EL FUNDAMENTO JURÍDICO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL ENCARGADO DE JUZGAR LAS INFRACCIONES AL DERECHO HUMANITARIO COMETIDAS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Edgar Nassar Guier

*Abogado costarricense; Profesor universitario
especialista en Derecho Internacional*

“Hase bien también de saber que los reyes y los que obtienen un puesto parecido a los reyes tienen derecho a exigir penas no sólo por las injurias cometidas contra sí o contra sus súbditos, sino también por aquellas que no tocan a ellos peculiarmente, sino que violan inhumanamente en cualesquiera personas el derecho natural o de gentes”.

HUGO GROCIUS, “Del Derecho de la Guerra y de la Paz”, Capit. XX, § XL, pár. 1.

INTRODUCCIÓN

Ninguna sociedad puede abstenerse de instaurar un sistema represivo para asegurar la defensa de sus intereses superiores. El sistema jurídico internacional tiene la difícil tarea de desarrollar normas, estructuras, estrategias y recursos aptos para lograr las metas de preservación y protección de la comunidad mundial, que al mismo tiempo posibiliten su transformación y evolución conforme a sus propias necesidades¹.

La rama penal del derecho internacional abarca directamente los individuos culpables de haber cometido actos ilícitos de manifiesta gravedad

1 BASSIOUNI, Ch. “Derecho Penal Internacional”, Tecnos, Madrid, 1984.

internacional. Con independencia de que aceptemos o no la subjetividad internacional de la persona física², podemos afirmar que determinadas normas jurídicas internacionales le imponen deberes cuyo desconocimiento la hace incurrir en responsabilidad penal internacional. Para que ésta sea efectiva, es necesario que el derecho internacional delimite las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia universal. Al no existir aún un código penal internacional, los deberes y las responsabilidades que incumben a los individuos han sido establecidos de manera fragmentaria y empírica a través de la costumbre o de convenciones internacionales³.

Sin embargo, la internacionalización del derecho penal en el plano normativo⁴ no se ha traducido necesariamente en una internacionalización en el plano institucional, coexistiendo dos tipos de sistemas de repre-

-
- 2 La Profesora E. ZOLLER observa que: "...a realistic view of universal international law at the present time reveals a high degree of fiction in insistence upon the commonplace that individuals have been turned into international persons. This does not mean that, failing an international legal personality, individuals cannot be held responsible for international crimes. The Nuremberg Tribunal, as well as many municipal courts, have held individual responsible for such crimes without ever feeling a need to state the individual was subject of international law" ("The status of individuals under international law", in *The Nuremberg Trial and International Law*", editada por G. Ginsburgs y V.N. Kudriavtsev, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, pág. 102).
 - 3 La resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947 encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, y que prepara un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad. En 1950 la Comisión adoptó una formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y en las Sentencias del Tribunal de Nuremberg. En 1954 presentó un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad a la Asamblea General, la cual consideró que el proyecto planteaba problemas relacionados estrechamente con la definición de la agresión y decidió aplazar todo nuevo examen del asunto hasta tanto el comité especial sobre la cuestión de la definición de la agresión no presentara su informe. No será sino en 1974, que la Asamblea General al adoptar la resolución 3314 (XXIX) defina lo que será entendido por agresión. En 1981, la Asamblea General en su resolución 36/106, invitó a la Comisión para que reanudara su labor con miras a elaborar un proyecto de código. En 1991, la Comisión sometió un proyecto al Secretario General para que los estados hicieran las observaciones y comentarios que estimaren oportunos. Ver: *"La Comisión de Derecho Internacional y su obra"*, Naciones Unidas, Nueva York, 1989, págs. 28-38, 126-130; E. ZOLLER, "Grounds for responsibility", in *"The Nuremberg Trial and International Law"*, op. cit., págs. 102-106.
 - 4 Esta internacionalización normativa es relativa, si se considera que la mayor parte de las convenciones internacionales se limitan a imponer a los Estados Partes la obligación de incorporar en su legislación penal interna los delitos que previamente han sido calificados como internacionales.

sión de las infracciones internacionales: la represión nacional, asumida directamente por los tribunales penales internos por delegación expresa del derecho internacional; y la represión propiamente internacional, es decir, ejercida a través de una jurisdicción internacional encargada de conocer determinadas infracciones internacionales de particular gravedad.

Al no existir una jurisdicción criminal internacional permanente⁵, y al mostrarse los instrumentos convencionales insuficientes por sí solos para combatir las graves violaciones a las normas de derecho humanitario que tienen lugar en el territorio de la antigua Yugoslavia⁶, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, valiéndose de las facultades que le atribuye el Capítulo VII de la Carta, ha instaurado un tribunal penal internacional *ad hoc* para juzgar a los individuos acusados de cometer graves violaciones al derecho internacional humanitario durante el conflicto.

La creación de este Tribunal Internacional se enmarca dentro del esfuerzo de la Comunidad Internacional por institucionalizar la justicia penal internacional, el cual tiene su inicio luego de la II Guerra Mundial con el establecimiento de los tribunales militares internacionales de Nuremberg⁷ y de Tokio⁸, creados para juzgar a los grandes criminales de guerra nazis y

5 A instancias de la Asamblea General (resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992), la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas elaboró un proyecto de estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, cuya primera versión fue presentada en 1994. Ver: "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session", (A/48/10), *International Legal Materials*, vol. 33 I.L.M. 253 (1994). Las convenciones internacionales sobre los crímenes de genocidio (1948) y de *apartheid* (1973), se refieren un tanto vagamente a la existencia de una posible corte penal internacional.

6 "The global and regional norms relating to humanitarian law and basic human rights, established since the Second World War, made us believe that large-scale violations of human rights would not easily happen again, at least not on the European continent. And if such violations should incidentally take place, adequate instruments would be available to monitor and redress these violations and to prevent further violations. The Yugoslav crisis has ruined this belief to a considerable extent" (H. von HEBEL, "An International Tribunal for the former Yugoslavia: An act of powerless or a new challenge for the International Community?", *Netherlands Quarterly Human Rights*, vol. 4, 1993, pág. 437).

7 Creado en el Tratado de Londres del 8 de agosto de 1945, suscrito entre Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, y ratificado posteriormente por otros diecinueve estados.

8 Creado por decisión del 19 de enero de 1946 del Comandante en Jefe del ejército americano de ocupación del Japón.

japoneses⁹. Recientemente, ese esfuerzo se ha cristalizado en la adopción por la Comisión de Derecho Internacional de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional permanente con competencia general¹⁰.

El presente análisis gira en torno de las soluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en relación al fundamento legal y la competencia del nuevo Tribunal Internacional¹¹. En estas soluciones se reflejan el nuevo clima internacional imperante tras la desaparición del declive este-oeste, y los desarrollos que en materia de derecho humanitario han tenido lugar en los últimas décadas. En una primera parte nos ocuparemos de estudiar el procedimiento que utilizó el Consejo de Seguridad para crear el Tribunal Internacional y del fundamento legal del que se valió. En una segunda parte, abordaremos las diversos componentes de la competencia que ha sido atribuida al mismo Tribunal.

