

Maria BORRÀS FUCHO

Análisis jurídico del conflicto de la Antigua Yugoslavia

Trabajo de Final de Carrera

dirigido por

Carmen PARRA RODRÍGUEZ

Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS

Licenciatura en Derecho

2014

Resumen

El presente Trabajo de Final de Carrera analiza y contextualiza el conflicto armado de la Antigua Yugoslavia, que tuvo lugar a partir de 1991 e identifica cómo influyó el Derecho de los Conflictos Armados, en términos generales, en su desarrollo. En este sentido, centra la atención en las iniciativas que emprendió la comunidad internacional para apaciguar el conflicto y, muy especialmente, la respuesta de Naciones Unidas. Asimismo, tras las repetidas violaciones del Derecho Internacional Humanitario y la perpetración excesiva de crímenes de genocidio y lesa humanidad se creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que constataría la vigencia del Derecho Internacional y castigaría a sus violadores.

Resum

El present Treball de Fi de Carrera analitza y contextualitza el conflicte armat de l'Antiga Iugoslàvia, que va esclatar a partir de 1991 i identifica com va influir el Dret dels Conflictes Armats, en general, al seu desenvolupament. En aquest sentit, centra l'atenció en les iniciatives empreses per la comunitat internacional per calmar el conflicte i, molt especialment, la resposta per part de les Nacions Unides. Tanmateix, després d'haver-se produït greus violacions del Dret Internacional Humanitari i de perpetrar-se crims de genocidi i de lesa humanitat es va crear el Tribunal Penal Internacional per la ex Iugoslàvia, que constataria la vigència del Dret Internacional i en castigaria els violadors.

Abstract

This dissertation aims to analyse and contextualize the armed conflict that began in 1991, that lead to the breakup of the Republic of Yugoslavia. This will also attempt to identify how the law of armed conflict influenced the outcome of this conflict. In this aspect, it focuses on the initiatives that the international community undertook to ease the conflict and especially the UN's response. Furthermore, it concentrates on the changes that the Penal Tribunal enforced on the former Republic of Yugoslavia due to the repeated violations of the international humanitarian law and excessive perpetration of genocide and crimes against humanity. This emergency Tribunal reinforced the importance of international law and began the process of implementing sanctions for the violators.

Palabras claves / Keywords

Conflictos armados – Derecho Internacional Humanitario – Antigua Yugoslavia – Balcanes – ONU – Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia – Convenios de Ginebra
--

Sumario

Introducción.....	9
Abreviaturas comunes	11
I. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS	13
1.1 Prohibición del uso de la fuerza	14
1.1.1 Breve introducción histórica.....	14
1.1.2 La prohibición del uso de la fuerza en el marco de la Carta de Naciones Unidas.....	14
1.1.3 Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza.....	15
1.2 Derecho Internacional Humanitario.....	18
1.2.1 Fines y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario....	20
1.2.2 Conflictos armados internacionales.....	22
1.2.3 Conflictos armados internos (no internacionales), internos internacionalizados e intervención humanitaria	24
1.3 Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario	30
1.3.1 Operaciones de paz y cuestiones en torno al ius in bello	32
II. REPASO HISTÓRICO. ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONFLICTO EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	37
2.1 Causas del conflicto	38
2.2 Desarrollo de la guerra balcánica y respuesta de Europa	40
III. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA GUERRA DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	45
3.1 Las operaciones ejecutadas por Naciones Unidas	45
3.1.1 Las operaciones destinadas a la instauración de la paz	45
3.1.2 El uso de la fuerza por los cascos azules	48
3.1.3 Sanciones políticas y económicas.....	49
3.1.4 Sanciones militares: la autorización a los Estados al uso de la fuerza ..	52
3.2 Las operaciones realizadas por la Comunidad Europea y por la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa	54
3.3 Actuación de la OTAN	57
IV. RESPUESTA A LAS VIOLACIONES DE DIH: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL AD HOC PARA LA EX YUGOSLAVIA	61
4.1 La competencia del Tribunal	63
4.1.1 Sobre los crímenes de lesa humanidad	65
4.1.2 Sobre los crímenes de genocidio	67
4.2 La organización y funcionamiento del TPIY.....	68
4.2.1 Justificación de la primacía del Tribunal y ejercicio de la jurisdicción concurrente y preferencial	68

4.2.2 El principio non bis in idem como límite a la competencia del Tribunal .	72
4.2.3 La articulación de la obligación de cooperación estatal para garantizar la presencia de sospechosos y acusados ante el Tribunal	73
Conclusión	77
Bibliografía	79

Introducción

El presente trabajo pretende el análisis jurídico a grosso modo del conflicto de la Antigua Yugoslavia mediante el estudio de las normas internacionales vigentes y la actuación de la comunidad internacional al respecto. De ahí que la primera parte esté dedicada a introducir la normativa y conceptos de Derecho Internacional Humanitario que en los capítulos sucesivos se aplicarán al conflicto concreto. El trabajo termina con un capítulo dedicado al Tribunal Penal ad hoc para la Ex Yugoslavia, la forma en que se han castigado las graves violaciones de derechos humanos producidas a partir de 1991.

Hasta la creación de la ONU existía el derecho a la guerra como método lícito de solución de controversias. Pero con su llegada y su clara apuesta por la paz internacional quedó prohibido el uso de la fuerza, relegando la posibilidad de los enfrentamientos armados a unos pocos supuestos muy concretos.

En esta línea, el Derecho Internacional Humanitario, dirigido al desarme y a la regulación de la guerra ya había aparecido a mediados de siglo XIX, y algunas de sus disposiciones se han convertido en normas consuetudinarias de carácter universal. A la práctica, no obstante, el respeto de los principios humanitarios ha sido insuficiente, especialmente en los conflictos internos, como es el caso del yugoslavo. El conflicto de la Antigua Yugoslavia, en que fueron prácticas habituales los ataques directos a la población, la utilización de prisioneros o civiles como escudos humanos, el genocidio o la limpieza étnica fue, por desgracia, solo un ejemplo del desolador balance en cuanto al respeto del DIH.

Este es un conflicto que desbordó por su crueldad y su alcance a la comunidad internacional. Tras fracasar los intentos de pacificación por la vía diplomática, la ONU emprendió operaciones de imposición de paz con el envío de cascos azules y optó, junto a otras organizaciones internacionales, por la imposición de sanciones políticas, económicas y militares que bloquearon el área en conflicto.

La situación en la ex Yugoslavia requería una respuesta rápida y eficaz, que se materializó finalmente en 1993 con la creación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia para el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad perpetrados en este territorio.

Abreviaturas comunes

CE – Comunidad Europea

CIRC – Comité Internacional de la Cruz Roja

CSCE – Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea

DIH – Derecho Internacional Humanitario

IFOR – *Implementation Force*

OMP – Operaciones de Mantenimiento de la Paz

ONU – Organización de las Naciones Unidas

OSCE – Organización de Seguridad y Cooperación Europea

OTAN – Organización del Tratado del Atlántico Norte

SFOR – *Stabilization Force*

TPIY – Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TUE – Tratado de la Unión Europea

UNPROFOR (*United Nations Protection Force*) - Fuerza de Protección de las Naciones Unidas

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El derecho de la guerra, como antagónico al derecho que regía en tiempo de paz, se viene regulando desde el siglo XVII. La primera obra que expresa claramente esta distinción es *De Iure Belli ac Pacis* de 1625, del autor Hugo Grocio. Así, los autores de los siglos XVI-XVIII se ocuparon de regular las condiciones que debían reunirse para que los príncipes pudiesen empezar guerras de forma lícita, lo que desarrollaría la doctrina *ius ad bellum*, es decir, el derecho de guerra.

Pero durante el siglo XIX se abandonaron las consideraciones ético-jurídicas de la doctrina del *ius ad bellum* para dejar paso a los nuevos pensamientos que concebían la guerra como un atributo al que un Estado podía recurrir, como medio de autotutela y para asegurar su propia conservación¹.

