho de que la tarea de investigación y detención de criminales de guerra, que sería de competencia de la policía gubernamental, sea igualmente realizada por los miembros de IFOR. Desde un punto de vista práctico, la habilitación a las fuerzas de la OTAN se ha concretado tanto en un *Joint Statement COMIFOR and chief prosecutor international Tribunal on warcrimes for the former Yugoslavia* de 22 de enero de 1996 en el que el comandante de las fuerzas de paz, almirante W. Smith, y el fiscal del Tribunal R. Goldstone alcanzaron un acuerdo sobre la forma de actuación conjunta, como en la *Order of judge Jorda that copies of indictments and arrest warrants(...) be transmit to IFOR* de 24 de diciembre de 1995. La orden en cuestión exige "that copies of indictments and arrest warrants issued by the Tribunal be transmitted to IFOR and that any indicted person detained by IFOR be taken into custody immediately informed of the charges against him and transferred as reasonably practicable to the international Tribunal".

investigación policial de oficio respecto de la presencia de acusados en su territorio<sup>93</sup>.

El artículo 61, aplicado por primera vez en el *asunto D. Nikolic*<sup>94</sup>, permite al Tribunal, que no dispone de medios directos de coerción, no estar absolutamente desarmado frente a la incomparecencia del acusado y relanzar y mantener vivo un proceso que, de lo contrario, estaría condenado al olvido. Procesalmente, no es un juicio en rebeldía ya que, como señala el propio fiscal<sup>95</sup>, no es consecuencia de un proceso que culmina en una sentencia. Si la

93. Se solventarían así las cuestiones derivadas de la falta de competencia de las autoridades públicas policiales y judiciales internas de algunos Estados cuya técnica procesal impide que, aun siendo competentes sus tribunales para conocer el fondo del asunto en la medida en que son partes en los convenios de prevención y represión de los *delicta iuris gentium*, se asegure la investigación policial y la jurisdicción para iniciar la instrucción en el caso de que no existan indicios de la presencia de los criminales en el territorio del Estado. Esto es lo que ha ocurrido en Francia en relación al *sunto R. Saric* donde el Tribunal de Apelación de París rechazó la competencia del juez instructor para la realización de cualquier diligencia procesal de investigación alegando lo preceptuado por el artículo 689 del código de procedimiento penal que exige como *condicio sine qua non* la presencia o el indicio de la presencia de un criminal en territorio francés. Si tenemos en cuenta que como señala el Tribunal francés no pesa sobre las autoridades públicas francesas ninguna obligación de búsqueda e investigación de los autores de posibles crímenes cometidos por extranjeros en el extranjero y contra extranjeros, la consecuencia es la impunidad de tales criminales que aun siendo formalmente acusados por el Tribunal, pueden residir libremente en Francia salvo que una víctima de tales crímenes o instituciones privadas, especialmente ONGs, demuestren la presencia en su territorio de personas responsables de violaciones del Derecho Humanitario. Vid unas interesantes reflexiones respecto a la posición de terceros Estados en relación a los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda al hilo de la citada jurisprudencia francesa en LATTANZI, F.: "La competenzaa delle giurisdizione di Stati 'terzi' a ricercare e processare i responsabili dei crimini nell'Ex-Iugoslavia e nel Ruanda". *Riv.Dir.Int.* 1995-3, pp.707-722. En el mismo sentido DAILLIER, P.: "La répression pénale en France des 'crimes de guerre et des crimes contre l'humanité' en ex-Yougoalavie". Ponencia presentada en el coloquio de Roma (15 y 16 de diciembre de 1995) titulado: From the ad hoc international criminal tribunals to a permanent court.

94. *Asunto n° IT-94-2-R61*. El acta de acusación contra D. Nikolic por los crímenes cometidos en 1992 en el campo de Susika fue el primero elaborado por el fiscal y confirmado por el juez Odio Benito el 4 de noviembre de 1994.

95. Vid una valoración de conjunto del procedimiento del artículo 61 realizada por el fiscal al hilo del asunto Nikolic en el documento titulado *Rule 61 Hearing. Opening Statement by Justice Goldstone* de 9 de octubre de 1995.

persona es finalmente detenida, deberá iniciarse un procedimiento ex novo en el que el acusado podrá contestar a las acusaciones formuladas<sup>96</sup>.

