

ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LAS ACTIVIDADES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE LA EX YUGOSLAVIA

Hugo Llanos Mansilla

Profesor de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile

Este tribunal internacional fue establecido por la Resolución 808, de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, desde 1991. Esta decisión del Consejo de Seguridad se hizo sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como una medida para mantener o restablecer la seguridad internacional luego de determinar la existencia de una amenaza a la paz y seguridad internacionales en el territorio de la ex Yugoslavia.

Como antecedentes de esta decisión del Consejo de Seguridad se pueden mencionar las aprobadas como consecuencia del conflicto entre Irak y Kuwait.

La creación de este tribunal se concibió como un órgano subsidiario, en este caso un órgano de carácter judicial independiente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 29 de la Carta, no sujeto a la autoridad o control del Consejo. No obstante, su existencia dependerá del restablecimiento de la paz y seguridad internacionales en el territorio de la ex Yugoslavia y de las decisiones del Consejo de Seguridad sobre el particular.

Ha habido controversias respecto a la creación de este tribunal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El mismo Secretario General de esta organización sostuvo que, en circunstancias normales, un tribunal internacional como el de la ex Yugoslavia, habría debido ser creado mediante un tratado internacional en el seno, o de la Asamblea General, o en el de una conferencia internacional. Pero la lentitud de este procedimiento, sostuvo, atentaba contra la necesidad de aprobarlo mediante una decisión urgente que requería la grave situación planteada en el territorio de la ex Yugoslavia. Tanto Rusia como China plantearon sus serias reservas sobre el medio elegido para crear el tribunal, y Brasil señaló que podrían haberse excedido las atribuciones del Consejo de Seguridad.

El 17 de noviembre de 1993, los magistrados elegidos tomaron posesión de sus cargos.

El tribunal no crea normas de derecho internacional. Solo aplica el *Derecho Internacional Humanitario*, que forma parte del derecho consuetudinario. El derecho internacional humanitario convencional que forma parte del derecho internacional consuetudinario es el derecho aplicable en los conflictos armados consagrados en los siguientes instrumentos:

Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra;

Cuarta Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento conexo, de 18 de octubre de 1907;

Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y

Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de 8 de agosto de 1945.

El tribunal enjuicia, en consecuencia, a los que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los *Convenios de Ginebra* (artículo 2); a los que violen *las leyes y usos de la guerra* (artículo 3); a los que cometan actos de *genocidio* (artículo 4); y a los responsables de *crímenes contra la humanidad* cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional (artículo 5).

Su Estatuto consagra la *responsabilidad penal individual*, que se extiende a lo largo de toda la cadena de mando: desde quien adopta la decisión política hasta quien físicamente la ejecuta. Se atribuye la responsabilidad criminal a un superior por actos de sus subordinados. Por otra parte, *se excluyen la inmunidad tanto de los Jefes de Estado acusados, como por actos de obediencia debida*.

El tribunal está organizado en tres salas de tres jueces cada una y una sala de apelación integrada por 5 jueces. En total 14 jueces.

Las actas de acusación del fiscal del tribunal implican ya a más de 50 personas.

Respecto a la responsabilidad de los superiores, la práctica reciente del Tribunal ofrece interesantes perspectivas. De acuerdo al artículo 7 N° 3 del Estatuto del tribunal, incumbe a los comandantes militares adoptar las medidas necesarias 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 responsabilidad criminal. Igualmente cabe una responsabilidad por negligencia si el superior tuvo razones para conocer, por motivos de su cargo, la conducta de sus subordinados.

En relación a las personas protegidas por los Convenios de Ginebra, el tribunal ha tenido en cuenta que la naturaleza consuetudinaria de sus disposiciones, in-

cluyendo aquellas referentes a las violaciones graves, son aplicables a todos los conflictos armados internacionales, con independencia de la vinculación convencional de las partes contendientes. Así, el ámbito de aplicación del derecho humanitario de Ginebra lo extiende a cualquiera persona protegida, con independencia de su nacionalidad.

El artículo 2° del Estatuto que otorga competencia al tribunal para enjuiciar las violaciones graves a los Convenios de Ginebra, no menciona la naturaleza del conflicto y ello ha planteado al tribunal un problema en cuanto a su aplicación, ya que el artículo 2 común de los Convenios se refiere a su aplicación a conflictos internacionales.

El problema surge del *carácter mixto del conflicto* en la ex Yugoslavia: así, primero fue un conflicto interno que coincide con la intervención del ejército federal en Eslovenia y Croacia para aplastar una insurrección armada —desde enero de 1991—; se hace internacional desde octubre de 1991, para luego ser un conflicto interno internacionalizado, desde el momento en que las tropas de Serbia y Montenegro se retiran del territorio bosnio, el 4 de mayo de 1994.