Así, la guerra no es un ámbito ajeno a la regulación por el derecho y la comunidad internacional, frente a los conflictos armados, reacciona en dos direcciones muy distintas que son importantes de definir²:

- a) Prohibiendo la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas), aunque se admiten como excepciones el ejercicio de la legítima defensa, la aplicación del sistema de seguridad colectiva del Capítulo VII de la Carta y el derecho a la libre determinación de los pueblos. Estas excepciones quedan englobadas en el *Ius ad Bellum* (Derecho a hacer la guerra).
- b) Una vez iniciado el conflicto armado, aplicando el Derecho Internacional Humanitario con igual obligatoriedad a todas las partes implicadas en el conflicto, con independencia de qué parte fuera la responsable de haberlo iniciado, esto es, el *Ius in Bello* (Derecho aplicable a los conflictos armados).

¹ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2010, p. 1041.

² CRUZ ROJA ESPAÑOLA: Definición del Derecho Internacional Humanitario. <www.cruzroja.es> [consulta: 09 de octubre 2013]

1.1 Prohibición del uso de la fuerza

1.1.1. Breve introducción histórica

Hasta la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados gozaban de la posibilidad de recurrir al uso de la Fuerza Armada de forma prácticamente ilimitada, a pesar de los instrumentos redactados por éstos mismos para contener dicho recurso. En este sentido, la Conferencia de la Paz celebrada en La Haya en 1907 constituyó el primer hito significativo en el desarrollo del principio de prohibición del uso de la fuerza, pero el paso decisivo para su consolidación serían el Pacto de la Liga de las Naciones de 1919 y el Pacto general de renuncia a la guerra, más conocido con el nombre de Pacto *Briand-Kellogg*, de 1928.

El Pacto de la Liga de las Naciones prohibía a los Estados miembros de esta organización recurrir al uso de la fuerza en los primeros tres meses de la emisión de un laudo arbitral, un fallo jurisdiccional, o del informe del Consejo de la Liga, relativos a una controversia nacida entre las partes. Así, los miembros de la organización intergubernamental no podían usar la fuerza contra los países que hubiesen acatado el laudo, fallo o informe adoptado por el Consejo. Sin embargo, sí que podían recurrir a procesos de auto tutela que implicaran un uso de la fuerza, pero tenían que ser distintos a la guerra³.

El pacto Briand-Kellog de 1928 condenaba el recurso a la guerra como medio de arreglo de diferencias entre Estados y como instrumento de política nacional, y las Partes se comprometían a resolver sus controversias con medios pacíficos, estos es, los medios de arreglo diplomático y el arbitraje. Estas bases eran en todo caso una clara condena a la guerra y a las posiciones que, siguiendo las doctrinas estratégicas del alemán Claus von Clausewitz, consideraban la guerra como “una continuación de la política por otros medios”⁴.

1.1.2. La prohibición del uso de la fuerza en el marco de la Carta de las Naciones Unidas

Según expone Díez de Velasco, cuando nace Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial, la Carta de la organización ya se proclama contraria a la guerra y, concretamente, al uso de la fuerza en su artículo segundo:

³ TARDIF CHALIFOUR, ERIC: *Teoría y práctica del uso legítimo de la fuerza en Derecho Internacional* (en línea), p. 211, <www.juridicas.unam.mx> [consulta: 09 de junio 2013]

⁴ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Op. cit.*, pp. 1042-1043.

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Pero la redacción del artículo ha dado lugar a controversias alrededor del significado concreto del “uso de la fuerza”, ya que es un concepto que puede dar lugar a definiciones diversas. Puede referirse a todo tipo de fuerza o a la fuerza armada con carácter exclusivo. En un intento de aclarar la controversia, Hans Kelsen aclaró que “cualquier empleo de la fuerza que no tenga el carácter de una medida colectiva está prohibido por la Carta”. Sin embargo, Eduardo Jiménez de Aréchaga interpretó que “fuerza” se refiere estrictamente a la fuerza armada, deduciéndose tal especificidad en el contexto de la propia Carta. La mayor parte de la doctrina sostiene esta última interpretación.

Actualmente, la norma ha devenido un principio de derecho internacional consuetudinario, como afirmó la Corte Penal Internacional en la sentencia de 1986 en el *asunto de Nicaragua*. La importancia del principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en el Derecho internacional contemporáneo hace que se considere una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, aplicable a la totalidad de los Estados independientemente de su pertenencia o no a la ONU, según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y cualquier infracción del precepto se calificará de violación grave del art. 2, n. 4 de la Carta⁵.

1.1.3. Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza

No cabe duda de que las Naciones Unidas prohíben el uso de la fuerza armada como medio de solución de conflictos. Sin embargo, existen determinados supuestos que excepcionan la regla y en que el uso de la fuerza podría ser admitido. Es el caso de la legítima defensa, la acción mediante fuerzas armadas necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales decidida por el Consejo de Seguridad y la acción contra Estados enemigos para reprimir el rebrote de hostilidades en terminar la Segunda Guerra Mundial. Habría que añadir además los supuestos concretos de autorización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas⁶.

Así, el supuesto de la legítima defensa viene definido en el art. 51 de la Carta, que declara:

⁵ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Op. cit.*, pp. 1044-1046.

⁶ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Op. cit.*, p. 1046.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

De acuerdo con esta exposición, para ejercer el derecho de defensa legítima ha de presentarse necesariamente un ataque armado, entendido a *grosso modo* como el acto llevado a cabo con el uso de cualquier arma, dirigido contra el territorio u otros bienes que son la manifestación de las señales de la soberanía de un Estado, y que se da por parte de las fuerzas regulares de un Estado, o fuerzas que no forman parte de su aparato militar pero que de facto actúan en su nombre, como bandas o grupos armados, fuerzas irregulares o mercenarios⁷.

La Corte Internacional de Justicia apuntó en el Caso Nicaragua anteriormente comentado que el Estado que sufre un ataque debe declarar ser el objeto de tal ataque, y pedir ayuda a uno o más Estados. En esta línea, el jurista Tardif Chalifour puntualiza que generalmente el ejercicio del derecho se encuentra subordinado a los límites de necesidad, proporcionalidad e inmediatez de la acción armada llevada a cabo en legítima defensa.

La segunda excepción a la prohibición del uso de la fuerza propuesta por la Carta es la referente al mantenimiento o restablecimiento de la paz mediante acción coercitiva aprobada por el Consejo, del art. 42:

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

Éste es un mecanismo diseñado para sancionar a cualquier Estado que viole el principio de prohibición del uso de la fuerza. Como expone el siguiente art. 43 de la Carta, mediante convenio especial se pondrán a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas que sean necesarias para el mantenimiento de la paz.

⁷ TARDIF CHALIFOUR, ERIC: *Op. cit.*, pp. 219-220

El profesor Díez de Velasco puntualiza en este sentido, citando a Pérez González, que las operaciones de mantenimiento de la paz, conocidas popularmente como el envío de los *cascos azules*, no son medidas coercitivas de las Naciones Unidas según el art. 42 de la Carta, sino acciones de tipo más preventivo que represivo a través de las cuales Naciones Unidas, en un nuevo rasgo de su función pacificadora, perseguían rebajar la temperatura de los conflictos y amortiguar las crisis internacionales⁸.

No obstante, y como se estudiará más adelante, estos efectivos de la ONU han visto incrementadas sus funciones a lo largo de su historia. Bajo el nombre de *arreglo pacífico de controversias*, de *misiones de mantenimiento de la paz* y de *misiones de restablecimiento de la paz* han pasado de la mera observación de hechos a la desmovilización de fuerzas irregulares, a la asistencia electoral, al suministro de ayuda humanitaria y a la reconstrucción política y económica de los Estados. Así, los principales requisitos de estas operaciones en sus inicios, durante los años cincuenta, eran el consentimiento de las partes, la imparcialidad de la operación y la abstención del uso de la fuerza, salvo en legítima defensa, requisitos que han sido sustancialmente alterados en los últimas décadas, de la misma forma como se ha alterado e incrementado la importancia de las nuevas operaciones, que se pueden medir por su multiplicación, su complejidad multifuncional, su elevado presupuesto y sus enormes contingentes⁹.

Finalmente, la tercera excepción se menciona en el art. 107 de la Carta:

Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción.

Cuando se redactó este artículo la Segunda Guerra Mundial aún no había terminado y era posible el rebrote de algún foco de hostilidad. Actualmente, después del ingreso de Alemania y Japón a Naciones Unidas y calificados como *Estados amantes de la paz*, la excepción ha perdido su significado originario¹⁰.