La decisión de dictar la orden internacional de detención es competencia de la Sala de Primera Instancia a la que pertenezca el juez que inicialmente haya confirmado el acta de acusación<sup>97</sup>. La Sala, en audiencia pública<sup>98</sup>, deberá valorar tanto la existencia de indicios razonables acerca de la comisión de los crímenes que se imputan al acusado, como la calificación jurídica de los hechos presentada por el fiscal con el fin de determinar su competencia en el contexto del derecho material aplicable por el Tribunal. El procedimiento asegura escrupulosamente, por tanto, las garantías acerca del fundamento de la acusación y reviste a la decisión de una solemnidad y un peso excepcional. Así, la *decisión de la Sala de primera instancia de 20 de octubre de 1995* dictada en aplicación por primera vez del artículo 61, se construye a partir de la *prueba* de los crímenes y de la *calificación* de los mismos según la tipificación realizada por el Estatuto del Tribunal. En concreto, y aun cuando el fiscal presentó los hechos como calificables en el ámbito de las infracciones graves a las convenciones de Ginebra y violaciones a las leyes y costumbres de guerra (artículos 2 y 3 del Estatuto) y, de manera cumulativa o alternativa, como

96. Como ha señalado la doctrina al referirse al artículo 61, el Tribunal ha adoptado una norma que concilia el principio del respeto de los derechos del imputado con la exigencia de eficacia y rapidez que inspiran su actuación. Vid. VIERUCCI, L.: "Gli emendamenti al regolamento..." *op. cit.* pp.90-92.

97. A tenor del artículo 61 (A), es al juez que confirma la acusación a quien compete iniciar el procedimiento conducente a la emisión de la orden internacional de detención. Son dos las condiciones que deben cumplirse con carácter previo: por una parte, la justificación del fiscal de la adopción de todas las medidas necesarias para notificar al acusado la existencia del acta de acusación así como la prueba de la significación de la orden de detención a las autoridades del Estado o autoridades de hecho bajo cuyo territorio o jurisdicción resida el acusado o tenga su última residencia conocida; por otro lado, una vez cumplido el trámite anterior, es preciso el transcurso de un "plazo razonable" para dar cumplimiento a la orden de detención. Este margen de tiempo es apreciado libremente por el propio juez de la Sala que tendrá en cuenta "las circunstancias particulares de cada caso".

Cumplidos ambos requisitos, el juez dictará una resolución previa a la celebración de la audiencia pública en la que justificará la puesta en marcha del procedimiento. Vid, por ejemplo la *Ordonnance aux fins de l'examen en audience publique par la chambre de premiere instance I de l'Acte d'accusation* de 13 de febrero de 1996 dictada por el juez C. Jorda en el asunto M. Martic (Asunto IT-94-11-I).

98. Sobre la importancia del carácter público del procedimiento desde la perspectiva de las víctimas vid el Memorandum preparado por la Oficina de prensa e información del Tribunal titulado *L'article 61: La voix des victimes* hecho público el 9 de octubre de 1995.

crímenes contra la humanidad, el Tribunal estimó retener como prioritaria esta última calificación derivada de la aplicación del artículo 5 del Estatuto toda vez que se cumplieran los requisitos de sistematicidad y amplitud de actos criminales contra la población civil exigidos por los crímenes contra la humanidad, con independencia de la existencia o no de un conflicto armado en la zona de actuación del acusado<sup>99</sup>. Por su parte, la *decisión de la Sala de Primera instancia I de 8 de marzo de 1996 en el caso M. Martić* verifica su competencia a la luz de los hechos imputados tomando como referente, a efectos de calificación, el art. 3 del Estatuto en relación al art. 7 (responsabilidad penal individual de quienes planean, instigan, ordenan o simplemente no evitan la comisión de crímenes por sus subordinados). La Sala considera necesario identificar las reglas de carácter convencional y consuetudinario que sustentan la acusación y establecer si las violaciones a esas reglas pueden ser objeto de persecución por el Tribunal a la luz del art. 3 (violación de leyes o usos de guerra). En otras palabras, el Tribunal debe afirmar, como fundamento de su competencia, la existencia y aplicabilidad al caso concreto de la norma que tipifica la conducta objeto del acta de acusación, en concreto la prohibición de bombardeos contra la población civil de Zagreb los días 2 y 3 de mayo de 1995<sup>100</sup>.

