

Columnas

REFLEXIONES SOBRE EL CASO PRLIĆ *ET AL.*

Prof. Dra. Marina LOSTAL BECERRIL* y Matthew GILLETT, LL. M.**

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2017

Fecha de aprobación: 6 de diciembre de 2017

El 29 de noviembre de 2017 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) llevó a cabo su última audiencia, en la que pronunció el fallo de apelación en el caso Prlić *et al.* Hasta el día de hoy, el tribunal ha concluido procesos contra 161 acusados, 90 de los cuales fueron hallados culpables, 19 absueltos, y el resto fueron o referidos a tribunales nacionales, o se les retiraron los cargos, o murieron antes de que fueran procesados y sentenciados.¹

El caso Prlić *et al.* palidecía en popularidad frente a la causa contra el General Mladić, quien, la semana anterior, había sido condenado a cadena perpetua por, entre otras cosas, su participación en el genocidio de Srebrenica que ocasionó la muerte a entre 6.000 y 8.000 hombres bosnios musulmanes en julio de 1995. En principio, el caso Prlić *et al.* era, sobre todo, interesante desde el punto de vista técnico ya que estaba llamado a tocar cuestiones legales de gran relevancia, como la protección de los miembros de un grupo armado frente a miembros del mismo grupo, la regla aplicable a la protección de bienes de carácter cultural o histórico, o cuestiones relativas a la relación entre el conflicto armado y la ocupación. Sin embargo, el caso Prlić *et al.* se ha convertido en uno de los casos más sonados en la esfera internacional desde que Slobodan Praljak, uno de los

* Doctora en Derecho (IUE, Florencia) y Master of Laws (Universidad de Cambridge). Trabaja como profesora y coordinadora del departamento de derecho internacional de la Universidad de La Haya de Ciencias Aplicadas, y como profesora *ad hoc* en el programa de posgrado de derecho penal de la Universidad Torcuato di Tella. Contacto: mlostalb@cantab.net.

** LL.M Michigan. Trabajó como abogado de primera instancia y de apelación en la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, incluido el caso Prlić *et al.* Los puntos de vista presentados en este documento son personales y no representan necesariamente aquellos del Tribunal o de cualquier otra organización. Contacto: mggillett@hotmail.com.

¹ TPIY, *Key figures of the cases*, disponible en <http://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

seis condenados, ingiriera veneno mortal tras oír que su sentencia a veinte años de cárcel se confirmaba.

En esta contribución nos detendremos sobre cuatro puntos: el auto-envenenamiento de Slobodan Praljak, el derecho aplicable a la protección de sitios históricos de acuerdo con la sala de apelaciones, el tratamiento debido a los miembros de un mismo grupo armado y el estado de ocupación.

I. Slobodan Praljak: Vida y muerte

Slobodan Praljak, también conocido como “Brada”, nació en 1945 en Bosnia Herzegovina. Estudió tres carreras, la de ingeniería electrónica, filosofía y sociología, y la de arte dramático. Durante los años setenta y ochenta ejerció como director teatral y de series televisivas, profesión que abandonó por la vocación política y militar tras la muerte de Tito.²

Durante la guerra de los Balcanes, ocupó un cargo en el ministerio de defensa croata y luego pasó a ser comandante del Estado Mayor del Consejo Croata de Defensa (HVO). En abril de 2004, cuando apareció por primera vez frente al TPIY en La Haya, se declaró inocente de todos los cargos que los responsabilizaban en calidad de comandante de, entre otros, asesinatos y destrucción de bienes en el este de Mostar, y de ataques contra miembros de organizaciones internacionales cometidos por el HVO. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TPIY lo condenó a veinte años de prisión cuando dictó su sentencia en 2013.

Tras varios años de apelación, la mañana del miércoles 29 de noviembre, Slobodan Praljak se puso de pie para oír el veredicto final: aunque la Sala de Apelación concordaba con que algunos hechos no daban lugar a violaciones del DIH (por ejemplo, la destrucción del puente de Mostar que trataremos más adelante), concluyó que Praljak debía cumplir una pena de veinte años de prisión por el resto de crímenes, que sí habían sido confirmados. Praljak, de pie y en un tono contundente, exclamó en croata y refiriéndose a sí mismo en tercera persona: “Slobodan Praljak no es un criminal de guerra y rechaza vuestro veredicto con desprecio”.³ Acto seguido, bebió de un pequeño vaso de cristal como si se tratase de un chupito de alcohol.