⁸ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Op. cit.*, p. 1053

⁹ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas en el conflicto de la Antigua Yugoslavia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 183.

¹⁰ DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Op. cit.*, p.1057

A estos supuestos excepcionales se tendrían que añadir aquellos en que el uso de la fuerza ha sido expresamente autorizada por las Naciones Unidas, así como otros supuestos objeto de discusión debidos a la aparición de nuevas situaciones en el plano internacional con posterioridad a la redacción de la Carta. Son el uso de la fuerza por los movimientos de liberación nacional, las intervenciones de carácter humanitario, la protección de los ciudadanos y de los intereses nacionales, y las represalias ante usos de la fuerza que no sean un *ataque armado*.

1.2 Derecho Internacional Humanitario

A partir de mediados del s.XIX el derecho internacional empieza a crear instrumentos jurídicos dirigidos al desarme, al arreglo pacífico de las controversias internacionales, a la limitación del derecho a la guerra y a una mayor humanización de los conflictos armados. Es a partir de este momento que nace el derecho humanitario, mediante una serie de prácticas y principios que se van plasmando en los tratados internacionales, promovidos en gran parte por la Cruz Roja Internacional y por su inspirador, Henry Dunant¹¹.

Como expone Carlos Espaliú, fue decisiva la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que fundó sociedades nacionales de la Cruz Roja para intervenir en caso de guerra como organismo imparcial, para proteger a las víctimas y prestar asistencia. El año siguiente, en 1864, el Consejo Federal suizo convocó una Conferencia Diplomática en Ginebra y los países participantes adoptaron el *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña*. Se trataba de una norma universal, permanente y escrita destinada a proteger a las víctimas de los conflictos, aplicable en todo tiempo y circunstancias. Además era multilateral y establecía la obligación de prestar asistencia sin discriminación a los militares heridos y enfermos, y establecía la identificación del personal y del material sanitario mediante el emblema de la Cruz Roja¹².

Con la consolidación de esta organización en el plano internacional proliferaron las fuentes del derecho internacional humanitario, conocido como derecho de Ginebra, constituido por

¹¹ ESPALIÚ BERDUD, CARLOS: *Derecho Internacional Público*, Ed. Huygens, Barcelona, 2012, p.425

¹² CRUZ ROJA ESPAÑOLA: Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (en línea). <www.cruzroja.es> [consulta: 09 de octubre 2013]

los Convenios de 1906, para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y de 1929, que añade lo relativo al trato de los prisioneros de guerra. Éste último se debió a los problemas humanitarios derivados de la I Guerra Mundial. Tras la II Guerra Mundial, en 1949 se firmaron cuatro convenios, que conformarían también el derecho de Ginebra¹³, y que expanden las disposiciones del Convenio de 1864. La Cruz Roja Española asegura que posteriormente se produjo un vacío normativo inspirado en la idea de que sería absurdo reglamentar la guerra ya que se consideraba ilícita y la Carta de las Naciones Unidas trataba de prohibirla totalmente. Pese a eso, se seguían produciendo conflictos armados, por lo que era necesario seguir progresando en el desarrollo de normas de protección para las múltiples víctimas¹⁴.

Junto a la regulación promovida en Ginebra, esta rama del derecho también se desarrolló a partir de instrumentos promovidos por los propios Estados y por la ONU, cuyo fin consiste en la fijación de los derechos y las obligaciones de los beligerantes en la conducción de operaciones militares y la limitación de los medios de dañar al enemigo en los conflictos armados internacionales. Es conocido como derecho de La Haya que, junto al derecho de Ginebra, estaba encaminado a humanizar la guerra.

El próximo hito significativo se produjo en 1968 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la resolución 2444, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, que estableció los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario (DIH) de limitación de medios y métodos de combate, de protección de la población y de distinción. Es en este evento cuando se produce la convergencia entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya al ponerse de manifiesto que para proteger con mayor eficacia a las víctimas (los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y, por extensión, los bienes culturales, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y el medio ambiente natural) era preciso limitar el uso de la fuerza estableciendo reglas sobre la conducción de hostilidades. Se ha conocido como el Derecho de Nueva York.

¹³ *I Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.*

¹⁴ CRUZ ROJA ESPAÑOLA: Orígenes y desarrollo... *Op. Cit.*

Más tarde, como consecuencia de la celebración de la Conferencia Diplomática, de Ginebra entre 1974 y 1977 se aprobaron los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁵.

Cabe destacar asimismo otros acontecimientos no menos importantes respecto a la regulación de los medios de hacer la guerra y, concretamente, respecto de las armas no convencionales. En el año 1972 se aprobó el Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y sobre su destrucción. Posteriormente, en el año 1980 se aprobaron distintos convenios relativos a la prohibición o la restricción de empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. También fueron trascendentes el Tratado de Ottawa de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, y el Convenio relativo a la prohibición de uso, producción y almacenamiento de municiones de racimo, en 2008.

Respecto al sistema de eficacia, con motivo de los conflictos armados desarrollados en la Ex Yugoslavia y Ruanda, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó en la década de 1990 dos tribunales penales internacionales para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en esos territorios. Finalmente, cabe nombrar el gran hito en el sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario que significó la aprobación del Estatuto de Roma de 1998 por el que se creó el primer tribunal penal internacional de carácter permanente de la historia, la Corte Penal Internacional¹⁶.

1.2.1. Fines y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario

Según define la Cruz Roja Española,

la finalidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH) es solucionar los problemas de índole humanitario derivados de los conflictos armados, limitando el derecho de las partes implicadas a elegir los medios y los métodos de hacer la guerra y protegiendo a las personas y a los bienes que pudieran verse afectados por ellos.

¹⁵ *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).*

¹⁶ CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Orígenes y desarrollo... Op. cit.*

El DIH solo se aplica en caso de conflicto armado y no cubre las situaciones de tensiones o disturbios internos ni los actos aislados de violencia. Se aplica por igual a todas las partes en conflicto sin tener en cuenta quién lo inició o la calificación legal de la acción armada. Por lo general, se considera que existe un conflicto armado cuando se inician los actos de fuerza o violencia armada con manifiesta voluntad hostil y con carácter permanente entre dos o más partes en conflicto¹⁷. En este sentido, las normas de DIH sí atienden a la naturaleza del conflicto, y distinguen entre conflictos armados internacionales y conflictos armados internos, como se verá más adelante.

Por otro lado, este derecho protege a las personas que no participan en las hostilidades, o que han dejado de participar en ellas, considerándolas víctimas de guerra. Cabe señalar que no otorga idéntica protección a todas las personas que sufren las consecuencias de un conflicto armado, sino que se definen unas categorías concretas de personas y les concede unos derechos y una protección específica por estar expuestas a los riesgos del conflicto o porque en virtud de su naturaleza son grupos de personas especialmente vulnerables. Estos grupos son los civiles, los militares heridos, enfermos o náufragos, los prisioneros de guerra, las personas civiles en poder del adversario en su territorio y las personas civiles en territorio ocupado. Además, gozan de especial protección las mujeres, los niños, los ancianos, los refugiados, los desplazados, los desaparecidos y los periodistas¹⁸. Sin estar concretamente protegidos, el DIH también engloba los combatientes, en el sentido que obliga a tratar de conciliar la necesidad militar con el principio de humanidad, prohibiendo los daños innecesarios al adversario. Asimismo se otorga una protección específica a determinados bienes de carácter civil y al medio ambiente en función de su estrecha relación con la protección integral del hombre, su ambiente y su cultura. Los bienes referidos son los bienes culturales y objetos de culto, las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (presas, diques, centrales nucleares) y los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (zonas agrícolas, instalaciones y reservas de agua potable y otros bienes de naturaleza análoga).

Los destinatarios del DIH son los Estados, dado que únicamente éstos pueden adherirse a tratados internacionales y, por consiguiente a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. Éstos están obligados a cumplir y hacer cumplir dichas normas, así como a

¹⁷ CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Fines y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario* (en línea). <www.cruzroja.es> [consulta: 09 de octubre 2013]

¹⁸ CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Fines y ámbito de aplicación...* *Op. cit.*

participar en su elaboración y aprobación. En principio, únicamente obliga a los Estados Partes en los diversos instrumentos de DIH, pero si las normas han adquirido el carácter de consuetudinarias y, por lo tanto, forman parte de la costumbre internacional, obligan entonces a todos los Estados de la comunidad internacional por igual. A finales de 2004 eran Parte en los Convenios de Ginebra 192 Estados. Además, el hecho de que esos textos figuren entre los tratados aceptados por el mayor número de países refrenda el principio de su universalidad¹⁹.