Además de la valoración sobre la comisión o participación de los acusados en crímenes definidos en el Estatuto del Tribunal, el procedimiento especial del artículo 61 constituye un juicio respecto a la posición de aquel o aquellos Estados que hayan impedido el cumplimiento de la notificación del acta de acusación y la subsiguiente orden inicial y directa de detención. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el apartado (E) del citado artículo, si el fiscal establece en la audiencia ante la Sala de primera instancia que la ausencia de notificación del acta de acusación y el incumplimiento de la orden de detención es achacable a la falta de colaboración debida por todo Estado en virtud del artículo 29 del Estatuto del tribunal, la Sala, a través de su presidente, puede poner ese hecho en conocimiento del Consejo de Seguridad<sup>101</sup>.

99. Cfr la *Decision de la Chambre de Premiere Instance I. Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61*, de 20 de octubre de 1995. Sobre la calificación de los hechos vid en concreto pp. 13-17.

100. Vid la citada decisión en el *Caso. n° IT-95-11-R61* titulado *International arrest warrant and order for surrender* de 8 de marzo de 1996.

101. Así ha ocurrido en relación al caso D. Nikolic donde la Sala señala expresamente que la "absence de signification es imputable au défaut et au refus de coopération de l'administration des serbes de Bosnie à Pale". En consecuencia "invite le Président du Tribunal à en informer le Conseil de sécurité de l'Organi-

A modo de valoración de conjunto del procedimiento descrito, cabe afirmar su utilidad en la represión de delicta iuris gentium desde una triple perspectiva. En primer lugar, mantiene vivo el proceso constituyendo un recordatorio judicial permanente acerca de la atrocidad de los crímenes cometidos por individuos directamente responsables con la complicidad de Estados o autoridades de hecho a la vez que permite satisfacer el derecho de las víctimas y sus familias a ser oídas públicamente y divulgar su testimonio como base de la acusación. En segundo término, limita la libre circulación de criminales en el exterior del país de refugio y convierte al acusado en un rehen de los cambios políticos internos que pudieran provocar la desaparición de su impunidad. Por último, la puesta en marcha del procedimiento del artículo 61 obliga al Tribunal a señalar al Estado o autoridad de facto culpables del amparo a los criminales y a informar de la situación al Consejo de seguridad<sup>102</sup>. En definitiva el art. 61 traslada la responsabilidad de la represión de los crímenes contra el derecho humanitario al conjunto de Estados actuando aisladamente en tanto que ejecutores de la decisión del Tribunal o coordinadamente en el seno del Consejo de seguridad en el marco de sus competencias sancionadoras.

sation des Nations Unies". Vid la citada decisión de 20 de octubre de 1995, pp. 25-26. En cumplimiento de tal invitación, el 31 de octubre de 1995 el presidente del Tribunal envió una carta al presidente del Consejo de seguridad expresándose en los siguientes términos: "Abrigo la confianza de que el Consejo de Seguridad adoptará las medidas que considere adecuadas a la luz de la desatención clara de la administración de los Serbios de Bosnia en Pale de su obligación de cooperar con el Tribunal". Cfr el texto de la citada carta en *S/1995/910*. Hasta el momento la única acción del Consejo ha sido la de "tomar nota" de la carta y exigir una vez más el cumplimiento de las obligaciones que en virtud del Estatuto del Tribunal incumben a las partes implicadas en el conflicto. Vid. la *resolución* 1019(1995) de 9 de noviembre de 1995.

102. Como ha subrayado expresamente el fiscal en relación a un caso especialmente flagrante como fue el del hospital de Vukovar (asesinatos en masa de enfermos del hospital de la citada ciudad croata llevados a cabo por fuerzas de la JNA y paramilitares serbios): "When a government gives refuge and support to criminals, in the eyes of the world, that government then too becomes criminal and that is exactly what the Belgrade government has done in this case". Cfr. el documento titulado *prosecutor's final submission. Rule 61 Hearing*. Caso n°IT-95-13-R61. De acuerdo con las consideraciones del fiscal, el Presidente Cassese dirigió el 24 de abril de 1996 un informe al Consejo de Seguridad en el que hace constar la reiterada negativa a cooperar con el Tribunal por parte de la República Yugoslava al mantener en activo en su ejército nacional a personas acusadas de crímenes de guerra y contra la humanidad.