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

A. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Luego de haber examinado el "Reporte interino"¹² preparado por una comisión de expertos encargada por el Secretario General de las Naciones

-
- 9 No obstante, vale recordar que en 1919 un tribunal especial para juzgar al Kaiser Guillermo II fue creado por el artículo 227 del Tratado de Versalles. El Tribunal no pudo funcionar al negarse el Gobierno holandés a extraditar al Kaiser alemán. Sobre los intentos para crear unas jurisdicciones penales internacionales ver: H. von HELB, op. cit., págs. 437-442; "Historical survey of the question of International Criminal Jurisdiction", A/CN.4/7.
- 10 El Estatuto del Tribunal Internacional se ha nutrido de los principios adoptados por los únicos precedentes en la materia, y de las discusiones que sobre la creación de una jurisdicción criminal internacional permanente han tenido lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional en los últimos años. El Presidente del Tribunal Internacional, Antonio Cassese, señala que a la hora de adoptar el Tribunal Internacional sus propias reglas de procedimiento los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio no han sido de mucha ayuda en la medida que estos últimos se fundamentaron en principios morales y jurídicos diferentes a los que condujeron a la creación del primero ("Statute, rules of procedure and evidence", E-F.94.IILP.1., pág. VII).
- 11 Nos referiremos a la jurisdicción internacional criminal *ad hoc* para Yugoslavia como el "Tribunal Internacional", tal como lo hace el Secretario General en su Reporte (S/25274).
- 12 "Interim report of the Commission of Experts, established by resolution 780 (1992)", documento S/25274. La creación de esta Comisión de Expertos había sido decidida por el Consejo de Seguridad en la resolución 780 del 6 de octubre de 1992. Los integrantes fueron escogidos por el Secretario General y fue presidida por el Profesor Kalshoven.

Unidas para estudiar las violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia¹³, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió unánimemente, en el párrafo 1 de la resolución 808 (1993) del 22 de febrero de 1993, la creación de un Tribunal Internacional "para juzgar las personas que se presumen son responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991". En el párrafo 2 de la misma resolución, el Consejo de Seguridad solicitó al Secretario General un nuevo reporte que contuviera proposiciones concretas para la implementación de la misma decisión.

El 3 de mayo de 1993, el Secretario General, con el asesoramiento de treinta y dos expertos en la materia, sometió al conocimiento del Consejo de Seguridad el reporte que le había solicitado¹⁴, el cual consistió en un estudio de los aspectos jurídicos más relevantes que suponía la creación y puesta en operación del Tribunal.

Tal como lo reconoció el Secretario General en su Reporte al Consejo de Seguridad, el método normalmente utilizado para crear un Tribunal Internacional, es decir, la conclusión de un tratado internacional en el cual los estados signatarios aprueban el estatuto que lo regirá¹⁵, se revela inoperante en el caso del conflicto yugoslavo. En efecto, el método convencional presenta el inconveniente de que la conclusión del tratado internacional y la obtención del número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia tomaría mucho tiempo, lo cual no se ajustaría a la situación de

13 Para un análisis detallado de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas en relación con el conflicto bélico en la antigua Yugoslavia, ver P. AKHAVAN, "Punishing war crimes in the former Yugoslavia: A critical juncture for the New World Order", *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 262-289; H. von HEBEL, op. cit., págs. 442-445.

14 Documento R/25704.

15 Durante el juicio de Nuremberg, la validez del tratado que instituía el Tribunal Militar Internacional fue puesta en entredicho por la defensa. En su Sentencia el Tribunal, rechazando los alegatos de la defensa contra su fundamento jurídico, determinó que: "The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories had been recognized by the civilized world. The Charter is not an arbitrary exercise of the power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law" ("Judgement of the International Military Tribunal", *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pág. 216). Ver W. SIMONS, "The jurisdictional bases of the International Military Tribunal at Nuremberg", in *"The Nuremberg Trial and International Law"*, op. cit., págs. 39-59; G. GINSBURGS, op. cit. págs. 9-37; H. MEYROWITZ, *"La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi no. 10 du Conseil de Contrôle Allié"*, Pedone, Paris, 1960, págs. 156-190.

emergencia que se vive en la antigua Yugoslavia. Además, nada garantiza que el tratado en cuestión vaya a ser ratificado por los Estados que deben hacerlo para que el Tribunal Internacional sea realmente efectivo, es decir, el grupo de Estados en los que se desmembró la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia¹⁶.

En virtud de la urgencia que presentaba la situación en la antigua Yugoslavia, el Secretario General propuso en su informe un método alternativo: la creación del Tribunal Internacional mediante una decisión del Consejo de Seguridad¹⁷.

B. EL RECURSO AL CAPÍTULO VII DE LA CARTA

Esta recomendación sería seguida por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) del 25 de mayo de 1993, la cual fue adoptada con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 39 dispone que:

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El Consejo de Seguridad consideró que el Tribunal Internacional constituía una medida coercitiva dirigida al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, y específicamente, una medida que no implicaba el uso de la fuerza armada, es decir, de las previstas en el artículo 41 de la Carta¹⁸. Vale recordar que el Consejo de Seguridad es soberano para

16 Sobre las desventajas que puede suponer la creación del Tribunal internacional a través de un tratado multilateral, ver P. AKHAVAN, op. cit., pág. 278.

17 Ver P. AKHAVAN, op. cit., págs. 279-280. J. O'BRIEN considera que el recurso al Capítulo VII no es contrario al principio de la soberanía de los Estados ("The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia"), *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 642-644. Durante el periodo de sesiones de 1992 de la Comisión de Derecho Internacional, se discutió la posibilidad de crear tribunales penales internacionales *ad hoc* a través de una resolución del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General ("*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44o. periodo de sesiones*", documento A/CN.4/446).

18 "ARTICULO 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrá comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas."

determinar si un acontecimiento constituye o no un quebrantamiento a la paz y a la seguridad internacionales.

En lo que respecta al conflicto bélico en la antigua Yugoslavia, en anteriores resoluciones el Consejo de Seguridad había constatado que las violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario que habían sido cometidas constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. Esas mismas infracciones internacionales, aparte de haber tenido como resultado la pérdida masiva de vidas humanas en virtud de la política de "limpieza racial" ("*ethnic cleansing*") practicada por las partes en el conflicto, podrían además ser fuente de futuros conflictos internacionales¹⁹.

La decisión de crear el Tribunal Internacional como medida para el restablecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a juicio del Secretario General, está legalmente justificada tanto en virtud de su objeto y de su fin, como en la práctica anterior del Consejo de Seguridad. En diferentes ocasiones, el mismo órgano de las Naciones Unidas ha adoptado en virtud del citado Capítulo VII decisiones que conllevan la creación de un órgano subsidiario con fines diversos²⁰, tal como está previsto en artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas²¹. Su carácter subsidiario no implica, de manera alguna, que el Tribunal Internacional en el ejercicio de sus funciones judiciales estará sometido a la autoridad o al control del Consejo de Seguridad, sino que contará con la independencia funcional propia de los órganos jurisdiccionales.