Pero aun siendo los Estados los destinatarios, obliga asimismo a organizaciones internacionales, a los Movimientos de Liberación Nacional y a los llamados agentes no estatales. Las personas privadas también deben cumplir las normas de DIH en virtud del carácter auto-ejecutivo de sus disposiciones, incurriendo en responsabilidad penal individual en el supuesto de la comisión de infracciones graves o de crímenes de guerra²⁰.

En referencia a la aplicación del DIH en el tiempo, la sentencia del caso Tadic por el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia fue reveladora, dado que las normas no prevén nada específico al respecto. Así, expuso que “el alcance temporal y geográfico de un conflicto armado se extiende más allá del momento y lugar exacto de las hostilidades”. Teniendo en cuenta que el conflicto armado implica necesariamente violencia armada, la aplicación del DIH comienza con la apertura de hostilidades y termina después del cese de las hostilidades cuando concluyan las operaciones militares²¹.

1.2.2. Conflictos armados internacionales

El DIH se concibió para ser aplicado en los conflictos armados internacionales. En este sentido, lo son los conflictos entre Estados reconocidos; los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante, aunque no se encuentre resistencia militar; la lucha de un pueblo contra la dominación colonial y la ocupación extranjera.

¹⁹ CICR: Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas (en línea). <www.cicr.org> [consulta: 07 de agosto 2013]

²⁰ CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Fines y ámbito de aplicación...* Op. cit.

²¹ SALOMON, ELIZABETH: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (en línea), 2004, p.85. <www.corteidh.or.cr> [consulta: 09 de octubre 2013]

Al respecto, el derecho de Ginebra expone que en todo conflicto armado el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer guerra no es ilimitado²². El CICR, en sus comentarios al Protocolo I, reafirma el alcance universal y permanente de este principio, dado que su renuncia supondría moverse en el terreno de lo arbitrario, del no derecho. Aunque ello no impide que su concreción y aplicación dependa en cada momento histórico del Estado de la costumbre y de los tratados en vigor para las partes contendientes²³.

En este sentido existe un mecanismo de carácter internacional para el cumplimiento del DIH: el sistema de las Potencias Protectoras. Se trata de Estados que no están implicados en el conflicto armado en cuestión y desempeñan tres tipos de funciones: constituyen un medio de comunicación entre las partes en conflicto en lo relativo a la aplicación de los Convenios; realizan actividades de auxilio y ayuda a las víctimas, y controlan el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Convenios. Ahora bien, no existe una obligación, por parte de los Estados beligerantes, a designar una Potencia Protectora con el propósito de hacer aplicar los Convenios de Ginebra y este mecanismo apenas se ha utilizado²⁴, entre otras razones porque la índole de los conflictos armados rara vez ha provocado que las relaciones diplomáticas se hayan visto interrumpidas, por la rapidez de algunas guerras o por la dificultad de hallar Estados neutrales aceptables para ambas partes, capaces y dispuestos a asumir la tarea. Un ejemplo de su uso se dio en 1982 durante el conflicto entre el Reino Unido y Argentina en el Atlántico Sur: Argentina nombró a Brasil para que representase sus intereses ante el Reino Unido y este último designó a Suiza como representante ante Argentina. De cualquier manera, este sistema se encuentra a disposición de los Estados ante la ocurrencia de una conflagración bélica internacional²⁵.

El cuerpo jurídico que regula los conflictos armados internacionales resulta de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, el artículo 3 común a los

²² Art. 35 párrafo 1º del *Protocolo I (1977)*.

²³ ESPALIÚ BERDUD, CARLOS: *Op. cit.*, p.429

²⁴ ABRISKETA, JOANA: *Derecho Internacional Humanitario* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco.
<<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 09 septiembre 2013]

²⁵ SALOMON, ELIZABETH: *Op. cit.*, p.83.

Convenios, los principios del DIH y las Reglas de La Haya sobre medios y métodos de combate. En todas ellas se define el régimen de las personas protegidas y también el de las normas aplicables a la conducción de hostilidades. Asimismo identifican la naturaleza protectora del DIH, pero también su comprensión por la lógica militar consustancial al conflicto armado.

Por su parte la protección de la población civil ha adquirido importancia en el Derecho Humanitario paralelamente a la tendencia creciente de involucrarla en los conflictos armados. En esta dirección, tras la Segunda Guerra Mundial se promulgó el IV Convenio de Ginebra para instaurar medidas como el establecimiento de zonas de seguridad en las que se pueden emplazar heridos, ancianos, niños, etc. o la determinación de los límites a los derechos del ocupante, entre otros. Pero ante el incremento de las víctimas civiles y sobre todo ante genocidios como el de Ruanda o Bosnia-Herzegovina, se intentó extender la protección mediante el Protocolo I, de 1977. Éste establece el principio de base que prohíbe atacar a la población civil²⁶.

1.2.3. Conflictos armados internos (no internacionales), internos internacionalizados e intervención humanitaria

El CICR diferencia los conflictos armados internacionales de los conflictos armados no internacionales, definiendo a éstos como

enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado (Parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima²⁷.

En estos casos, en la mayoría se aplicará el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y en los que exista un elemento de control territorial y nivel de enfrentamientos armados abiertos y continuados se aplicará, junto al mismo artículo 3, el Protocolo Adicional II²⁸. Estas dos normas guardan una relación que podría ser calificada como

²⁶ ESPALIÚ BERDUD, CARLOS: *Op. cit.*, p.432

²⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Cuál es la definición de "conflicto armado" según el Derecho Internacional Humanitario*, marzo 2008. <<http://www.icrc.org> > [consulta: 2 de junio 2013]

²⁸ *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*.

asimétrica. De un lado, el Protocolo Adicional II establece un conjunto de disposiciones que apuntan a una regulación más completa del conflicto (estableciendo protección especial para las víctimas o el compromiso de procurar la concesión de amnistía al final del conflicto) pero señala un umbral de aplicación muy alto y estricto, semejante al de una guerra civil, que muy pocos conflictos superan. Por su parte el artículo 3 común no establece condiciones precisas de aplicación sino que sus disposiciones apuntan solo a los excesos mayores de la violencia interna estableciendo normas mínimas de respeto²⁹.

Así, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 reza:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

²⁹ SALOMON, ELIZABETH: *Op. cit.*, p.116.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Como se deduce del artículo, en cuanto al aspecto territorial la única condición es que el conflicto armado se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra. La aplicación de esta norma no depende de ninguna declaración o de un cumplimiento correlativo, porque “se fundamenta en principios humanitarios y no en la existencia previa de otros requisitos ni en la capacidad de los contendientes para observarlos: su aplicación es incondicional, inmediata y no recíproca”³⁰.

En referencia a su contenido, plasma principios humanitarios que, según el Preámbulo del Protocolo Adicional II, “constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional” y reviste además un claro carácter consuetudinario por cuanto refleja las exigencias elementales de humanidad que deben ser respetadas en toda circunstancia y que han adquirido valor de reglas imperativas o de *ius cogens* en la comunidad internacional.

Por otro lado, el ya nombrado Protocolo II completa este precepto común de los convenios de 1949 y define en su art. 1 el campo de aplicación al respecto, esto es, cuando las partes en conflicto no sean Estados soberanos, sino que es el Gobierno de un solo Estado que lucha contra uno o varios grupos armados dentro de los límites de su territorio, siempre y cuando existan hostilidades abiertas dotadas de cierta organización. Concretamente, los requisitos para su aplicación radican en que el grupo que se enfrenta tiene que controlar, de manera efectiva y no esporádica o instantánea, una porción definible del territorio que le permita el despliegue de operaciones militares sostenidas y concertadas y pueda aplicar las normas humanitarias del mismo Protocolo II³¹. De este modo, los disturbios interiores y las tensiones internas, caracterizados por actos aislados o esporádicos de violencia, no quedarían cubiertos por la norma³².