² ANON, “Chi era Slobodan Praljak”, en *Il Post* (30 de noviembre de 2017).

³ MILANOVIC, “An eventful day in The Hague: Channelling Socrates and Goering”, en *EJIL Talk!* (30 de noviembre de 2017).

Al principio, el juez Agias, presidente del tribunal, no pudo entender o reaccionar a la gravedad de lo que acababa de suceder. Viendo las imágenes en directo, pero de una manera más distante, uno no podía evitar pensar en aquellos altos cargos nazis que mordían cápsulas de veneno escondidas en una muela para evitar la extracción de información y la tortura. El juez Agias continuó la sesión llamando al siguiente acusado (Milivoj Petković) para recibir su sentencia y fue mientras este estaba en pie que se oyó a la abogada de Praljak decir que su cliente decía haber ingerido veneno. Entre titubeos y no saber a qué esquina de la sala ir primero, se suspendió la sesión. Horas después, se conocería que Slobodan Praljak había muerto en un hospital de La Haya. Las autoridades holandesas han iniciado una investigación para esclarecer lo ocurrido.

II. La muerte de Slobodan Praljak en contexto histórico

La muerte de Slobodan Praljak sostiene similitudes con otras del pasado. Cabe pensar en primer lugar en Herman Goering quien, tras haber sido condenado en 1945 a muerte por ahorcamiento por el tribunal de Nuremberg —una muerte ignominiosa para un líder nazi— decidió acabar con su vida horas antes de la ejecución ingiriendo cianuro. La pregunta que se planteó entonces también se repite ahora, ¿quién les dio el veneno y cómo se consiguieron sortear los controles de seguridad?

En sede del TPIY, ha habido otras cuatro muertes que fueron especialmente controvertidas y que ocurrieron durante el proceso penal o próximas a su finalización. En primer lugar, fue el serbio-croata Slavko Dokmanović, quien estuvo a cargo de la municipalidad de Vukovar en el este de Croacia. Se le acusaba de actos inhumanos, asesinato y tratamiento cruel, entre otros. El 29 de junio de 1998, pocos meses después del comienzo de su juicio y con cuarenta y ocho años, Dokmanović se ahorcó con su propia corbata en el centro de detención de La Haya.⁴

Tras varios años sin grandes percances, se suicidó el ex líder serbio-croata Milan Babić el 5 de marzo de 2006. Babić había sido primer ministro del gobierno de la autoproclamada Región Autónoma Serbia de Krajina, en Croacia. Tras declararse culpable, fue sentenciado a trece años de cárcel por persecución como crimen de lesa humanidad. También accedió a testificar en otros

⁴ TPIY, *Slavko Dokmanović Case Information Sheet*, disponible en http://www.icty.org/x/cases/dokmanovic/cis/en/cis_dokmanovic.pdf [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017]. Ver también, ANON, "A history of suicides at ex-Yugoslavia war crimes court", en *Daily Nation* (30 de noviembre de 2017) disponible en <http://www.nation.co.ke/news/world/A-history-of-suicides-at-ex-Yugoslavia-war-crimes-court/1068-4208588-9k93cl/index.html> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

casos relacionados, como el de Martić o el de Milošević.⁵ Tenía cincuenta años cuando se ahorcó con su cinturón de cuero en el centro de detención de La Haya. Se dice que dejó una nota de suicidio para su mujer en la que escribió “no me llores, necesito paz”.⁶

El 11 de marzo de 2006, solo seis días después del suicidio de Babić, Slobodan Milošević fue hallado muerto en su celda de La Haya. Pocos saben que quien fuera presidente de Serbia entre 1989 y 1997 era hijo de padres suicidas: su padre se disparó en 1962 y su madre se ahorcaría once años después.⁷ A pesar de los rumores de que podía haber sido envenenado, lo cierto es que Milošević padecía de problemas de corazón e hipertensión. Su muerte, que ocurrió en la etapa final del juicio, conllevó su cese. Esto supuso un gran revés para la acusación ya que sesgó la posibilidad de que la sentencia estableciera si había habido algún vínculo entre la comisión de varios delitos y el Estado de Serbia, incluyendo el del genocidio de Srebrenica, vínculo que, a día de hoy, no ha quedado probado.⁸