La circunstancia de que el Tribunal haya sido creado en virtud de una decisión adoptada con base en el artículo VII de la Carta de las Naciones Unidas implica que todos los Estados tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para hacer efectiva esta decisión. En este sentido, el párrafo 4 de la resolución 827 del Consejo de Seguridad establece el deber de todos los Estados de cooperar plenamente con el Tribunal Internacional, debiendo adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus propios ordenamientos jurídicos, para implementar lo dispuesto en la misma resolu-

19 Sobre la calificación de la situación imperante en la antigua Yugoslavia como contraria a la paz y a la seguridad internacionales, ver J. O'BRIEN, *ídem*, pág. 640; H. von Hebel, *op. cit.*, pág. 445-446. Ver además resoluciones del Consejo de Seguridad números 713 (1991), 752 (1992), 764 (1992), 770 (1992) y 771 (1992). Sobre la noción de "*ethnic cleansing*" ver: N. LERNER, "*Ethnic cleansing*", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24, 1994, págs.103-118.

20 Ver resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad y resoluciones ulteriores relativas a la situación entre Iraq y Kuwait. Ver también: J.R. CROOK, "The U.N. Compensation Commission- A new structure to enforce State responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pág. 144.

21 "ARTICULO 29. El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones."

ción y en el Estatuto, incluyendo la obligación de los Estados de cumplir con las solicitudes de asistencia judicial y con toda orden del Tribunal Internacional en los términos del artículo 29 de su Estatuto.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El artículo primero del Estatuto del Tribunal fija, de manera general, la competencia del Tribunal Internacional en los términos siguientes:

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a las personas presuntas responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, de conformidad con disposiciones del presente Estatuto²².

De esta manera, la competencia atribuida al Tribunal Internacional, puede descomponerse en cuatro elementos, a saber, la competencia objetiva, la competencia personal, la competencia territorial y la competencia temporal. Luego de analizar cada uno de estos aspectos, procederemos a abordar la solución adoptada por el Estatuto en relación con el problema de la concurrencia de jurisdicción que eventualmente podría plantearse entre el Tribunal Internacional y los tribunales internos de los Estados donde las infracciones se cometieron.

A. COMPETENCIA TEMPORAL (*jurisdictio racione temporis*)

El artículo 8 del Estatuto fija el 1° de enero de 1991, siete meses antes de que Eslovenia se convirtiera en la primera de las repúblicas que declarara la independencia, como fecha a partir de la cual serán consideradas las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas como susceptibles de ser conocidas por el Tribunal Internacional. Con la adopción de esta fecha, que podríamos calificar de "neutra", el Secretario General evitó tomar como referencia ningún acontecimiento específico y pronunciarse sobre el carácter interno o internacional del conflicto bélico que se desarrolla en el territorio de la antigua Yugoslavia²³.

Habiendo sido creado el Tribunal a título de medida coercitiva con fundamento en el Capítulo VII, la duración de su mandato estaría condicio-

22 La traducción al español de la versión francesa de los artículos del Estatuto es del autor.

23 "Its seems reasonable to assume that the Yugoslav conflict started as an internal conflict but developed into a international conflict, although it is impossible to determine at what point in time the character of the conflict changed. In order to prevent any legal dispute on the applicability of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, the Secretary General considers the grave breaches as laid down in the 1949 Geneva Conventions as norms of customary law" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 449). Ver también: J. O'BRIEN, op. cit., pág. 647.

nada a la restauración y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio de la antigua Yugoslavia y a las decisiones que sobre el particular adopte el Consejo de Seguridad²⁴.

B. LA COMPETENCIA OBJETIVA (*jurisdictio ratione materiae*)

Conformándose con lo dispuesto en el párrafo 1 de la resolución 808 (1993), el artículo 1 del Estatuto estipula que el Tribunal está habilitado para juzgar a las personas presuntamente responsables de "violaciones graves al derecho internacional humanitario" cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde enero de 1991. Es a partir de las normas de derecho internacional humanitario de carácter universal adoptadas como derecho aplicable, que en el Estatuto se definirán las "violaciones graves" en relación con las cuales el Tribunal Internacional es competente.

1. El derecho aplicable y el principio "nullum crimen sine lege"

El Estatuto dispone que el Tribunal Internacional deberá valerse del derecho internacional para identificar las normas sustantivas, en tanto que echar mano del derecho interno de la antigua República de Yugoslavia para determinar las penas de prisión correspondientes. La circunstancia de que el derecho internacional no establezca por sí solo sanciones específicas, sino que deje esta tarea al derecho interno, no es un obstáculo para su aplicación, ni es contrario al principio de "*nullum crimen sine lege*", tal como veremos más adelante.

En lo que respecta a las normas sustantivas, el Secretario General en su informe estimó que "la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique reglas de derecho internacional humanitario que formen parte sin ninguna duda posible del derecho consuetudinario"²⁵. De esta manera se evita el problema que podría surgir

24 "...it is unquestionable that once the situation in the former Yugoslavia has been normalized and the Council concludes that article 39 of the UN Charter does not apply any more, the International Tribunal must cease its activities. In this respect, however, he noted that article 39 of the Charter relates not only to the restoration but also to the maintenance of international peace and security. Thus, even after a cessation of hostilities will be reached in the former Yugoslavia, the Security Council has the power to take action under chapter VII of the Charter in order to maintain the peace in that area" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 446).

25 Documento S/25704, pág. 34. Para el Tribunal de Nuremberg, el principio *nullum crimen sine lege* no constituía un obstáculo para el ejercicio de su jurisdicción: "The maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty but is a general principle of justice" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 217). La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en relación con la identidad de normas internacionales consuetudinarias y convencionales particularmente en los casos "North Sea Continental Shelf" (1969) y "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua" (1986).

en el caso de que ciertos Estados no fueran partes en los tratados internacionales de derecho internacional humanitario.

A criterio del Secretario General, la parte del derecho internacional humanitario convencional, que, sin lugar a dudas ha venido a constituirse en normas internacionales consuetudinarias, son: las Convenciones de Ginebra de 1949, para la protección de las víctimas de guerra, la IV Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 referente a las leyes y las costumbres de la guerra terrestre y sus reglas anexas; la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1949, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945.

Al igual que se hizo luego de la II Guerra Mundial, en el Estatuto del Tribunal Internacional, el principio de territorialidad de la legislación penal, según el cual el derecho interno del Estado donde se cometió el acto es el único competente para determinar la legalidad o ilegalidad del mismo²⁶, es hecho a un lado: el Tribunal, actuando como la "conciencia de la humanidad", aplicará normas internacionales en tanto que tales, en lugar del ordenamiento penal de la antigua República Yugoslavia, a pesar de que este último las haya implementado y adicionado con sanciones penales²⁷.