Este carácter mixto del conflicto requiere que en su fase internacional se apliquen los Convenios de Ginebra en su integridad y, en su fase interna, solo el artículo 3 común de dichos Convenios.

En el primer proceso que conoció el tribunal, y que empezó el 7 de mayo de 1996, contra Dusko Tadic, se planteó este problema en la sala de apelaciones. Aun cuando la sala reconoció una tendencia hacia un posible cambio en la *opinio juris* de los Estados, en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra, consideró, sin embargo, que en el actual desarrollo del derecho, *el artículo 2° del Estatuto solo se aplicará a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales*.

Limitó así el tribunal su propia competencia.

Para el tribunal será fundamental determinar la naturaleza del conflicto en el momento en que se produjeron los crímenes. En primer lugar, prestará su atención al momento y duración de tales crímenes. Así en el acta de acusación N° 10, dictada el 7 de noviembre de 1995, en el *caso Mrksic, Radic y Sljivancamin* (hospital de Vukovar), el tribunal tiene en cuenta a la hora de calificar el delito la entrada en vigor de la declaración de la independencia de Croacia como el momento en que la contienda en la Eslovenia oriental se convierte en internacional.

Luego, el tribunal considerará esencial la dependencia y control de los contendientes. Así en el *caso D. Nikolic*, consideró demostrado y, por lo tanto, aplicable el artículo 2° del Estatuto, el hecho de que tropas bajo el control del gobierno de Belgrado tomaran parte en la ocupación de Vlasenica, después que Bosnia y Herzegovina había sido reconocida como Estado independiente.

El *carácter internacional del conflicto* lo busca el tribunal en aquellos elementos que evidencian la existencia de ataques armados o una ocupación militar del territorio por tropas de un Estado extranjero, situación

que 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 y Herzegovina desde su proclamación como Estado independiente el 3 de marzo de 1992, confirmada por actos de reconocimiento como el de la Unión Europea de fecha 7 de abril de este mismo año.

El conflicto pasa a convertirse en una disputa interna a partir de la proclamación de la nueva Constitución de la República Federal de Yugoslavia, el 27 de abril de 1992 y la orden de retirada de las tropas que permanecían en el territorio de Bosnia y Herzegovina, el 4 de mayo de 1992.

El artículo 3° del Estatuto se refiere a la competencia del tribunal para enjuiciar a *las personas que violen las leyes y usos de la guerra*.

Este artículo no señala normas convencionales que evidenciaran su carácter consuetudinario. Se le considera como una cláusula general o residual en el sentido de cubrir todas las violaciones del derecho aplicables a los conflictos armados internacionales distintas de las enumeradas como violaciones graves de los Convenios de Ginebra, así como del derecho de La Haya. Al enumerar conductas concretas desligándolas de una norma específica que las tipifique, se asegura la competencia del tribunal para conocer violaciones de reglas aplicables a los *conflictos internos*, especialmente del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra y de otras normas del derecho consuetudinario. Este artículo 3° permite al tribunal considerar violaciones del derecho internacional humanitario no cubiertas por los otros artículos (2°, 4° y 5°). El artículo 3° se constituirá así en base de las actas de acusación del fiscal del tribunal. Si existen ataques contra personas que no han tomado parte activa en las hostilidades, o combatientes heridos que hayan depuesto las armas, se invocará este artículo como una de las bases de la acusación. 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 hechos bajo el artículo 2°. Lo mismo ocurre en relación con los crímenes contra la humanidad. Así se asegura la existencia de una base acusatoria suficiente, con independencia de la naturaleza que finalmente se reconozca al conflicto.

De acuerdo al tribunal, se requieren dos requisitos básicos previos a la aplicación de este 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 del conflicto, con independencia de que la relación sea formal o simplemente de facto.

De las actas de acusación se desprende la existencia de 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 de las leyes o usos de las guerras.

La aplicabilidad a los conflictos internos de los principios que rigen las hostilidades ha sido establecido en el *caso Tadic*, en el que el tribunal al referirse

al uso por parte de los Estados de armas prohibidas en el caso de conflicto entre ellos que se pretende utilizar para sofocar una rebelión entre los nacionales en su propio territorio, las descarta por consideraciones de humanidad y sentido común, declarando: "Lo que es inhumano y en consecuencia prohibido en las guerras internacionales, no puede ser sino también inhumano e inadmisibles en una guerra civil".

A juicio del tribunal un precedente sobre el consenso en torno a la limitación de los métodos de guerra en los conflictos armados internos lo constituye las diversas condenas estatales a la actitud de Irak por utilizar armas químicas contra la población kurda.

En el *caso Tadic* el tribunal reconoce la necesidad de incriminar determinadas conductas al equiparar y no hacer distinciones entre violaciones graves de los Convenios de Ginebra y las violaciones del artículo 3º común y los principios y normas relativos a los métodos de combate aplicables en los conflictos internos.