V. ASPECTOS RELATIVOS AL ESTABLECIMIENTO E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

A. OBSERVACIONES GENERALES

La primera sentencia pronunciada por el Tribunal ha abordado en profundidad la cuestión de la determinación de la esacala de penas aplicable así como los principios rectores en materia de imposición de la pena. El *asunto Drazen ERDEMOVIC* sentenciado el 29 de noviembre de 1996 por la Sala de Primera Instancia I ha permitido al Tribunal establecer una importante doctrina tanto respecto a la construcción del principio de legalidad penal en su vertiente de predeterminación suficiente de la pena, como en lo relativo a los factores de individualización judicial de la misma<sup>103</sup>. Además de por su carácter pionero, esta decisión es especialmente relevante a nuestro juicio por el hecho de que el fundamento de la acusación y la sentencia de culpabilidad se construyen a partir del concepto de *crímenes contra la humanidad*, figura jurídica de naturaleza consuetudinaria y, en consecuencia, sin contornos nítidamente definidos especialmente en lo tocante a la eficacia de tales crímenes en su aplicación directa como base acusatoria.

Como es sabido, los artículos 23 y 24 del Estatuto del Tribunal y los concordantes 100 y 101 del Reglamento de Procedimiento afirman el deber de sancionar las conductas tipificadas otorgando un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de circunstancia atenuantes y agravantes. El Tribunal deberá considerar como referente la escala general de penas existente en el Derecho Penal de la Antigua Yugoslavia.

La búsqueda de un marco normativo y jurisprudencial al que remitirse en el momento procesal de la imposición de la pena lleva al Tribunal a establecer un criterio general de actuación futura basado en las siguientes premisas: en primer lugar, la referencia contenida en el artículo 24-1 del Estado hay que entenderla como una mera indicación, desprovista de valor obligatorio y cuya virtualidad se centraría únicamente en la determinación de la duración de la pena. En segundo término, y en ausencia de reglas o precedentes directamente aplicable en el Derecho de la ex-Yugoslavia como ocurre en lo tocante a

103. Vid. la sentencia de 29 de noviembre de 1996 de la Sala de Primera Instancia I en el *Doc.NO.IT-96-22-T*.

crímenes contra la humanidad<sup>104</sup>, el Tribunal goza de entera libertad para establecer la pena a partir de la consideración de la naturaleza del crimen imputado. En concreto, en el caso Erdemovic, el Tribunal contempla, aunque sin establecer una conexión directa, la práctica seguida por el Tribunal de Nuremberg y la tipificación de los crímenes llevada a cabo en aquellos Estados que los han introducido en su legislación interna. Por último, y en relación al principio de legalidad penal que podría verse cuestionada por la ausencia de certeza en la predeterminación de la penalidad, la Sala de Primera Instancia considera que la ausencia de una gradación de la pena en el Derecho Penal de la ex-Yugoslavia y la "inexistencia de precedentes jurisprudenciales nacionales significativos" no puede ser un obstáculo insalvable para determinar la consecuencia de la responsabilidad penal derivada de un crimen que "fait partie depuis déjà longtemps de l'ordre juridique international". En consecuencia, y de acuerdo con el tenor literal de la argumentación del Tribunal, cabe afirmarse la existencia de un principio general de derecho internacional según el cual "les peines les plus lourdes peuvent être imposées pour les crimes contre l'humanité".

Ciertamente la argumentación es frágil, pero era la única posible teniendo en cuenta el fin perseguido por la Corte que no es otro que constituir un precedente, realizar una construcción ex novo en el ámbito de los crímenes contra la humanidad escasamente codificado y raramente considerado como base acusatoria autónoma por los tribunales internos o internacionales.