Tal como señalamos anteriormente, el Tribunal Internacional, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, recurrirá al derecho internacional para determinar las conductas criminalmente castigadas, pero deberá inspirarse de lo que disponían los tribunales penales de la antigua Yugoslavia a la hora de fijar la duración de las penas de prisión que se impondrán a los condenados, según los términos del artículo 24.1. del Estatuto²⁸. Esto

26 De otra manera, tal como lo señala la Profesora E. ZOLLER: "The norm of responsibility would lose its universal customary validity if the principle of territoriality of criminal law could unexpectedly shield the perpetrator of the crime" ("The territorial effect of the norm of responsibility", in *The Nuremberg Trial and International Law*, op. cit., pág. 108).

27 "After all the international community is primarily shocked by the fact that the atrocities committed in the former Yugoslavia constitute a flagrant negation of fundamental international humanitarian norms. The International Tribunal must therefore be considered as acting on behalf of the "conscience of mankind". It would be contrary to this approach if that tribunal should apply national law instead of international law, the latter being the legal expression of that "conscience of mankind" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 447).

28 El artículo 53 del proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional permanente propuesto por la Comisión de Derecho Internacional dispone que el Tribunal para fijar las penas podrá considerar –sin estar obligado a seguir– lo dispuesto sobre el particular por el derecho interno del Estado del cual es nacional el condenado, por la *lex loci delicti commissi* o por el derecho del Estado que tenía bajo su custodia y jurisdicción al acusado antes de ser juzgado ("Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries thereto"), *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, 253.

con el fin de conformarse con el principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, al no contar el derecho penal internacional con un sistema de fijación de penas preestablecido. A efecto de llenar esta laguna jurídica, el Tribunal Internacional podrá fundarse específicamente en el sistema de penas que el Capítulo XVI del Código Penal de la República Socialista de Yugoslavia preveía para los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio²⁹.

A criterio del Profesor Reshetov, el recurso al sistema de penas previsto en la legislación penal nacional se hace innecesario en la medida en que la calificación de determinado acto como un crimen internacional implica un cambio en los efectos temporales del derecho aplicable, de manera que en derecho internacional la reglamentación *ex post facto* de las sanciones por crímenes internacionales no sería contraria al principio de irretroactividad de las leyes. En este sentido señala el mismo autor:

A particularity of international law consists of the fact that international law documents, as a general rule, establish the criminality of certain acts, while leaving open the question of concrete sanction for their performance (...). Hence, it is even possible to affirm that the principle of justice –there is no law, there is neither crime nor punishment– operates in international law with the sole provision that the specific type and measure of punishment can be established after commission of the crime³⁰.

La particularidad anterior se explica, a juicio del citado autor, en el hecho de que al principio de irretroactividad de las leyes se superpone el principio básico de la "inevitabilidad del castigo"³¹.

29 "For every person in the former Yugoslavia it was therefore perfectly clear what kind of activities were forbidden under international (and national) law and what kind of sanctions were attached to these norms by national law" (H. von HELBE, op. cit., pág. 447).

30 Iu. A. RESHETOV, "The temporal operation of norms on criminal responsibility", in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., págs. 113-114.

31 Este principio fue enunciado por la Comisión de Derecho Internacional en su codificación de los principios reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nuremberg, en los términos siguientes: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción" ("Anuario de la Comisión de Derecho Internacional", 1950, vol. II). En su Sentencia el Tribunal Militar de Nuremberg estimó que: "To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring States without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished" ("Judgment of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 217).

2. Violaciones graves al derecho internacional humanitario

En los artículos 2, 3, 4 y 5 de Estatuto del Tribunal Internacional son definidas lo que debe entenderse por "violaciones graves al derecho internacional humanitario". El Tribunal es competente para conocer dos categorías de crímenes: crímenes de guerra "*stricto sensu*" y crímenes contra la humanidad, incluido el crimen de genocidio. Los crímenes contra la paz, que fueron incorporados en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y en la de Tokio³², han sido deliberadamente omitidos en el Estatuto del Tribunal Internacional. Su inclusión hubiera obligado tarde o temprano al Tribunal Internacional a pronunciarse sobre las causas mismas del conflicto yugoslavo y sobre los aspectos políticos que lo rodean.

Los artículos 2 y 3, que otorgan competencia al Tribunal Internacional para conocer las violaciones del derecho internacional de los conflictos armados ("*ius in bello*"), constituyen la base de la mayor parte de la labor del Tribunal internacional, en razón de que virtualmente cualquier acto que pueda ser calificado de crimen contra la humanidad o de genocidio, es también un crimen de guerra. El artículo 2 establece que el Tribunal Internacional es competente para juzgar a las personas que directamente o a través de subordinados cometieran infracciones a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Cada una de las violaciones es enumerada expresamente en el Estatuto a solicitud del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Las Convenciones de Ginebra de que se hace mención son las que regulan desde un punto de vista humanitario la conducción de las operaciones de guerra. De esta manera, estas convenciones establecen una protección especial a una cierta categoría de personas: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato de prisioneros de guerra; y Convenio IV, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Cada una de las Convenciones enumera expresamente los actos que serán considerados como violaciones graves o "crímenes de guerra". Tal como se señaló, esta lista de violaciones graves a las convenciones será retomada por el artículo 2 del Estatuto propuesto por el Secretario General y adoptado por el Consejo de Seguridad, el cual dispone:

32 Previstos en los artículos 6(a) de la Carta del Tribunal de Nuremberg y 5(a) de la Carta del Tribunal de Tokio. Básicamente esta categoría de crímenes comprende la preparación, desencadenamiento y prosecución de una guerra de agresión o en violación de los acuerdos internacionales, incluyendo la participación en un plan concertado para realizar tales actos.

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan u ordenen cometer infracciones graves a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los actos siguientes dirigidos contra las personas o los bienes protegidos en los términos de las disposiciones de la Convención de Ginebra pertinente:

- a) El homicidio intencional;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas;
- c) El hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos que atenten contra la integridad física o a la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes que no sea justificada por necesidades militares y ejecutadas en grande escala de manera ilícita y arbitraria;
- e) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a un civil a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga;
- f) El hecho de privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado debida e imparcialmente;
- g) La expulsión o la transferencia ilegal de civiles o su detención ilegal;
- h) La toma de civiles como rehenes.

Los Protocolos I y II de 1977 de las Convenciones de Ginebra relativos, respectivamente, a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, no son mencionados en el artículo 2 del Estatuto, a pesar de que amplían de un modo significativo la protección de la población civil en su conjunto contra los peligros de la guerra. La necesidad de dicha inclusión pareciera evidente, considerándose que en el conflicto yugoslavo la mayoría de las víctimas pertenecen a la población civil³³.