En lo que se refiere a su contenido cabe destacar, de un lado, que desarrolla el artículo 3 común, lo que constataría su carácter indisociable y, de otro, que varias de sus disposiciones pueden considerarse como normas consuetudinarias o principios aplicables

³⁰ Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Informe 1996. Capítulo II, volumen II, párrafo 1693.

³¹ SALOMON, ELIZABETH: *Op. cit.*, p.123.

³² ESPALIÚ BERDUD, CARLOS: *Op. cit.*, p.434

para un mejor entendimiento de las disposiciones del artículo 3. En esta línea plasma también algunos principios humanitarios esenciales como la inmunidad de la población civil y la obligación de distinguir entre la población civil y los que participen directamente en las hostilidades, principio que se encuentra también implícitamente planteado en el marco del artículo 3. La adopción del Protocolo II ha significado una mejora en cuanto al establecimiento de una definición precisa de las garantías judiciales, la determinación de las condiciones de privación de libertad, la adopción de reglas diferenciadas sobre protección de los niños y el establecimiento de un marco diferenciado de protección de bienes civiles. No obstante, existen ciertas desventajas como son la sujeción de los médicos y personal sanitario a la legislación nacional, o el tratamiento de las personas civiles detenidas que resulta ser idéntico al del contendiente capturado. Pero el mayor problema radica en las condiciones de aplicación demasiado exigentes ya comentadas, que, según Salomon, “poco pueden aportar a una eficaz protección de las víctimas de un conflicto armado interno contemporáneo, toda vez que presentan un umbral alto y una protección todavía reducida”³³.

El balance en cuanto al respeto al DIH en los conflictos internos es desalentador. Algunos de los actos prohibidos expresamente forman parte de las estrategias habituales, como los ataques directos a la población civil, la utilización de prisioneros o civiles como escudos humanos, el genocidio o la limpieza étnica. Además, en muchos de los conflictos internos actuales resulta difícil diferenciar en la práctica entre combatientes y civiles, en contraste con la diferenciación establecida por el DIH³⁴.

Por otro lado, como bien explica Salomon, un conflicto armado no internacional no es ajeno a las influencias de actores extranjeros y a las políticas de terceros estados o incluso entidades distintas de las estatales. En este sentido el grado de participación de estas entidades foráneas podrá tener consecuencias jurídicas en la calificación del conflicto armado llegando a configurar lo que se denomina *conflicto armado interno internacionalizado*, que se define como aquel en que “uno o más estados extranjeros intervienen con sus propias fuerzas armadas a favor de una de las partes”. Sobre este punto es necesario plantearse en primer lugar el nivel de participación requerida para la internacionalización del conflicto y, en segundo, el régimen jurídico aplicable al mismo³⁵.

³³ SALOMON, ELIZABETH: *Op. cit.*, p.125.

³⁴ ABRISKETA, JOANA: *Derecho Internacional Humanitario... Op. cit.*

³⁵ SALOMON, ELIZABETH: *Op. cit.*, p.148-152.

Así, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha señalado que cuando el conflicto tiene lugar en el territorio de un solo Estado puede considerarse como internacional si otro Estado interviene por medio de sus tropas o si alguno de los participantes en el conflicto interno actúa por cuenta de ese otro Estado. Es decir, de un lado, se verifica la participación directa de un Estado en el territorio de otro pero, de otro lado, el Tribunal admite la posibilidad de que la situación sea un conflicto armado internacional cuando hay personas que pueden ser consideradas agentes de otro Estado o actúan en nombre de aquél. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable a los conflictos que revisten internacionalización debe ser el mismo que a los conflictos armados internacionales. Los Estados, por lo tanto, deben prever que su participación en un conflicto interno que se desarrolla en otro Estado, bien apoyando al grupo de rebeldes o incluso al propio Estado al que aquellos se enfrentan, puede conllevar la internacionalización de éste y la consecuente aplicación de las normas humanitarias pertinentes.

Para estos tipos de conflictos en la Carta de Naciones Unidas se da un equilibrio problemático entre la acción internacional y los dos principios clásicos del derecho internacional: los de soberanía estatal y de no intervención en los asuntos internos de otro Estado. Sin embargo la propia Carta contrapesa esos principios con otras obligaciones de los Estados, y contempla la posibilidad de que el Consejo de Seguridad autorice acciones contra un Estado³⁶, dejando de lado su soberanía, si ha amenazado o violado la paz y seguridad internacionales. Esto se debe a que la proliferación de tratados internacionales sobre derechos humanos implica que tales derechos han alcanzado una aceptación universal, cuya violación ya no puede ser considerada como un asunto exclusivamente nacional y que compete sólo al Estado soberano, sino que su protección y garantía atañe al conjunto de la comunidad internacional.

En los contextos actuales de conflictos civiles, hundimiento de muchos Estados y emergencias complejas, las violaciones masivas y graves de derechos humanos dentro del Estado se han interpretado como una forma de amenaza a la paz y seguridad que cita la Carta. De esta forma, en los años 90 ya aumentaron los casos en que la Comunidad Internacional prestó asistencia humanitaria sin el consentimiento del Estado receptor y mediante el uso de fuerza autorizada por resoluciones del Consejo de Seguridad, como en

³⁶ *Capítulo VII (arts. 39 al 51) de la Carta de las Naciones Unidas*

el caso de Bosnia-Herzegovina. A esta actuación se la denomina *intervención humanitaria*³⁷.

Su carácter generalmente coercitivo y la inexistencia del consentimiento del Estado son elementos definitorios que distinguen el concepto de intervención humanitaria del de acción humanitaria. Su práctica es previa a la creación de la ONU en 1945. Así, por ejemplo, Francia intervino en Siria en 1860 para salvar a los maronitas masacrados por los drusos, y varios países occidentales y Japón lo hicieron en China para proteger su población cristiana en 1901. Después de 1945, algunas intervenciones invocando acciones humanitarias fueron la de Egipto y Jordania al crearse Israel en 1948, la de EEUU en Líbano en 1958, o la de Israel en Entebbe en 1976 para rescatar a sus nacionales en un avión secuestrado. En la post-Guerra Fría, desde principios de los 90, se registró un inusitado incremento de este tipo de intervenciones, entre las que destacaron las de Irak (1991), Somalia (1992), ex Yugoslavia y Ruanda (1994).

Estas intervenciones se han realizado habitualmente con el recelo de diversos países (como China, Rusia, Cuba, Turquía o Marruecos), que invocan la validez del principio de soberanía temerosos de que una consolidación de la práctica de la intervención para defender derechos humanos pudiera volverse en su contra.

Por otro lado, el auge de estas prácticas humanitarias guarda relación también con una creciente relativización del principio de soberanía, sobre todo en lo referente a la protección de derechos humanos fundamentales³⁸. En este sentido, Abrisketa explica que a finales de la década de los 80 se acuñó la expresión "*deber de injerencia*"³⁹ por Bettati y Kouchner, quienes defendían que el derecho internacional debía ser revisado a fin de no confiar solamente al Estado soberano territorial la competencia para el suministro de ayuda humanitaria y el acceso a los heridos.

³⁷ ABRISKETA, JOANA: *Acción humanitaria: fundamentos jurídicos* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco.
<<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 09 septiembre 2013]

³⁸ ABRISKETA, JOANA: *Intervención humanitaria* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco.
<<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 11 septiembre 2013]

³⁹ La expresión implicaba un comportamiento ético, deducido de cierta subjetividad moral o religiosa, pero no de una obligación jurídica.

En algunas ocasiones la intervención humanitaria se ha realizado de forma unilateral, esto es, la adopción de medidas coercitivas para la protección de los derechos no ha venido determinada por el Consejo de Seguridad sino por cuenta de los propios Estados u organizaciones. Es el caso de Israel en Entebbe (Uganda) en 1976, de Estados Unidos en Granada en 1983, o de la OTAN en Kosovo en 1999, por ejemplo, con el fin de frenar las graves violaciones de los derechos humanos contra los albanokosovares por el régimen de Milosevic⁴⁰.

Estas intervenciones han sido consideradas ilícitas por la mayoría de los especialistas en derecho internacional, aunque otros defienden su legitimidad como último recurso para salvaguardar los derechos humanos cuando el Consejo de Seguridad no lo hace, siempre que satisfagan las siguientes condiciones: existencia de una violación grave de los derechos humanos fundamentales, agotamiento de otros medios diplomáticos y de presión, proporcionalidad en el uso de la fuerza y los objetivos perseguidos, carácter limitado de la operación en el tiempo y en el espacio, e informe inmediato de la intervención al Consejo de Seguridad⁴¹.