#### B. LA ESTIMACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ÓRDENES DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS

El artículo 24-2 del Estatuto en relación con el 101 apartado B del Reglamento de procedimiento faculta al Tribunal para considerar aquellos factores que juzgue oportunos en orden a individualizar la pena, mencionando expresamente a título ejemplificativo la gravedad de la infracción, la situación

104. Vid. respecto a la naturaleza y al régimen de las penas en la Ex-Yugoslavia poniendo de relieve tanto las disposiciones aplicables como la práctica jurisprudencial derivada de la comisión de crímenes de guerra durante la segunda guerra mundial el documento titulado *Nature et regime des peines en l'Ex-Yougoslavie*, de 11 de noviembre de 1996. Registrado como IT.96-22-T.

personal del condenado y la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes con especial referencia a la intensidad y alcance de la cooperación que el acusado pudiera brindar al Fiscal.

El proceso en el caso Erdemovic ha permitido al Tribunal pronunciarse sobre los siguientes factores de individualización de la pena que, a buen seguro, se repetirán en sucesivas sentencias: la gravedad de la infracción con especial referencia al papel jugado por el acusado y las circunstancias atenuantes derivadas de la situación personal del acusado, teniendo en cuenta su posición en la estructura de mando del grupo responsable del concreto crimen.

En relación a la primera cuestión, considera el Tribunal que la acusación por cualquiera de las conductas tipificadas en el Estatuto, y especialmente respecto de los crímenes contra la humanidad, implica una gravedad intrínseca merecedora de las penas más severas que únicamente podrán atenuarse en el caso de la prueba de la existencia y aplicación al caso concreto de alguna circunstancia atenuante<sup>105</sup>.

La alegación de la existencia de una orden de un superior jerárquico es una práctica habitual en la jurisprudencia derivada de la segunda guerra mundial. De hecho, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en su artículo 8 incorpora la posible existencia de una orden de un superior como atenuante en el caso de que se demuestre la limitación de la libertad de elegir del acusado al cometer el crimen. El Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia contempla de manera autónoma esta circunstancia en el párrafo 2 del artículo 7. La construcción de una teoría a cerca de los requisitos de la obediencia a la orden de un superior constituye un elemento interesante de la práctica de la fiscalía y de la escasa jurisprudencia del Tribunal. En una labor inductiva desde la legislación penal civil y militar de diferentes países, así como desde la jurisprudencia interna o internacional en la materia, puede afirmarse que son cuatro los elementos a considerar a la hora de ponderar el efecto de la orden del superior: la amenaza de un peligro inminente por parte de otra persona, el hecho de que el acusado no pudiera escapar al peligro o sustraerse al mismo salvo mediante el cumplimiento de la orden, el que la decisión de cometer el crimen fuera adoptada por cualquier persona que se hubiera encontrado en una

105. Ello no obstante, el fiscal afirma la necesidad de apreciar tres factores de agravación: el papel jugado por el interesado en el incidente, el número de personas asesinadas, o el hecho de que los actos cometidos sean el peor ejemplo de la infracción que pudiera encontrarse en la práctica. Vid en este sentido la *Memoire du Procureur relatif aux circonstances aggravantes et atténuantes* de 11 de noviembre de 1996. Doc. IT-96-22-T, p. 3

situación similar y, por último, que el acusado no se hubiera situado voluntariamente en la situación conducente a la realización final de la conducta criminal. En definitiva, la ausencia de elección moral debido a la presencia de un peligro inminente real e inevitable es lo determinante a la hora de calificar la conducta y apreciar una posible atenuación de la pena. A juicio del Tribunal, deben concitarse simultáneamente ambos elementos objetivo y subjetivo para que pueda afirmarse la anulación del "deber de desobediencia" existente frente a la orden de comisión de un crimen. Para ello será preciso probar, en la medida de lo posible, tanto la influencia de la orden sobre la voluntad criminal, como el grado de coerción física que generaría una ausencia más o menos cierta de la posibilidad de elección moral del acusado. En relación al caso Erdemovic, el Tribunal ha realizado una triple consideración en el momento de valorar las circunstancias atenuantes: el estado mental del acusado en el momento de los hechos, la existencia o no de una extrema necesidad real representada por un peligro cierto e inminente para el acusado o su familia así como el grado del acusado en la jerarquía militar<sup>106</sup>.

Por último conviene igualmente reseñar una circunstancia que en el caso que reseñamos posee importancia práctica pues ha sido objeto de discusión y apreciación en el seno del Tribunal como es la colaboración del acusado. Para que funcione esta causa de atenuación es preciso que sea una colaboración incondicionada y que sea útil. La utilidad vendrá dada a su vez por dos elementos esenciales: que suministre a la fiscalía datos desconocidos con anterioridad a la declaración y que tales datos sirvan como prueba para iniciar nuevos procesamientos o simplemente para conocer datos relativos a la estructura militar de las operaciones criminales.