El artículo 3 enumera una serie de conductas que serán consideradas como "violaciones a las leyes y costumbres de la guerra", dejando abierta la posibilidad de que el Tribunal Internacional identifique otras formas de

33 No obstante, hay quienes los consideran aplicables por a través del artículo 3 del Estatuto: "The United States, the United Kingdom and France explained, when voting for Resolution 827, that the laws and customs of war under Article 3 included all law of armed conflict in force in the territory of the former Yugoslavia, in addition to customary international law. The Tribunal may thus apply the provisions of the Geneva Conventions on nongrave breaches, including common Article 3 concerning internal armed conflict, and the Additional Protocols to the Conventions" (J. O'BRIEN, *op. cit.*, pág. 646).

violaciones del derecho humanitario³⁴. Dentro de este artículo se incorporan las reglas contenidas en la IV Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento anexo de 1939, las cuales, a juicio del Secretario General, forman parte del derecho internacional consuetudinario. Estos instrumentos convencionales, además de regular ciertos aspectos del derecho internacional humanitario que serían luego retomados por las Convenciones de Ginebra de 1949, reconoce que el derecho a hacer la guerra no es ilimitado y que el recurso por parte de los beligerantes a ciertos métodos para hacerla no es permitido.

Señala el Secretario General que dichas reglas tal como fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg sirven como fundamento para su inclusión en el artículo 3 del Estatuto. En efecto, antes de la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el derecho consuetudinario no establecía directamente la responsabilidad criminal de los individuos por violaciones al derecho de la guerra. Si bien en la Convención IV de La Haya hay una obligación de asegurar por parte de los estados partes que las normas del Reglamento se cumplan, no existe ninguna obligación convencional de convertir las violaciones a éstas en crímenes susceptibles de castigo. El artículo 6(b) de la Carta del Tribunal de Nuremberg, al igual que lo hace el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional, se encargan de calificar directamente a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra como crímenes por los cuales los individuos serían declarados personalmente responsables. En este sentido, el referido artículo 3 estipula:

El Tribunal Internacional es competente para juzgar a las personas que cometan violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Esta violaciones comprenden, sin estar limitadas a éstas:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos o la devastación que no justifiquen las exigencias militares;
- c) El ataque o el bombardeo, por cualquier medio que sea, de ciudades, pueblos, casas o edificios no defendidos;

34 En este sentido, precisamente es en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya que está incorporada la denominada "cláusula Martens" que hace constar: "...que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Esta cláusula podría eventualmente orientar al Tribunal internacional en la labor de identificar las "otras formas de violaciones del derecho humanitario" a que hace referencia el artículo 3 del Estatuto.

- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia o a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a monumentos históricos, a obras de arte y a obras de carácter científico;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

Los artículos 4 y 5 del Estatuto otorgan competencia al Tribunal para conocer los denominados "crímenes contra la humanidad", incluido el genocidio. Este último es tratado en el Estatuto como un caso especial de crímenes contra la humanidad³⁵, retomando el artículo 4 la definición contenida en la "Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio" de 1948, a saber:

...cualquiera de los actos mencionados a continuación, cometidos con el propósito de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Producción de graves daños corporales o mentales a los miembros del grupo.
- c) Sumisión deliberada del grupo a condiciones de vida calculadas para producir su destrucción física total o parcial.
- d) Imposición de medidas encaminadas a evitar los nacimientos dentro del grupo.
- e) Transferencia de niños de un grupo a otro.

El mismo artículo dispone que además de la comisión efectiva del genocidio serán punibles la organización, la tentativa, la incitación y la complicidad para cometerlo. El Secretario General propuso este artículo respaldándose en un dictamen consultivo rendido por la Corte Internacional de Justicia en 1951, en el cual se consideró que la Convención sobre el genocidio de 1948 era parte del derecho internacional consuetudinario³⁶. El artículo 5, por su parte, enumera una serie de actos delictivos que son calificados de "crímenes contra la humanidad", los cuales requieren ser cometidos en el transcurso de un conflicto bélico de carácter internacional o interno, y dirigidos indiscriminadamente contra una población civil. Los actos inhumanos de extrema gravedad que son considerados crímenes contra la humanidad son: el asesinato, la exterminación, la reducción a la

35 La particularidad del crimen de genocidio es ilustrada por los requisitos de la prueba: "Because genocide requires proof of the intention to destroy a group, not only criminal intention against an individual (as is true of war crimes) or on the basis of group membership (as may be the case with crimes against humanity), it may be the most difficult charge to prove, particularly against lower-level persons whose connection to a policy may be hard to trace" (J. O'BRIEN, op. cit., pág. 648).

36 *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J.*, 1951.

esclavitud, la expulsión, el emprisionamiento, la tortura, la violación³⁷, y la persecución por razones políticas, raciales o religiosas. Con la fórmula "otros actos inhumanos", se deja la puerta abierta para que el Tribunal Internacional incorpore otras conductas delictivas como crímenes contra la humanidad³⁸. En este sentido, el Secretario General considera que dentro de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad y que se han cometido en la antigua Yugoslavia bajo la forma de la denominada "limpieza étnica", se deben incorporar a otras formas de violencia sexual aparte de la violación, como por ejemplo la prostitución forzada³⁹.

El hecho de que el Estatuto del Tribunal establezca la condición de que los crímenes contra la humanidad deban ser dirigidos contra una población civil supone que los mismos hayan sido cometidos de manera sistemática y organizada, no esporádica y aislada.

Alejándose de la jurisprudencia de algunos tribunales militares que funcionaron luego de la II Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Internacional no requiere que las autoridades gubernamentales deban estar necesariamente implicadas en la comisión de crímenes de esta naturaleza. De esta manera, los integrantes de grupos armados que operen de manera desorganizada e indisciplinada, sembrando el terror entre la población civil, podrán ser juzgados por las atrocidades que cometan. Esta omisión es oportuna, si se considera que una gran parte de las violaciones al derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia ha sido cometida por organizaciones paramilitares que actúan aisladamente, bajo ningún o poco control de las autoridades militares.

C. COMPETENCIA PERSONAL (*jurisdictio razione personae*)

De conformidad con la resolución 808 (1993) el Tribunal Internacional estaría encargado de juzgar a las personas físicas que incurran en las violaciones señaladas, excluyendo a las personas morales⁴⁰. Las personas físicas serían juzgadas por el Tribunal Internacional con independencia de su pertenencia o no a un grupo armado determinado.

37 Ver Th. MERON, "Rape as a crime under international humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 424-428.

38 Ver nota 34.

39 Documento S/25704, pár. 48.

40 "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221).

En el inciso 1 del artículo 7 del Estatuto se dispone que todas las personas que participen en la planificación, preparación o ejecución de actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia, contribuyen a cometerlos y son, en consecuencia, individualmente responsables por los mismos. En este sentido, el alcance de su competencia *ratione personae* del Tribunal Internacional, lo hace diferir de los tribunales internacionales penales *ad hoc* que lo precedieron, los cuales se encargaron de juzgar únicamente a los grandes jefes nazis y japoneses, y no a sus subordinados. Estos últimos fueron juzgados por los tribunales militares que, en sus zonas de ocupación respectiva, fueron creados por las Potencias Aliadas fundándose en la Ordenanza número 10 del Consejo de Control Aliado, de 20 de diciembre de 1945⁴¹. Por otro lado, el mismo inciso 1 del artículo 7 constituye una base para juzgar eventualmente a las personas que han suministrado material bélico y ayuda financiera a las partes beligerantes.