Finalmente, Rasim Delić, quien fuera comandante del Estado Mayor del ejército de Bosnia-Herzegovina (ABIH), murió el 16 de abril 2010 en su casa de Sarajevo mientras se encontraba en libertad provisional. Aunque todo apunta a que su muerte fue provocada por su frágil estado de salud, la muerte de Rasim Delić —que ocurrió a escasas semanas de que se dictara la sentencia de apelación— dio lugar a una decisión que ha sentado jurisprudencia en lo que a muertes cercanas al veredicto se refiere. La Sala de Apelación sostuvo que “la jurisdicción personal del Tribunal se limita a ‘personas naturales’ lo que [...] debería ser entendido en su sentido normal, es decir, los

⁵ TPIY, *Milan Babić Case Information Sheet*, accesible http://www.icty.org/x/cases/babic/cis/en/cis_babic_en.pdf [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

⁶ ANON, *supra* nota 4.

⁷ SIMONS/SMALÉ, “Slobodan Milošević, 64, Former Yugoslav Leader Accused of War Crimes, Dies”, en *New York Times* (12 de marzo de 2006).

⁸ La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Bosnia v. Serbia* responsabilizó a Serbia por no haber intentado prevenir el genocidio en Bosnia de acuerdo con la obligación establecida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. No obstante, no atribuyó a Serbia responsabilidad directa por la comisión de genocidio, ver *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Sentencia, I.C.J. Reports 2007, p. 47.

vivos".⁹ Por lo tanto, la Sala de Apelación concluyó que "los procedimientos de apelación en el Tribunal deben ser terminados tras la muerte del apelante por falta de jurisdicción".¹⁰

El mediático suicidio de Praljak ha llevado a algunos a calificarlo de "mártir del nacionalismo croata".¹¹ Por ejemplo, el presidente croata, Andrej Plenkovic, afirmó que Praljak se había convertido en un testimonio de la profunda injusticia moral que el tribunal de La Haya había cometido con respecto al pueblo croata.¹² Por otra parte, es importante recalcar que hay otro tipo de consideraciones a tener en cuenta en su caso. Los abogados de la defensa de Praljak estaban siendo pagados por los fondos del TPIY dado que, como es común, la mayor parte de los acusados se consideran indigentes *iuris tantum*. Recientemente se había descubierto que el hijo de Praljak era el dueño de la compañía *Oktavijan*, que comprende dos edificios, un hotel, dos garajes y un restaurante en el complejo comercial conocido como "Center 2000" en Zagreb.¹³ A principios de este año, y según informa la prensa, la familia Praljak había sabido que el TPIY barajaba la hipótesis de que el complejo comercial fuese, en realidad, propiedad de Praljak padre. Esto supondría la posibilidad de que el tribunal pudiese reclamar 3.3 millones de euros a la empresa para cubrir las costas de la representación legal de Praljak.¹⁴

La pregunta que se podría plantear ahora es, ya que Praljak está muerto, ¿puede el Mecanismo para los Tribunales Penales Internacionales (el organismo llamado a completar el trabajo pendiente del TPIY tras su cierre) continuar la indagación? De acuerdo con la jurisprudencia del caso Delić, la jurisdicción sobre un asunto se pierde cuando el acusado muere, dado que los procesos se basan en el principio de responsabilidad penal individual. No obstante, podría argumentarse que el pago de la representación legal es un asunto de ejecución de costas, no de atribución de responsabilidad penal.

III. La decisión sobre el puente de Mostar

Precisamente Slobodan Praljak estaba acusado como responsable de la destrucción del Puente Viejo de Mostar, que conectaba la parte este y oeste de la ciudad y que permitía el paso sobre el

⁹ TPIY, *Rasim Delić - Decision on the Outcome of the Proceedings* (29 de junio de 2010), párr. 6.

¹⁰ Ver *supra* nota 9, párr. 8.

¹¹ ANON, "Chi era Slobodan Praljak", en *Il Post* (30 de noviembre de 2017).

¹² Ver *supra* nota 11.

¹³ ANON, "Slobodan Praljak imovinu prebacio na sina", en *AlJazeera Balkans* (31 August 2012).