En cuanto al *genocidio*, el fiscal ha sido reacio a calificar las conductas punibles como genocidio, prefiriendo aplicar el concepto de crímenes contra la humanidad. Ello debido a la serie de requisitos que exige probar aquel delito.

En el *caso Karadzic y Mladic (Srebrenica)*, el tribunal abordó el genocidio en Bosnia y Herzegovina, no como el resultado concreto de un hecho individualmente considerado como fue el exterminio de miles de no combatientes de un enclave protegido, sino en el contexto de la "limpieza étnica" (*ethnic cleansing*), la que, a juicio del juez Riad, es la última manifestación de las características del genocidio. Política de limpieza étnica que incluye, asimismo, deportaciones masivas. El tribunal ha asumido una posición de ampliar la figura del genocidio, no solo a la desaparición física de parte de la población, sino también a la destrucción y sustitución de la base social de un territorio, como sería, por ejemplo, la violencia sexual en el contexto de la limpieza étnica. Con ello el genocidio sería una parte esencial de la limpieza étnica y no se podría desligar de esta.

En lo relativo a *crímenes contra la humanidad*, -asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales, religiosos y otros actos inhumanos-, la competencia del tribunal será para sancionar actos contra la población civil durante un conflicto armado interno o internacional.

Dice el fiscal del tribunal en el *caso Djukic* que son tres las condiciones para asegurar la competencia del tribunal en estos crímenes: ser dirigidos contra la población civil, como grupos destinatarios de los ataques; las agresiones deben ser llevadas a cabo en un contexto de actuaciones sistemáticas que respondan a un cierto grado de organización; por último, deben presentar un grado de amplitud o trascendencia.

Uno de los mayores problemas que ha encarado el Tribunal de la ex Yugoslavia ha sido el de establecer un nexo entre el crimen y la existencia de un conflicto

armado. La defensa en el *caso Tadic* argumentó que calificar bajo el artículo 5º un determinado crimen en una zona en que no se desarrollaran combates, violaría el principio de la legalidad.

El tribunal ha resuelto este problema al referirse de una manera general al concepto de conflicto armado desligando la aplicación del derecho humanitario del contexto geográfico y temporal de la evolución del conflicto en que el crimen se produce, pero exigiendo una conexión sustancial entre ambos.

Así, afirmó el tribunal lo siguiente: el derecho internacional humanitario se aplica desde el comienzo de los conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades, hasta que se logre la paz, o, en el caso de conflictos internos, hasta que se alcance un arreglo pacífico. Hasta este momento, el derecho internacional humanitario se continúa aplicando en todo el territorio del Estado en disputa o, en el caso de conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de la parte, tengan o no lugar combates en él (pronunciamiento del tribunal, de fecha 2 de octubre de 1995).

En mayo de 1997 el tribunal dictó su primera sentencia en contra de Dusan Tadic. En esa fecha, 20 acusados esperaban comparecer ante el tribunal.

El artículo 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del tribunal, creado en el mes de mayo de 1993, establece el procedimiento a seguirse por el tribunal en caso de que no pueda llevarse a cabo una orden de arresto en contra del acusado.

Este artículo 61 establece que si dentro de un término razonable de tiempo la orden de arresto no ha podido ejecutarse, el juez que ha confirmado la acusación le solicitará al fiscal que le informe sobre las medidas adoptadas. Si el juez manifiesta su conformidad con lo obrado por el fiscal -este deberá recurrir a las autoridades del Estado donde se encuentra residiendo el acusado o donde se tuvo noticias de él; debe haber dado a conocer también la acusación al presunto responsable, mediante su publicación en los diarios-, el juez le pedirá al fiscal que dicha acusación la someta a una de las salas, conjuntamente con toda la evidencia que ha logrado obtener, pudiendo al efecto citarse a testigos. Si la sala considera que hay fundamentos razonables para considerar que el acusado ha cometido los crímenes detallados en la acusación, emitirá una orden de arresto de carácter internacional para que sea notificada a todos los Estados y, al mismo tiempo, ordenándoles que tomen medidas provisionales de embargo de los bienes del acusado. Si luego del informe del fiscal la sala considera que la orden de arresto no ha podido ser ejecutada debido a la falta de cooperación de un Estado con el tribunal, el Presidente del tribunal informará de ello al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de la manera que considere más apropiada.

Esta disposición legal busca fortalecer la acción del tribunal al facilitarle la posibilidad de que los acusados comparezcan ante él. Bajo las disposiciones de la Carta de la ONU, el tribunal puede presionar al Consejo de Seguridad para que éste use su autoridad y emplee las

facultades que le confiere el Capítulo VII para asegurar la comparecencia de los acusados ante el tribunal.