Por su parte, el inciso 2 del mismo artículo dispone que el acusado no podrá valerse de la inmunidad de jurisdicción fundada en la condición de Jefe de Estado o de gobierno. En este sentido, el Estatuto no hace más que retomar los términos del artículo 7 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁴². Este Tribunal en su Sentencia se pronunció sobre el valor de la doctrina del "Act of State", de la que pretendían valerse los acusados, en los términos siguientes:

It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign States and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized⁴³.

41 Mientras que el Tribunal de Nuremberg únicamente juzgó a 19 importantes criminales de guerra nazis, los Estados Unidos condenaron a 1814 en su zona de ocupación, Gran Bretaña 1085, Francia 2107 y la U.R.S.S. alrededor de unos 10.000. Ver Ch. BASSIOUNI, op. cit., págs. 62 y ss.

42 El artículo 7 de la Carta del Tribunal de Nuremberg disponía: "The official position of defendants, whether as Head of States or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment".

43 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 220). De igual manera el III de los "Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg", codificados por la Comisión de Derecho Internacional, señala: "El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional" ("Anuario de la Comisión de Derecho Internacional", 1950, vol. II). Ver Iu. A. RESHETOV, "Groundlessness of the doctrine of act of state", in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., págs. 117-118.

Más adelante agrega la misma Sentencia en relación con la inmunidad de jurisdicción de los particulares que ostentan cargos gubernamentales:

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings⁴⁴.

El inciso 3 del artículo 7 del Estatuto establece que la persona física que cuenta con autoridad dentro de uno de los grupos armados en conflicto, además de ser responsable por las órdenes ilegales que haya dado, puede ser declarada responsable si sabía o contaba con suficientes elementos para suponer que un subordinado se aprestaba a cometer un acto contrario al derecho humanitario⁴⁵, sin que tomara las medidas "necesarias y razonables" para impedirlo⁴⁶. Dada la cobertura que han hecho los medios informativos sobre las atrocidades cometidas en el conflicto yugoslavo, alegar ignorancia de las mismas será difícil para los superiores que eventualmente sean juzgados por el Tribunal Internacional.

De igual manera será responsable criminalmente el superior que, enterado de que un subordinado había cometido un acto violatorio del derecho internacional humanitario, no tomó las medidas correspondientes para castigarlo⁴⁷. Esta obligación de los superiores de "reprimir" a los individuos

44 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221.

45 "For persons in command positions, notice may be imputed to defendants either from evidence of regular reporting or from the existence of widespread reports that would have been known to a reasonable person" (J. O'BRIEN, op. cit., p. 652).

46 Respecto al deber de "prevenir" de los superiores, el Estatuto retoma el principio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en "Re Yamashita", 327 U.S. 1, (1946) y "Homma v. United States", 327 U.S. 759, (1946), al confirmar las sentencias de las comisiones militares creadas por los Estados Unidos en Filipinas luego de la Segunda Guerra Mundial. Ambos casos fueron criticados por establecer un criterio sin precedentes en relación con la responsabilidad del mando, a saber, que los dos generales en cuestión "debían haber conocido y prevenido los crímenes de guerra cometidos por soldados a sus órdenes" (citadas por Ch. BASSIOUNI, op. cit., pág. 63).

47 Ambos deberes de los superiores militares de "prevenir" y "reprimir" violaciones del derecho internacional humanitario son estipulados en los artículos 86 y 87 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra de 1977. En particular el artículo 86 (2) dispone: "El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".

bajo su mando es de particular importancia en virtud de la manera desordenada en que se han desarrollado las hostilidades en la antigua Yugoslavia entre las fuerzas beligerantes. En el caso de que no sea posible establecer que quienes perpetraron las violaciones habían actuado bajo las órdenes directas de sus superiores, estos últimos serán igualmente responsables por haber permitido que permanecieran impunes⁴⁸.

Con respecto a los subordinados, el inciso 4 del artículo 7, dispone que el hecho de actuar bajo las órdenes de un superior no exonera de responsabilidad penal al autor del crimen, y no puede valerse de esta situación como una causa de exoneración⁴⁹. Sin embargo, la obediencia a órdenes superiores será considerada como una circunstancia atenuante al momento de fijarse la pena, al mismo título que la coerción o la ausencia de posibilidad moral de opción. El Estatuto sigue al pie de la letra lo dispuesto por el Tribunal de Nuremberg sobre el particular en su Sentencia:

The true test which is found in varying degrees in the criminal law of most of the nations is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible⁵⁰.

En el informe del Secretario General se señala que el Tribunal se fundará sobre los "principios generales de derecho reconocidos por todas las nacio-

48 En este sentido señala el Profesor J. O'BRIEN: "In the former Yugoslavia, the military situation appears to be chaotic, with front-line forces operating under opaque (and perhaps nonexistent) lines of authority, spotty communications and rare direct orders. If orders or direct involvement cannot be found, prosecutions of political and military leaders will rest on the doctrine of command responsibility, which requires commanders to repress or punish violations of international humanitarian law by their subordinates" (op. cit., pág. 651).

49 El artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg disponía: "The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment".

50 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221. En igual sentido el IV principio de derecho internacional que la Comisión de Derecho Internacional codificó del Estatuto y las sentencias del T. de Nuremberg dispone: "El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción". Ver Iu. A. RESHETOV, "Responsability for the execution of criminal orders", in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., págs. 118-120. R. CLARK estima que la exclusión de la excepción de obediencia debida y de la doctrina del "act of state" por el Tribunal de Nuremberg no han estado al origen de normas consuetudinarias en derecho penal internacional, lo que se demuestra al constatar que la mayor parte de los tratados posteriores en materia de crímenes internacionales no los han retomado ("Codification of the Principles of the Nuremberg Trial and the subsequent development of international law"), in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., pág. 262.

nes⁵¹ para pronunciarse en relación con las diversas causas de exoneración de responsabilidad penal que eventualmente alegue la defensa de los imputados, tales como aquellas fundadas en la edad y la incapacidad mental.

Un aspecto que restringe la competencia personal del Tribunal Internacional, es la imposibilidad de juzgar a los presuntos delincuentes *in absentia*. A juicio del Secretario General, la ausencia del acusado en el juicio quebrantaría los principios básicos de la justicia penal, así como las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente el artículo 14. Tal restricción la establece el artículo 21.4(d) del Estatuto del Tribunal Internacional, que dispone que el imputado debe estar presente físicamente⁵². En este sentido, el Tribunal Internacional constituye un progreso, si así se puede calificar, respecto del Tribunal de Nuremberg, en el cual Martin Bormann fue condenado *in absentia*⁵³.