1.3 Naciones Unidas y el Derecho Internacional Humanitario

No se puede negar que la actuación de las operaciones de paz llevadas a cabo por los cascos azules de la ONU se realizan con frecuencia dentro del ámbito material del Derecho Internacional Humanitario. No obstante, como exponen para el CICR los profesores Consigli y Valladares, a pesar de la personalidad jurídica internacional de la ONU, los instrumentos de DIH no le son directamente aplicables porque desde un punto de vista formal, la Organización no puede ser parte ni en los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos Adicionales, en cuyas cláusulas no se prevé que las organizaciones internacionales puedan llegar a ser partes. Y si aún así se produjese una enmienda de los Convenios y Protocolos y se admitiese, la ONU carece de los poderes judiciales y

⁴⁰ ABRISKETA, JOANA: *Derecho Internacional Humanitario... Op. cit.*

⁴¹ ABRISKETA, JOANA: *Intervención humanitaria... Op. cit.*

administrativos necesarios para cumplir muchas de las obligaciones impuestas en estos instrumentos⁴².

Sin embargo, un principio de razonabilidad lleva a interpretar que la ONU está vinculada a aquellas normas humanitarias de carácter consuetudinario que tenga la capacidad de observar, ya que obligan a cualquier sujeto de derecho internacional que se introduzca en su ámbito material de aplicación. Por parte de Naciones Unidas, en su Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 reconoció la necesidad de proteger los derechos humanos en todas las circunstancias, y marcó el inicio de un mayor uso del DIH por dicha organización. Desde entonces, las Naciones Unidas han ejercido la función de codificación y promoción del DIH con el impulso de los Protocolos de 1977 y la Convención de Ginebra de 1980 sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados⁴³. Esta interpretación se ve reforzada por la Cláusula de Martens, explicitada en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional I, que reza:

En los casos previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Aunque se trate de una cláusula que se refiere a las personas físicas, deben observarla tanto los individuos que participan en el conflicto como las personas públicas que tengan capacidad de mando sobre éstos.

Por su parte el DIH tiene dos referencias a la ONU, ambas en el Protocolo I. Por ejemplo, en su artículo 37, el protocolo define con claridad que la ONU nunca puede ser considerada "parte" en un conflicto, puesto que está equiparada a los Estados neutrales y a los Estados no partes y que goza de un estatuto de protección singular. En consecuencia, aleja la posibilidad de incorporación de la Organización al Protocolo I y II y

⁴² CONSIGLI, JOSÉ ALEJANDRO; VALLADARES, GABRIEL PABLO: Las operaciones de mantenimiento de la paz y el Derecho Internacional Humanitario, 1998. <www.icrc.org> [consulta: 15 octubre de 2013]

⁴³ CRUZ, YOEL; RODRÍGUEZ, MIRTA; GUAL, JORGE FÉLIX: *El Derecho Internacional Humanitario en el contexto mundial*, La Razón, Suplemento La Gaceta Jurídica, Bolivia, 2012. <http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/> [consulta: 19 de octubre 2013]

a los Convenios de Ginebra. Además, la reflexión interna de la Organización sobre su adhesión a los instrumentos de DIH también es negativa, ya que ciertas disposiciones de los Convenios no podrían aplicarse a la ONU ni ser aplicadas por ésta⁴⁴.

Acogiendo la postura que niega que la ONU pueda ser parte en el DIH convencional pero que admite su obligación de observar el DIH consuetudinario, cabe plantear la cuestión referente al ámbito de aplicación personal. Así, es necesario preguntarse si los cascos azules, que no se pueden calificar como combatientes, estarían protegidos por este Derecho, siendo que en las operaciones de paz es habitual que este cuerpo se vea envuelto en el conflicto. La respuesta es que en el momento que son personas involucradas en el conflicto quedan protegidos por el DIH convencional, como se expresa en muchas normas y, para no dejar huecos, se extiende al máximo amparo con la cláusula de Martens.

Respecto a la obligación de la ONU de cumplir el DIH, los juristas Consigli y Valladares explican en este sentido que

Si partimos del supuesto de que las operaciones de paz de la ONU se conforman con fuerzas armadas aportadas por los Estados Miembros de la Organización – mayoritariamente signatarios de los convenios relativos al DIH- se puede inferir que sus componentes recibieron instrucción para la observancia de las normas de DIH, como parte del compromiso que sus Estados contrajeron al ratificarlos⁴⁵.

Finalmente, otra muestra del acercamiento de la ONU al DIH es la habida entre el concepto de paz y seguridad internacionales y el de cumplimiento del derecho. En este sentido, numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en la última década del siglo XX exigen la observancia del DIH en aras a la consecución y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁴⁶.

1.3.1 Operaciones de paz y cuestiones concretas en torno al ius in bello

El antiguo Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Ghali, definió las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP) en su documento Programa de Paz (1992) como el

⁴⁴ CONSIGLI, JOSÉ ALEJANDRO; VALLADARES, GABRIEL PABLO: *Op. cit.*

⁴⁵ CONSIGLI, JOSÉ ALEJANDRO; VALLADARES, GABRIEL PABLO: *Op. cit.*

⁴⁶ CRUZ, YOEL; RODRÍGUEZ, MIRTA; GUAL, JORGE FÉLIX: *Op. cit.*

“despliegue de una presencia de Naciones Unidas en el terreno, hasta ahora con el consentimiento de todas las partes implicadas, lo que normalmente se hace recurriendo a personal militar y/o de policía, e incluso a personal civil”⁴⁷.

En esta línea Perea Unceta explica que pueden establecerse tres categorías generales de operaciones de paz, atendiendo a las situaciones, los procedimientos, los objetivos y los medios establecidos en los Capítulos VI y VII de la Carta⁴⁸:

Las OMP se orientan a preservar la paz en contextos de tensión, por ejemplo en países en los que ya ha acabado la guerra mediante la firma de un acuerdo de paz y es necesario vigilar el cumplimiento de las condiciones establecidas, según expone el art. 33.1 de la Carta. Ubicadas en el Capítulo VI, consisten en la aplicación de las medidas de solución pacífica de las controversias, especialmente la investigación de situaciones susceptibles de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, los buenos oficios, mediación y demás expuestos en el precepto. Estas medidas se aprueban mediante recomendación del Consejo de Seguridad y es necesario el consentimiento de las partes implicadas en la controversia.

En segundo lugar las Operaciones de Establecimiento de la Paz se desarrollan en las situaciones que constituyan una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Su objetivo es pacificar una situación inestable y conseguir que las partes lleguen a un acuerdo global por medios pacíficos. De este modo, aunque se encuadran en el Capítulo VII de la Carta y se aprueban mediante decisiones del Consejo de Seguridad, solo pueden aplicarse las medidas previstas en los artículos 40⁴⁹ y 41⁵⁰, ambas coercitivas pero pacíficas.

⁴⁷ ABRISKETA, JOANA: *Operaciones de Paz*, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 07 de octubre 2013].

⁴⁸ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO: *El fundamento y la naturaleza jurídica de las operaciones de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas*, Armario Jurídico y Económico Escorialense, vol. XXX, 1997, pp. 345 y ss.

⁴⁹ Art. 40 de la Carta: *A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.*

En tercer lugar, las Operaciones de Imposición de la Paz se plantean en los supuestos de amenaza de la paz, quebrantamiento de ésta o actos de agresión a terceros. En el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad autoriza, para restablecer la paz, al uso de la fuerza por parte de Estados y organizaciones regionales. Se adoptarán los artículos 40 o 41 citados anteriormente, o las medidas del art. 42⁵¹ que permiten el uso de la fuerza.