¹⁴ IVKOVIC NOVOKMET, "Tko je bio Slobodan Praljak? Osuđeni ratni zločinci koji je zaradio milijune nakon rata", *Index* (29 de noviembre de 2017).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

río Neretva. El Puente Viejo de Mostar, ahora nuevo tras haber sido reconstruido con fondos de la UNESCO, ocupa un lugar en la lista de patrimonio mundial de la UNESCO ya que posee un valor universal excepcional —criterio sin el cual no se puede ingresar en la lista—. En su origen, fue construido en 1566 por Mimar Hajruddin, discípulo de Sinan, quien fue considerado padre de la arquitectura clásica otomana.¹⁵ Dada su función en el desarrollo y bonanza económica de la ciudad, se decía que el Puente Viejo era la razón de ser de Mostar.¹⁶

La Sala de Primera Instancia estableció que un tanque perteneciente al HVO disparó al Puente Viejo repetidamente a partir del 8 de noviembre de 1993 hasta provocar su colapso al día siguiente.¹⁷ La sala esclareció que el puente tenía un papel esencial en las actividades de combate y que era un objetivo militar en el momento en que fue atacado ya que su derrumbe permitió frustrar las comunicaciones y operaciones de aprovisionamiento de las fuerzas del ejército de Bosnia-Herzegovina.¹⁸ Sin embargo, la Sala de Primera Instancia calificó el acto de destrucción del Puente Viejo como una violación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) ya que, según los jueces, excepto Antonetti, las fuerzas del HVO destruyeron el Puente Viejo con el fin de minar la moral de la población musulmana. Por tanto, la Sala concluyó que “el impacto sobre la población civil musulmana de Mostar fue desproporcionado con respecto a la ventaja militar concreta y directa anticipada”.¹⁹

Es cierto que el impacto social de la destrucción de un sitio histórico tan emblemático envió un mensaje de desesperación a la población musulmana de la ciudad. Por ejemplo, Jadranka Petrović nos relata en su libro sobre la destrucción del puente que “una mujer dijo que lloró cuando su marido murió y también lloró cuando sus hijos fueron asesinados en el conflicto. Pero el día en que más lloró ‘fue el día en que el Puente Viejo se vino abajo’”.²⁰ Más aún, la zona oriental de Mostar ha declarado desde entonces el 9 de noviembre como día de luto oficial.²¹ No obstante, desde el punto de vista legal, el daño social nunca había formado parte de los elementos

¹⁵ Comité del Patrimonio Mundial, “El Puente Viejo de Mostar, Stari Most”, disponible en <http://whc.unesco.org/es/actividades/349/> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

¹⁶ Ver *supra*, nota 15.

¹⁷ El momento del derrumbe del Puente Viejo se puede ver en <https://www.youtube.com/watch?v=CM3B-6CFo9k> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

¹⁸ TPIY, *Judgment Summary Prlic et al.*, Appeals Chamber (29 de noviembre de 2017), p. 5.

¹⁹ TPIY, *Prlic et al.*, Trial Chamber judgment (vol. 3) (29 de mayo de 2013), párr. 1584.

²⁰ PETROVIC, *The Old Bridge of Mostar and Increasing Respect for Cultural Property in Armed Conflict*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 226.

²¹ *Supra* nota 20, p. 227.

a tener en cuenta para dilucidar si un acto de destrucción de bienes culturales constituía una violación del derecho humanitario.

El TPIY decidió usar la prohibición del Artículo 3(b) de su Estatuto relativa a la "destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares" para capturar la destrucción del Puente Viejo. Sin embargo, la base legal *lex specialis* del delito contra bienes culturales se encuentra en el Artículo 3(d) de acuerdo con el cual se considera violación de las leyes o prácticas de guerra "la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico". Durante más de veinte años de actividad, la TPIY estableció que estos eran los elementos del delito contra bienes culturales de acuerdo con su Estatuto: "(i) [el acto] ha causado daño o destrucción a la propiedad que constituye el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; (ii) la propiedad dañada o destruida no se usó para fines militares en el momento en que los actos de hostilidad dirigidos contra estos objetos tomaron lugar; y (iii) el acto se llevó a cabo con la intención de dañar o destruir la propiedad en cuestión o en despreocupación imprudente de la probabilidad de la destrucción o daño a la institución en cuestión".²²

La decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso Prlic *et al.* se alejaba, con mucho, de esta línea jurisprudencial. De hecho, si se hubieran aplicado los elementos mencionados del Artículo 3(d) a la destrucción del Puente Viejo, este no habría sido considerado una conculcación del derecho porque, como la misma Sala admitió, el puente había sido convertido en un objetivo militar a través de las actividades para las que era usado.