-
- 51 El artículo 38.1 (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que este órgano jurisdiccional aplicará "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". El Tribunal Militar de Nuremberg habla de "principios generales de justicia": "The law of war is to be found not only in treaties, but in customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and form the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 219). Ver BINCHENG, "General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals", Stevens, Londres, 1953; A. VERDROSS, "Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1935, to. II, págs. 195-251; McNAIR, "The General Principles of Law as recognised by Civilian Nations", *British Yearbook of International Law*, 1951, 1 y ss; P. WEIL, "Principes généraux du droit et contrats d'Etat", in "Mélanges Goldman", Litec, Paris, 1982, págs. 387-414. Sobre las causas de exoneración de la responsabilidad penal ver: E. ESSER, "Defenses in war crime trials", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24, 1994, págs. 201-222.
- 52 La misma fórmula es retomada por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional permanente (artículo 44 (1)h). Ver: "Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries Thereto", op. cit., pág. 281.
- 53 No todos comparten el criterio del Secretario General; la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y la Comisión Europea de Derechos Humanos aceptan los juicios *in absentia* como una excepción a la regla de que el defendido debe estar presente, siempre y cuando sus derechos estén satisfactoriamente garantizados (H. VON HEBEL, op. cit, p. 453). En igual sentido manifiesta P. AKHAVAN que: "...although it is highly desirable to secure the physical apprehension of suspected individuals, it is not inconsistent with international law to hold trials *in absentia* if the individuals in question do not exercise their right to trial" (op. cit., pág. 282). El Profesor J. O'BRIEN estima que en el contexto de la antigua Yugoslavia los juicios *in absentia* son innecesarios si se pretende aprovecharlos para presentar pruebas contra los acusados en rebeldía, puesto que el Estatuto establece en sus artículos 18 y 19 un procedimiento de investigación preliminar que debe ser llevado a cabo por el Procurador del Tribunal Internacional y dirigido al establecimiento de una acusación formal contra un supuesto responsable (op. cit., págs. 656-657).

D. COMPETENCIA TERRITORIAL (*jurisdictio ratione loci*)

El artículo 8 del Estatuto dispone que la competencia *ratione loci* del Tribunal se extiende al territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, aéreo y sus aguas territoriales. Esta competencia territorial restringida, atribuida al Tribunal Internacional, contrasta con la atribuida por las Potencias Aliadas al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la cual le facultaba para juzgar precisamente a los criminales cuyos crímenes no era posible ubicar geográficamente. Los criminales "menores" y aquellos cuyos crímenes podían ser localizados geográficamente debían ser juzgados por los tribunales de los estados donde cometieron las atrocidades. En este sentido la Declaración de Moscú del 1º de noviembre de 1943 disponía:

Those German officers and members of the Nazi party who have been responsible for, or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions, will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free governments which will be created therein ... without prejudice to the case of the major criminals, whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies⁵⁴.

De la cita anterior se desprende que desde antes de finalizada la II Guerra Mundial, los Aliados habían previsto un sistema de tratamiento diferenciado ("*double standard*") dependiendo de la "categoría" del criminal de guerra en cuestión, fundado en la localización geográfica de los crímenes. Cuando las infracciones de que fuere un individuo acusado se hubiesen llevado a cabo en un área geográfica determinada, el principio de territorialidad determinaría el foro competente y la ley aplicable ("*lex loci delicti commissi*").

La circunstancia de que el teatro de las operaciones bélicas está limitado al territorio de la antigua Yugoslavia, influyó en que no se adoptara un desdoblamiento semejante que pudiera limitar sustancialmente la competencia del Tribunal Internacional.

Por otra parte, si bien la guerra civil en Bosnia-Herzegovina es la que más ha conmovido la opinión pública mundial, de los términos en que está redactado el Estatuto se desprende que las infracciones al derecho internacional humanitario que se cometan en otras regiones de lo que constituía

54 "Department of State Bulletin", Nov. 6, 1943, pág. 311. En la Declaración de Moscú, suscrita el 1 de noviembre de 1943, los Aliados reafirman enérgicamente su intención de castigar a los criminales de guerra una vez finalizada la guerra.

hasta 1991 la República Socialista Federativa de Yugoslavia, caen igualmente dentro de la competencia del Tribunal Internacional. Aún más, de ocurrir en el futuro una intervención militar directa en el conflicto por parte de terceros Estados, el Tribunal Internacional estaría habilitado para conocer de las violaciones al derecho internacional humanitario que pudieren ser cometidas eventualmente por las fuerzas armadas de esos terceros Estados beligerantes.

E. LA CONCURRENCIA CON LOS TRIBUNALES INTERNOS

En virtud de que el "*locus delictis*" de las violaciones graves del derecho internacional humanitario es el territorio de uno o varios Estados recientemente independizados, y de la circunstancia de que terceros Estados cuentan con una competencia universal para juzgar muchos de los crímenes cometidos, la labor del Tribunal Internacional podría verse obstaculizada por el ejercicio concurrente de la jurisdicción criminal por parte de los tribunales internos de esos Estados. Cuidándose de respetar el principio del "*non bis in idem*"⁵⁵, el Estatuto ha establecido una competencia principal, aunque no exclusiva, en favor del Tribunal Internacional para juzgar a los supuestos criminales de guerra. En igual sentido, ha omitido manifestarse respecto del resarcimiento civil, reservando implícitamente esta cuestión a los tribunales internos.

1. El principio de "*non bis in idem*"

No obstante los términos del artículo primero del Estatuto, el Tribunal Internacional carece de una jurisdicción exclusiva sobre las infracciones al derecho internacional humanitario que se cometan en el territorio de la antigua Yugoslavia. En efecto, de conformidad con el artículo 9 del Estatuto, la competencia del Tribunal para conocer de los crímenes señalados, no impide a los tribunales internos de cada uno de los Estados implicados en el conflicto yugoslavo juzgar a los inculpados con fundamento en sus leyes y procedimientos internos. Sin embargo, el Tribunal Internacional cuenta con un derecho de prioridad que, en caso de concurrencia, le permite solicitar a un tribunal interno el traslado de una causa específica, en cualquier etapa en que se encuentren los procedimientos.