El incremento en la década de 1990 de las Operaciones de Imposición de Paz se produjo ante la constatación de las limitaciones de los mandatos de las OMP en contextos de fuerte violencia. Abrisqueta explica al respecto que Boutros Ghali, en su Programa de Paz (1992), recomendó el establecimiento dentro de las fuerzas armadas de los Estados “unidades de imposición de la paz”. El concepto se reforzó posteriormente con el Informe del Secretario General titulado *Aumento de la capacidad de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*, aprobado el 14 de marzo de 1994. En él se establecía que cuando fracasan los medios pacíficos, puede ser necesaria la imposición de la paz a través de medidas basadas en el capítulo VII de la Carta, incluido el uso de la fuerza armada⁵². Tales Operaciones de Imposición de la Paz se ejecutaron durante los 90 en varios contextos de conflicto, como en Irak, la antigua Yugoslavia, Somalia, Haití, Ruanda, Zaire o Albania.

Otra cuestión relacionada es la relativa a la competencia de aprobación de estas operaciones. Hasta ahora las Naciones Unidas se refieren al Consejo de Seguridad como órgano competente, si bien en la práctica fue la Asamblea General quien aprobó las primeras operaciones de paz. A modo esclarecedor, la Carta expone que el que ostenta la

⁵⁰ Art. 41 de la Carta: *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 podrán 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.*

⁵¹ Art. 42 de la Carta: *Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.*

⁵² ABRISKETA, JOANA: *Operaciones de Paz... Op. cit.*

competencia es el Consejo, si bien la Asamblea puede actuar en este ámbito con dos condiciones: que no esté conociendo el asunto el Consejo y que actúe mediante recomendaciones⁵³.

Por otra parte, en referencia al respeto del DIH en las Operaciones de Paz, las acciones que quedan prohibidas por el DIH por no tener valor militar, como sucede con actos de crueldad o los saqueos, por ejemplo, también quedan vedadas a los integrantes de cualquier operación de paz en el marco del capítulo VII. Además, hay algunas disposiciones de DIH especialmente delicadas dada la consideración que deben tener los ejércitos regulares tanto por necesidades militares como por las humanitarias –la proporcionalidad en los ataques, por ejemplo-. En las operaciones de paz es muy poco probable la necesidad de aplicación de estas normas puesto que el armamento liviano que equipa a estos cuerpos dificulta tales supuestos. En cualquier caso, dado el carácter de la misión, siempre prevalecen las consideraciones humanitarias.

Al respecto, parece claro que la razón de la aplicabilidad de las normas del DIH a las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU no pueden encontrarse fundadas en la necesidad militar versus el respeto de los principios humanitarios, por cuanto si bien se trata de fuerzas militares, debe recordarse que, por regla general, no son fuerzas para hacer la guerra, sino justamente lo contrario, mantener la paz⁵⁴.

⁵³ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Op. cit.*, p.206-208.

⁵⁴ CONSIGLI, JOSÉ ALEJANDRO; VALLADARES, GABRIEL PABLO: *Op. cit.*

II. REPASO HISTÓRICO. ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONFLICTO EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

“Los acontecimientos del presente han de verse como consecuencia de un proceso irreversible del pasado” señala Perovic sobre Yugoslavia⁵⁵. En este sentido se trata esencialmente de una guerra étnica entre pueblos de distintas identidades históricas, económicas, culturales y religiosas que se enfrentan por motivos nacionalistas étnicos, además de otras causas, como la posesión de recursos económicos, la explotación económica por parte del pueblo dominante, la recuperación de territorios históricos o la conquista de espacios estratégicos. Algunas de estas causas fueron agravadas en la raíz del conflicto por otras de menos tradicionales, como la falta de democracia, la crisis económica, el militarismo, la coyuntura política internacional o la sublimación de la violencia.

El conflicto estalló en 1991 principalmente por la estrategia nacionalista serbia diseñada y protagonizada por Slobodan Milosevic: su ofensiva cultural, étnica, ideológica y constitucional se completó con una ofensiva militar contra sus adversarios (reformadores eslovenos y macedonios, nacionalistas croatas, albaneses y bosnios musulmanes). Todos ellos se opusieron al Gobierno federal controlado por comunistas serbios si bien sus objetivos eran distintos: mientras que los albaneses luchaban contra la erradicación de la autonomía y la represión de las fuerzas federales en Kosovo y los eslovenos combatían el mantenimiento del modelo económico de Belgrado, los croatas intentaban imponer un modelo ultranacionalista, siendo los demás arrastrados o bien por las pretensiones de adquisición territorial en Bosnia por serbios y croatas, o bien por temor a una ofensiva serbia en Macedonia.

No obstante, no debe entenderse como una guerra de serbios contra eslovenos, croatas, bosnios o albaneses, puesto que también fue una guerra de defensa de las minorías nacionales, especialmente de los serbios de Croacia, Bosnia y Kosovo, y de los croatas de Bosnia⁵⁶.

⁵⁵ PEROVIC, L: *Yugoslavia fue derrotada desde dentro*, en Debats, núm.48, 1994, p.113

⁵⁶ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 24-27

2.1. Causas del conflicto

El fallecimiento del fundador de la República Federal Socialista de Yugoslavia, Josip Broz Tito, en 1980 abrió un período de incertidumbre sobre el futuro de las seis repúblicas federadas y las dos provincias autónomas serbias. El sistema empezó a debilitarse de inmediato: el primer ejemplo fue la manifestación de estudiantes universitarios albaneses en la provincia de Kosovo, contra el dominio serbio en 1981. La revuelta fue reprimida duramente por el Ejército Federal, una conducta que movilizó a croatas y eslovenos en defensa de las reivindicaciones de Kosovo, amenazando la unidad de los comunistas y el liderazgo de los serbios hasta llegar progresivamente a la radicalización de sus dirigentes.

Como explica el profesor Perea Unceta, en estos años las repúblicas yugoslavas fueron proclamando su derecho a la autodeterminación y celebrando sus propias elecciones con partidos alternativos al comunismo. La ideología se debilitó hasta el punto que solo en Serbia y Montenegro se impusieron los comunistas. Entretanto, los pasos nacionalistas de las distintas repúblicas hacia su independencia o mayor autodeterminación (proclamación de independencia de Kosovo en 1990 o de Eslovenia y Croacia en junio de 1991, por ejemplo) provocaron fuertes tensiones con numerosas intervenciones y represiones por parte del Ejército Federal.

La escala del conflicto tuvo dos fases: una política y otra militar. De la primera fase, la política, se pueden dilucidar tres enfrentamientos: el constitucional (federalistas contra confederalistas), el económico (defensores de la economía de mercado contra partidarios del sistema socialista) y el ideológico (multipartidistas contra los defensores de un partido único comunista). El primer enfrentamiento mostraba la diferente concepción de los líderes comunistas sobre el futuro del modelo de Estado, primando unos (Serbia y Montenegro) el poder del Gobierno federal y otros (Croacia y Eslovenia) el de las Repúblicas. En el fondo de la cuestión subyace en realidad la pretensión de hegemonía serbia en el Estado yugoslavo frente a la igualdad de poderes entre las nacionalidades defendida por los demás, especialmente eslovenos, croatas y bosnios musulmanes.

El segundo tenía su base en la caída de los sistemas socialistas y la reimplantación de las economías capitalistas. Croatas y eslovenos serían los adalides de la reforma, motivados fundamentalmente por su carácter de contribuyentes al sistema de compensación territorial y también los eslovenos, por su convicción de reconvertir la economía socialista e integrarse en el mercado europeo. El tercer enfrentamiento a tratar nuevamente tenía más que ver con el enfrentamiento entre el nacionalismo serbio y los demás nacionalismos que con otras convicciones ideológicas. El dominio de la Liga de los Comunistas de Yugoslavia servía a los intereses de la hegemonía serbio de Milosevic, provocando el rechazo de los

eslovenos, croatas, bosnios musulmanes, kosovares de origen albanés y macedonios. De la Liga salieron primero los albaneses de Kosovo, expulsados por Milosevic, y posteriormente los demás grupos nacionales, bien por verdadera convicción reformadora y multipartidista, bien por antagonismo al dominio serbio⁵⁷.

A su vez, hubo tres fases en la etapa inicial de la guerra de Yugoslavia: la primera entre junio y julio de 1991, entre el Ejército Federal y los eslovenos; la segunda entre julio de 1991 y enero de 1992, enfrentándose los serbios de Croacia y el Ejército Federal contra los croatas; y la tercera, entre marzo y mayo de 1992, con el enfrentamiento de los serbobosnios y el Ejército Federal contra los croatas y musulmanes de Bosnia. En julio de 1992 el número de refugiados alcanzaba la cifra de 2 millones (10% de la población yugoslava), de los cuales 500.000 habían salido de las fronteras de la antigua Yugoslavia, con unos 40.000 muertos⁵⁸.