El razonamiento de la Sala de Primera Instancia de Prlić *et al.* tampoco se atenía a los principios generales del DIH. La afirmación de que "el impacto de la destrucción había sido desproporcional a la directa y concreta ventaja militar anticipada"²³ hace una clara referencia al conocido principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual "queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños

²² Ver, por ejemplo, TPIY, *Pavle Strugar*, Trial Chamber judgment (31 de enero de 2005) párrs. 296 y 312; TPIY, *Mladen Naletilić and Vinko Martinović*, Trial Chamber judgment (31 de marzo de 2003) párr. 605; TPIY, *Vladimir Dordević*, Trial Chamber judgment (23 de febrero de 2011) párr. 1773.

²³ Ver *supra*, nota 22.

a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.²⁴

Salta a la vista que la proporcionalidad se calcula entre “ventaja militar concreta y directa prevista” y “muertos y heridos entre la población civil y daños a bienes materiales”. La Sala de Primera Instancia no explicó la razón por la que el impacto social o psicológico era un factor a tener en cuenta. Ya que las guerras tienen un probado carácter traumatizante, de acuerdo con la interpretación de la Sala de Primera Instancia, casi todas las acciones bélicas estarían fuera de la legalidad.

Como era de esperar, la Sala de Apelación corrigió a los jueces de primera instancia (con la opinión disidente del juez Pocar) y concluyó que “dado que el Puente Viejo era un objetivo militar en el momento del ataque, y su destrucción ofrecía una ventaja militar definitiva, [su destrucción] no puede ser considerada [...] como gratuita y no justificada por las exigencias militares”.²⁵ La corrección hecha por la Sala de Apelación evita que haya dobles interpretaciones de los crímenes contra los bienes culturales, un tipo delictivo destinado a cobrar relevancia después de que la Corte Penal Internacional basara el proceso contra Al Mahdi únicamente en la destrucción de varios mausoleos y mezquitas en la ciudad de Tombuctú (Mali).

IV. La protección de los miembros de un grupo armado frente a los miembros del mismo grupo

Uno de los asuntos más complejos en el caso de *Prlic et al.* se refería a los crímenes cometidos por el HVO contra musulmanes que también eran miembros del HVO (los “MHVO”). La Sala de Primera Instancia condenó a todos los acusados por delitos cometidos contra los MHVO, incluidas infracciones graves de los Convenios de Ginebra en virtud del Artículo 2 del Estatuto del TPIY. La Sala de Primera Instancia sostuvo que los MHVO no podían clasificarse como prisioneros de guerra en virtud del Tercer Convenio de Ginebra porque no pertenecían a las fuerzas armadas de una parte contraria al conflicto. Sin embargo, sí podían acogerse a la Cuarta Convención de Ginebra (relativa a la protección de civiles) porque habían venido a encontrarse en manos de una parte contraria (la croata) sobre la base de que ellos, por razones étnicas, supuestamente eran leales a la facción bosnia. La decisión de la Sala de Primera Instancia significaba que, como

²⁴ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: vol. I. Normas* (trad. Margarita SERRANO GARCÍA), Buenos Aires, CIRC, 2007, p. 53.

²⁵ TPIY, *Judgment Summary Prlic et al.*, Appeals Chamber (29 de noviembre de 2017), p. 5.

personas protegidas en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra, los MHVO podrían haber padecido graves violaciones junto con los civiles que fueron victimizados por el HVO debido a su origen étnico.

En apelación, Stojić, Praljak, Petković y Corić cuestionaron la base jurídica de estas condenas. Si bien plantearon varios argumentos, uno prominente propuesto por la defensa fue que el DIH no se aplica a los actos de una fuerza armada contra sus propios miembros.²⁶ El alcance de esta cuestión podía tener un gran impacto jurídico ya que determinaría la aplicabilidad del DIH a una categoría importante de personas.

En este caso en concreto, el hecho de que la Sala de Primera Instancia no especificara cuántos miembros MHVO habían sido afectados,²⁷ podría haber tenido grandes repercusiones para la acusación. Esto es así porque si la Sala hubiera concluido que los miembros del MHVO no quedaban protegidos, en aquellos delitos donde la composición de las víctimas era mixta, es decir, comprendía tanto miembros del MHVO como categorías de personas claramente protegidas por el DIH —como los civiles—, la defensa podría haber usado esta imprecisión para argumentar que, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, las condenas habían de ser revocadas.