En igual sentido, y de conformidad con el principio del *non bis in idem*, el artículo 10 del Estatuto dispone que el acusado no podrá ser juzgado por un tribunal interno por los mismos actos por los que ha sido juzgado anteriormente por el Tribunal Internacional. Por otra parte, para los casos

55 Principio reconocido en el párrafo 7 del artículo 14 del Convención sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

en que el Tribunal Internacional tramite una causa contra un individuo que haya sido previamente juzgado por un tribunal interno, el inciso 2 del mismo artículo enumera dos excepciones al principio del *non bis in idem* en los términos siguientes:

2. Nadie que haya sido procesado por una jurisdicción nacional por hechos que constituyan graves violaciones al derecho internacional humanitario puede subsecuentemente ser procesado por el Tribunal Internacional, excepto si:

- a) El hecho por el cual ha sido juzgado fue calificado como un delito común;
- o
- b) La jurisdicción nacional no falló de manera imparcial o independiente, el procedimiento seguido buscaba sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional, o el procesamiento no fue llevado a cabo diligentemente.⁵⁶

El párrafo 2 (a) hace mención al caso en que un acto hubiese sido tratado como un delito común distinto de un crimen internacional a pesar de reunir las características de los crímenes internacionales mencionados en los artículos 2, 3, 4 y 5 del Estatuto. Por su lado, el párrafo 2 (b) establece prácticamente un procedimiento de revisión de lo resuelto por un tribunal interno. Algunos de los juicios que por crímenes de guerra fueron llevados a cabo por tribunales internos luego de la Primera y la Segunda guerras mundiales demuestran la necesidad de una disposición semejante, que, por lo demás, podría estimarse como contraria al principio de soberanía de los estados.

Cabe señalar que la cuestión de los procedimientos alternativos o de concurrencia de jurisdicciones no se plantearon en relación con los procesos de Nuremberg y de Tokio: las Potencias Aliadas custodiaban ya a los acusados y los estados del que eran nacionales los acusados habían sido derrotados incondicionalmente.

2. La fijación de la reparación civil

El Estatuto en el párrafo 3 de su artículo 24 señala que, además de las penas de prisión, la Cámara de Primera Instancia podrá ordenar la restitución a sus propietarios legítimos de los bienes adquiridos ilegalmente. Sin

56 La Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de Estatuto de una jurisdicción penal internacional permanente adoptó una solución similar, con modificaciones menores para tomar en cuenta la posibilidad de un juicio previo por otro tribunal internacional (artículo 45). Ver: "Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries thereto", op. cit., págs. 282-283.

embargo no concede a las víctimas y a sus familiares acción alguna para interponer una reclamación civil por daños y perjuicios contra el acusado ante el Tribunal Internacional⁵⁷.

En este sentido, la restitución de bienes de que se hace mención, fundada en el principio del enriquecimiento ilícito, difícilmente puede ser calificada como una "*restitutio in integrum*", es decir, como una medida dirigida al restablecimiento del *statu quo ante*, que es la regla en materia de la responsabilidad en derecho internacional. Ante tal laguna jurídica, no queda más a las víctimas y a sus familiares que recurrir a los tribunales internos para buscar reparación civil adecuada. En todo caso, ser el Tribunal Internacional a través de su práctica y lo que disponga en su Reglamento, quien tendrá la última palabra al respecto. Podemos explicar esta omisión en la medida que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Internacional ha tenido en mira establecer un procedimiento exclusivamente criminal, es decir, que castigue a los culpables de las infracciones contrarias al derecho internacional humanitario⁵⁸.

Por otra parte, puede cuestionarse la habilidad del Tribunal Internacional para determinar la propiedad de los bienes adquiridos ilícitamente en la ausencia de una reclamación por parte del legítimo propietario⁵⁹.

CONCLUSION

Por sus aspectos innovativos, la instauración del Tribunal constituye un progreso del derecho internacional en general, y en particular de la causa por el respeto del derecho internacional humanitario. En su Estatuto se retoman los desarrollos que en materia de derechos humanos y de derecho penal internacional han tenido lugar desde que los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio fueron creados. Al abarcar la jurisdicción del Tribunal todas las violaciones al derecho internacional humani-

57 El artículo 53 del proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional de la C.D.I. faculta al tribunal para que imponga, además de las penas de prisión, multas por el monto que estime conveniente (*Ibid.*, págs. 287-288). El artículo 106 del Reglamento del Tribunal Internacional remite a las víctimas y a sus familiares a los tribunales internos para que formulen las reclamaciones civiles contra los condenados.

58 En igual sentido, al discutirse el párrafo 3 del artículo 53 del citado proyecto de estatuto de una jurisdicción criminal internacional permanente, algunos de los miembros de la C.D.I. consideraron que no era apropiado autorizar al tribunal penal internacional para que pueda ordenar la restitución de los bienes ilícitamente obtenido, labor que se estimaba era propia de una jurisdicción civil. (*Idem.*, pág. 288).

59 La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos, drogas y sustancias psicotrópicas de 1988, contiene una reglamentación detallada de la confiscación de bienes de procedencia ilícita.

taria que se cometan en el conflicto que tiene lugar en la antigua Yugoslavia, con independencia de la jerarquía de quien las tolere, las ordene o las cometa, la justicia penal internacional se "democratiza": la circunstancia de ser juzgado por un tribunal penal internacional cesa de ser el "privilegio" de los jerarcas de un régimen en desgracia.

No podemos dejar de impresionarnos por la rapidez con que se obtuvo el consenso necesario para la creación del Tribunal Internacional ante la ineficacia de los instrumentos previstos convencionalmente para el control de la aplicación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos y de las normas internacionales de derecho humanitario. Más aún, si se considera que ha tomado a la Comisión de Derecho Internacional más de cuarenta años para adoptar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y para proponer la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente.

Sin lugar a dudas, el hecho de que el conflicto yugoslavo se desarrolle a un par de horas de vuelo de las principales capitales europeas ha influido en el trato especial del que ha sido objeto en los principales foros internacionales. La creación de un Tribunal penal internacional *ad hoc* no es más que un ejemplo de este tratamiento privilegiado. Crímenes como los que se pretende ahora juzgar, y algunas veces más atroces, han sido reiteradamente cometidos en otras regiones del mundo en las últimas décadas sin que las Naciones Unidas se haya preocupado por instaurar mecanismos jurisdiccionales semejantes al aquí analizado con el fin de impedir que las violaciones al derecho internacional humanitario permanezcan impunes⁶⁰.

Cabe sospechar que el Tribunal Internacional ha sido creado para esconder la incapacidad de la Comunidad Internacional para tomar medidas realmente efectivas con relación a la crisis en los Balcanes. Al no requerir la creación del Tribunal Internacional el asentimiento de las partes involucradas, la misma puede ser analizada como una medida fácil, comparada con las que se requeriría para poner fin de manera adecuada a las violaciones graves de las normas humanitarias internacionales. El tiempo se encargará de demostrar si el Tribunal Internacional ha sido utilizado ante la opinión pública internacional para disfrazar la falta de determinación de la Comunidad Internacional⁶¹.

60 Es prematuro opinar hasta qué punto esta observación es desvirtuada por la reciente creación del Tribunal Internacional para Ruanda por el Consejo de Seguridad mediante resolución 955 (1994).

61 Sobre la actividad desplegada por el Tribunal luego de su constitución ver: L. VIERUCCI, "The first steps of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", 6 *American Journal of International Law* (1995), pág. 134 ss, M. BERGSMO, 'International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Recent developments', 15 *Human Right Law Journal* (1994), pág. 405 ss.