Este artículo 61 sirve también de medio de presión del tribunal frente a los Estados que, por consideraciones políticas, están renuentes a cooperar. Sólo en febrero de 1996 la Federación de Serbia y Montenegro mostró un pequeño grado de cooperación con el tribunal, permitiendo el acceso ante este de dos testigos de la masacre de Srebrenica. Posteriormente se ha negado a facilitar la labor del tribunal. El mes pasado la Presidenta del tribunal solicitó del Consejo de Seguridad que adoptara medidas para obtener la cooperación de la Federación de Serbia y Montenegro mediante la entrega de tres criminales que ella protege: Mile Mrksic, Miroslav Radic y Veselin Sljivancanin, que son acusados de cometer asesinatos contra 260 civiles, además de personal desarmado, en la caída de la ciudad de Vukovar, en noviembre de 1991. No olvidemos, además, que el mismo Presidente Milosevic de la Federación está acusado como presunto responsable de crímenes internacionales.

Esta regla 61 funciona como vehículo para que el tribunal pueda presionar al Consejo de Seguridad a que use su autoridad, en especial la que le confiere el Capítulo VII de la Carta de la ONU. Su éxito dependerá, por cierto, de la actitud que puede asumir este, teniendo en cuenta la reticencia de Rusia y de China a que se adopten medidas en contra de Serbia y Montenegro, como lo ha demostrado la reciente situación de Kosovo.

De los 77 sospechosos acusados por el tribunal, ocho de ellos: Martić, Karadžić, Mladić, Dragan, Mikolić, Mile Mrksic, Miroslav Radic, Veselin Sljivancanin e Ivica Rajić, han sido objeto de la aplicación del artículo 61 citado.

Se ha impuesto una pena de 20 años de prisión contra Tadić; está en apelación la causa contra Erdemović; han comenzado ya dos procesos: contra Celebici y Blaskić. Están para procesarse Aleksovski, Dokmanović y Kovacević. Al efecto, han declarado más de 120 testigos procedentes de 20 países diferentes.

Según el artículo 27 del Estatuto del tribunal las penas de prisión que imponga se cumplirán en el Estado que el tribunal designe, de una lista de países que haya indicado al Consejo de Seguridad que estén dispuestos a aceptar los condenados.

Son 10 Estados los que han aceptado esta petición: Alemania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Irán, Italia, Noruega, Pakistán y Suecia. Los siguientes Estados han rechazado esta invitación: Bahamas, Belarús, Belice, Burkina Faso, Ecuador, Eslovenia, Francia, Malasia, Polonia y Liechtenstein. Los demás han guardado silencio.

El principal obstáculo con que tropieza el tribunal internacional es que no es el *forum delicti commissi* y por lo tanto sus facultades de policía son reducidas. Tal como lo declaró el Tribunal Supremo de Israel en la *causa contra Eichmann*, normalmente la mayoría de los testigos y de las pruebas se encuentran en el Estado en que se cometió el delito, por lo que éste es el lugar más apropiado para celebrar el juicio.

De allí que el tribunal internacional debe recurrir a otros Estados para que ejecuten sus órdenes y mandamientos. Si los Estados no cooperan con el tribunal, este se verá totalmente impotente para llevar a cabo sus funciones.

Algunos Estados se han mostrado renuentes a esta cooperación, principalmente la República Federativa de Yugoslavia, la República Srpska, la Federación de Bosnia y Herzegovina y, en menor medida, Croacia. Esta falta de cooperación viola el *Acuerdo de Paz de Dayton* de 1995 y es por ello que la gran mayoría de los acusados por el tribunal siguen en libertad y hacen caso omiso de las acusaciones. A esto contribuyen además cierta política de ambigüedad de las grandes potencias para asegurar algunas iniciativas destinadas a mantener la paz y seguridad internacionales en la región, por lo que no ejercen suficiente presión para asegurar que los acusados comparezcan ante el Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia.

El tribunal, para su funcionamiento, depende de la cooperación de los Estados y es esencial que estos adopten las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para la ejecución inmediata de las resoluciones del tribunal. La adopción de estas medidas es obligatoria en virtud de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, según la cual todos los Estados deben cooperar plenamente con el tribunal y sus órganos y adoptar las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para aplicar las disposiciones del Estatuto del tribunal y satisfacer las solicitudes de asistencia o las órdenes que dicten sus salas de la instancia.

Solo 20 Estados han aprobado leyes complementarias para facilitar la cooperación con el tribunal: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia y Suiza. Se han comprometido a dictarlas: Canadá, Eslovaquia, Eslovenia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Sri Lanka y Turquía. Declararon no necesitar dictar legislación complementaria para cumplir con sus obligaciones de cooperación con el tribunal, la Federación Rusa, la República de Corea, Singapur y Venezuela.