Esta posibilidad no se materializó porque la Sala de Apelaciones rechazó los argumentos de la Defensa relativos a los MHVO. En relación con la cuestión del poder regulatorio del DIH entre una fuerza armada y sus propios miembros, la Sala de Apelaciones consideró que los precedentes citados por la defensa eran inaplicables porque no hacían uso de la prueba de lealtad (*allegiance test*) establecida en el caso Tadić.²⁸

²⁶ Un argumento más matizado propuesto por la defensa fue que la Sala de Primera Instancia cometió un error al aplicar el Cuarto Convenio de Ginebra al MHVO, ya que el Cuarto Convenio de Ginebra supuestamente se aplica solo a civiles, mientras que el MHVO fue reconocido por la Cámara de Primera Instancia como miembro de las fuerzas armadas. Además, la defensa cuestionó la confianza de la Cámara de Primera Instancia en los puntos de vista subjetivos del MHVO por su lealtad al lado bosnio, y argumentó que los factores objetivos deben ser invocados en lugar de una prueba puramente subjetiva.

²⁷ Es poco probable que la cuestión tenga algún efecto en las condenas por crímenes de lesa humanidad relativas al MHVO, ya que está bien establecido según la jurisprudencia del TPIY que los combatientes individuales pueden ser víctimas de crímenes de lesa humanidad.

²⁸ De acuerdo con esta prueba, los vínculos sustantivos, como el de la afiliación étnica, pueden ser suficientes para establecer lealtad a un grupo distinto de aquel al que uno pertenece formalmente, por ejemplo, por razón de nacionalidad. TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 358.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

La Sala de Apelación aplicó la prueba de lealtad Tadić y concluyó que los vínculos sustantivos, como por ejemplo en este caso, la etnia musulmana, anulan o priman sobre los criterios formales, como el de nacionalidad o la afiliación formal a unas fuerzas armadas. La implicación de esta interpretación es que los miembros del MHVO quedaban protegidos bajo el DIH.

En junio de 2017, la Corte Penal Internacional llegó a un resultado similar. En el caso Ntaganda, la Corte dictaminó que el DIH podía aplicarse para regular las relaciones entre una fuerza armada y los niños soldados dentro de la misma.²⁹ Por tanto, la jurisprudencia más reciente sostiene la tendencia expansiva en lo que se refiere al alcance de la protección ofrecida por esta rama del derecho que empezaría con el famoso caso Tadić al comienzo de la vida del TPIY.

Cabe preguntarse si se debería extender la prueba de lealtad a otros criterios más allá de la pertenencia étnica, en particular, si el DIH protegería a miembros de unas mismas fuerzas armadas con distinta identidad religiosa o racial. La interpretación amplia otorgada por la Sala de Apelación lo es aun más si tenemos en cuenta que, para probar el test de lealtad, basta con la opinión subjetiva de los perpetradores acerca de la afiliación o pertenencia étnica de la víctima. En otras palabras, no son decisivas las consideraciones objetivas para la prueba de lealtad, sino que lo que importa es la percepción de los perpetradores.

La Sala de Apelación se apoyó en el Comentario de DIH del Comité Internacional de la Cruz Roja.³⁰ El Comentario entiende que el Cuarto Convenio de Ginebra tiene un carácter residual que abarca a todas las personas que, cuando caen en manos del enemigo, no entran en el ámbito de protección de los otros tres convenios. Esta interpretación englobaría a los miembros de las fuerzas armadas propias.³¹ El caso Prlić *et al.* coincide con este punto de vista y afirma que el Cuarto Convenio de Ginebra no se ocupa exclusivamente de civiles, a pesar de su título (“Convenio (IV) relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra”) y refuerza el importante principio subyacente del DIH establecido en el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja por el que una “persona en manos enemigas debe tener algún estatus bajo el

²⁹ ICC, *Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9* (15 de junio 2017).

³⁰ TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párrs. 1062, 1082 y 1104.