## V. CONCLUSIÓN

El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, a través de su práctica, está superando las reticencias iniciales y demostrando una firme voluntad de cumplir la función para que fue creado que, como apuntara el profesor Remiro, no es otra que ejemplarizar y objetivar la represión de los más graves delitos a

106. Vid la sentencia de Erdemovic, Doc IT-96-22-T, pp. 47 y ss.

través de una instancia de la sociedad internacional institucionalizada<sup>107</sup>. Su actuación está demostrando una lucha constante por sentar unas *bases de funcionamiento independientes de consideraciones políticas presentes en el conflicto*. Con tal objetivo, el empeño del Tribunal se ha centrado en demostrar la existencia de un cuerpo normativo aplicable en cualquier situación de violación del derecho humanitario y en reivindicar una capacidad jurídica imprescindible para dotar de efectividad al sistema de represión. El Estatuto y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal tienen por misión el crear un entramado, una tela de araña, mediante *disposiciones sustantivas y adjetivas que impidan que su competencia y capacidad de actuación sea contestada desde planteamientos estatualistas*. En este orden de ideas, el funcionamiento del Tribunal constituye un buen ejemplo de la querrela permanente entre Soberanía y Derechos humanos.

Un claro exponente de esta línea de actuación es la necesidad de garantizar su competencia respecto de crímenes cometidos en conflictos tanto internacionales como internos al margen de los sujetos contendientes y de la calificación otorgada al conflicto. En este sentido, el Tribunal ha contribuido, al interpretar y aplicar el artículo 3 del Estatuto, a la evolución del Derecho humanitario en cuanto que afirma la existencia de un cuerpo normativo aplicable a los conflictos internos de carácter consuetudinario con efectos *erga omnes* y que deberá respetarse y hacerse respetar con independencia del grado de compromiso estatal. La consecuencia inmediata de ello es la calificación como crímenes internacionales de aquellos cometidos también en el seno de un conflicto interno

Por otra parte, el Tribunal en tanto que instrumento de aplicación práctica de valores esenciales de la Sociedad internacional, actúa con la única y primordial idea de que no haya crimen sin sanción desde el derecho interno o desde el derecho internacional. Al instaurar un sistema de competencia judicial complementario de los sistemas nacionales de represión pero con preferencia de la instancia judicial institucional internacional sobre la jurisdicción nacional, el Tribunal no hace otra cosa que defender los valores que debe legalmente asumir, otorgados por el Consejo de Seguridad, y que deben primar sobre intereses estatales que, refugiándose en la defensa de su soberana autonomía jurisdiccional, pudieran limitar la eficacia de la defensa de los derechos humanos. De esta suerte, la práctica del Tribunal demuestra un

107. Vid la valoración que de los tribunales penales internacionales realiza el profesor REMIRO BROTONS, A.: *Civilizados, Bárbaros y Salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, Madrid 1996, pp. 58-59

empeño loable en instaurar, sin concesiones, un sistema de justicia penal internacional basado en la primacía jurisdiccional -artículo 9 del Estatuto- y en la exigencia permanente de cooperación estatal. Evidentemente existen limitaciones para ello derivadas tanto de naturaleza del conflicto en el que el Tribunal ha debido intervenir inicialmente, como del delicado equilibrio de intereses presentes en la fase post-conflicto donde no han existido, militarmente, vencedores ni vencidos. Los únicos y principales perjudicados en sus derechos esenciales ha sido la población no combatiente. Es precisamente la defensa de tales derechos amparados por normas internacionales de Derecho humanitario y en el castigo a los responsables de su violación la única razón presente en la labor del Tribunal.

En definitiva, a la luz de la práctica del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, podemos afirmar lo acertado de su actuación orientada tanto a la aplicación de unos estándares mínimos de protección con independencia de la naturaleza del conflicto, como a la contribución a crear las condiciones de actuación que otorguen credibilidad a la propia institución y a otras que, con la misma finalidad, se puedan crear en un futuro inmediato.



Notas