³¹ Véase el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *supra* nota 24, p. 51, resumido por el Juicio de apelación, párr. 1062, en el que se explica que la definición de personas protegidas en virtud del IV Convenio de Ginebra es muy amplia e incluye a miembros de las fuerzas armadas que caen en posiciones enemigas y que, por alguna razón, les fue denegado el estado de prisionero de guerra.

derecho internacional [...]. No hay estado intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar fuera de la ley".³²

La Sala de Apelación no explicó el estatus del Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja desde el punto de vista de las fuentes del derecho internacional: ¿se aplicaba directamente como derecho internacional consuetudinario, se consideraba un principio general de derecho, o se aplicaba como interpretación de un destacado publicista y, por lo tanto, como fuente subsidiaria de interpretación del Cuarto Convenio de Ginebra? Desafortunadamente, el lector no puede sino especular sobre cuál es la fuente del derecho en la que se basa el fallo de la apelación.³³

V. La ocupación

Otra cuestión del DIH abordada en el procedimiento *Prlić et al.* fue la de la ocupación. Pocos juicios en el campo del derecho penal internacional habían dedicado atención a la figura de la ocupación de manera detallada.³⁴ Habiendo considerado que existía un estado de conflicto armado internacional, la Sala de Apelación aclaró que las infracciones graves se aplicaban no solo a los delitos cometidos en zonas de combate activo, como la Sala de Primera Instancia había sostenido de manera errónea, sino a "todos los crímenes cometidos en cualquier parte de la totalidad del territorio de Bosnia-Herzegovina y en cualquier momento hasta el final del conflicto armado y en estrecha relación con ese conflicto".³⁵

Una vez establecido este punto, la Sala de Apelación consideró que también era necesario examinar la cuestión de la ocupación debido a que el delito de deportación requiere el cruce de fronteras estatales, de derecho o de hecho. Esta última puede estar constituida por el límite de un territorio ocupado.³⁶ La cuestión de la ocupación también era crucial con respecto al delito de

³² TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 359, que cita el Comentario del CICR sobre el Convenio IV de Ginebra, p. 51.

³³ Esto contrasta con la referencia explícita de la Sala de Apelaciones al Reglamento de La Haya como derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, aplicable por el Tribunal; TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 317.

³⁴ Los primeros casos del TPIY, como *Naletilić y Blaskić*, habían discutido la ley de la ocupación, pero en los casos más recientes se habían presentado crímenes de guerra en virtud del artículo 3 del Estatuto del TPIY, que aplica si el conflicto es de naturaleza internacional o no internacional.

³⁵ TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 232.

³⁶ *Supra* nota 35, párr. 301.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

destrucción y apropiación de bienes a gran escala (hubo denuncias en este sentido y sólo han sido atendidas en caso de estar situados en territorio ocupado).³⁷

La Sala de Apelación aclaró varios asuntos contenciosos relacionados con la ocupación. Sostuvo que la invasión no es un requisito previo para la determinación de un estado de ocupación.³⁸ También sostuvo que el ejercicio real de la autoridad no es estrictamente necesario mientras la potencia ocupante (o su poder representante) esté en condiciones de ejercer su autoridad.³⁹ Y sostuvo que la ocupación puede llevarse a cabo por poder a través de “grupos organizados de facto y estructurados jerárquicamente”.⁴⁰ Al aplicar su enfoque jurídico a los hechos, la Sala de Apelación consideró que la Sala de Primera Instancia había sostenido que Croacia estaba ocupando partes de Bosnia y Herzegovina a través de su fuerza representativa, el HVO, que estaba bajo el “control general” de Croacia.⁴¹ Al abordar el argumento de la defensa de que el principio de autodeterminación significaba que los croatas bosnios no estaban ocupando el territorio, sino que eran habitantes de larga duración, la Sala de Apelación sostuvo que la prueba legal de la ocupación se refería a la autoridad real sobre el territorio y no a las motivaciones que había tras la ocupación.⁴² En este respecto, el fallo tiene una relevancia potencial para otras disputas sobre el control del territorio y las poblaciones. Por ejemplo, en lo que se refiere a las acusaciones de que Rusia está ocupando Crimea a través de fuerzas militares y, por otra parte, los argumentos en contra de Rusia que se basan en el derecho de autodeterminación de los habitantes de Crimea, ya que parte de su población es rusa.

³⁷ *Supra* nota 35, párr. 303.

³⁸ *Supra* nota 35, párr. 318.

³⁹ *Supra* nota 35, párr. 322.

⁴⁰ *Supra* nota 35, párr. 322.

⁴¹ *Supra* nota 35, párrs. 325-326 y 329.

⁴² *Supra* nota 35, párr. 341.