La historia de Yugoslavia permite entrever cómo se habían unido países de trayectorias no solo diferentes sino también contradictorias. A modo de resumen, Perea Unceta explica las particularidades que causaron, en su vertiente más histórica, el conflicto:

La historia de Yugoslavia es la de unos pueblos en lucha permanente por afirmar su identidad nacional y su independencia frente a las potencias vecinas (Italia, Austria, Hungría, Bulgaria y Turquía) y por convertirse en potencias regionales con grandes dominios territoriales (Croacia y Serbia). Su tradición es diferente aunque mantengan elementos comunes. Eslovenia nunca fue independiente y estuvo integrada en Austria o Italia hasta 1918; Croacia estuvo dominada por Austria o Hungría desde el siglo X excepto por el período de ocupación parcial de los turcos en los siglos XVI a XVIII, gozando siempre de algún tipo de autonomía; Bosnia fue sucesivamente dominada por bizantinos, búlgaros, croatas, serbios, húngaros, turcos y austríacos, con distintos grados de autonomía y con la Herzegovina generalmente vinculada a Croacia o a los gobernantes de ésta; Serbia fue un Estado independiente salvo en el período de ocupación turca, entre los siglos XV y XIX, en los que incluso tuvo cierta autonomía; Montenegro recuperó su independencia a finales del siglo XIX tras tres siglos de ocupación turca en la que tuvo bastante autonomía; y Macedonia estuvo siempre dominada por bizantinos, búlgaros, serbios o turcos. Serbia y Montenegro son, por tanto, las naciones que han mantenido durante más tiempo su independencia, cosa que no consiguieron en ningún momento las demás, pese a sus constantes intentos, especialmente por parte de Croacia. De lo que tampoco hay duda es de que Macedonia, Bosnia, Kosovo y Voivodina han sido siempre objeto de las pretensiones territoriales de las naciones vecinas.

⁵⁷PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO: *La actuación de las Naciones Unidas...* Op. cit., p. 28-33

⁵⁸ Médicos sin fronteras, *Poblaciones en peligro*, Madrid, 1993, p.7

Otra causa que contribuyó a desatar la guerra fue de carácter étnico, dado el amplio mosaico de nacionalidades que convivían en la Yugoslavia de 1991. Había una mayoría relativa de serbios (36,2%) y croatas (19,7%), teniendo menor presencia los bosnios musulmanes (9,8%), albaneses (9,2%), eslovenos (7,5%), macedonios (5,8%), montenegrinos (2,3%) y húngaros (1,6%). El restante 7,9% correspondía al resto de población, esto es, a gitanos, búlgaros, rumanos, turcos, italianos, eslovacos y rutenos, principalmente. La diferencia étnica era mínima en su origen entre los pueblos eslavos establecidos en los Balcanes pero se multiplicó en el transcurso de la historia, alimentada por el factor religioso y por las diferencias sociales, económicas y culturales. En este sentido, para Stark dos de los factores que explican la especial intransigencia de los nacionalismos yugoslavos son la discriminación respecto de los musulmanes y el antagonismo entre las iglesias católica y ortodoxa⁵⁹.

La última gran causa del conflicto, combinada con los factores históricos y étnicos ya comentados, es la referida al territorio. Las creaciones y expansiones de imperios y la fragmentación de Estados han hecho de esta región un convulso polvorín, escenario de constantes guerras y conquistas, hasta el extremo de que puede considerarse como una característica de los Estados balcánicos el sentirse amenazados en su integridad territorial o en su independencia nacional.

2.2. Desarrollo de la guerra balcánica y respuesta de Europa

Los problemas entre las diferentes repúblicas en la década de los ochenta prepararon los enfrentamientos a partir de 1991, que derivaron hacia la desintegración del Estado comunista, y su sustitución por la Federación Yugoslava, cuya presidencia era ejercida por turnos por parte de las distintas repúblicas federadas. El conflicto abierto inició cuando Serbia se negó a que el representante croata asumiese la presidencia federal, y fue éste el comienzo de los nuevos movimientos secesionistas.

Eslovenia y Croacia manifestaron su deseo de independencia el 25 de junio de 1991, pero el Ejército Federal, dirigido mayoritariamente por soldados serbios, se posicionó en contra de las manifestaciones separatistas. Cuando comenzó el conflicto la mayoría de las potencias europeas reaccionaron con frialdad, posiblemente porque los acontecimientos a

⁵⁹ STARK, H., *Les Balkans, le retour de la guerre en Europe*, IFRI, Paris, 1993.

principios de la década de 1990 relegaron a un segundo plano lo que sucedía en Yugoslavia (la reunificación de las dos Alemanias, la Guerra del Golfo donde la Comunidad Internacional liderada por EEUU iniciaba un conflicto armado contra Irak, y por último la preocupación por los riesgos que podía acarrear la disgregación de la Unión Soviética). Aparte de las circunstancias internacionales, la consideración de que las distintas repúblicas yugoslavas mantendrían su unión debido a sus vínculos económicos y la subestimación del poder de un nacionalismo de corte separatista explican el inicial desinterés de la Comunidad Internacional a la hora de abordar la situación⁶⁰.

Dentro de la Comunidad Europea (CE) la mayoría de las naciones estaban más a favor de la continuidad yugoslava que de una ruptura. Sin embargo, tras la presión y persuasión de Alemania a sus socios comunitarios, la CE reconoció las repúblicas secesionistas de Eslovenia y Croacia en enero de 1992. El conflicto de Eslovenia, sin fronteras directas con Serbia, finalizó con la proclamación de la República eslovena el 7 de julio, después de la firma de los Acuerdos de Brioni por los cuales la fugaz Guerra de los Diez Días llegaba a su fin. Los acuerdos, que reconocían la independencia soberana de Eslovenia, se interpretaron como un éxito diplomático de la CE, aunque realmente dejaron bastante tocada su credibilidad tras haber apostado inicialmente por la unidad yugoslava.

El caso de Croacia, sin embargo, provocó una guerra civil, la primera desde 1945. Al contrario de lo que habían considerado las autoridades de la CE, el conflicto en Croacia no se debilitaba sino que asistía a un fortalecimiento de los combates entre los serbios de Croacia (apoyados por un ejército yugoslavo cada vez más serbio) y las autoridades del nuevo Estado soberano croata. Había sido la nueva constitución croata, de diciembre de 1990 la que había encendido todas las alarmas entre la población serbo-croata, ya bastante caldeada. El texto declaraba Croacia como "*Estado nacional de los croatas*" y ya no como "*Estado nacional del pueblo croata, Estado del pueblo serbio en Croacia y Estado de las nacionalidades que en él viven*".

El aumento de hostilidades entre ambos bandos comenzó a mostrar la incapacidad de la Comunidad Europea. La "hora de Europa"⁶¹ se convertía en la "pesadilla de Europa".

⁶⁰ FERREIRA NAVARRO, MARCOS: *La intervención de Europa en los conflictos de la Antigua Yugoslavia*. Revista de Classeshistoria. Artículo número 331 de 15 de noviembre de 2012, p.12.

⁶¹ La "hora de Europa" se refiere a la frase de Jacques Poos (presidente del Consejo de la UE) que hacía referencia a que la CE sería capaz de resolver de una forma satisfactoria por sí misma la crisis de Yugoslavia.

Viendo que el conflicto iba a más, la Comisión Europea decidió convocar la Conferencia de la Haya, bajo la dirección de Peter Carrington, que suponía la última oportunidad de la CE de solucionar la crisis yugoslava sin tener que reconocer directamente Eslovenia y Croacia como Estados soberanos e independientes.

El Plan Carrington proponía que Yugoslavia no fuera más una unión federal, sino una unión de Estados de corte funcionalista donde por medio de una serie de acuerdos y tratados mantendrían relaciones, políticas e instituciones comunes. Era una solución diplomática perfecta para solucionar de forma pacífica la situación yugoslava. Sin embargo, nunca pudo ser puesto en marcha porque llegó tarde y porque las repúblicas más importantes no estaban interesadas en ponerlo en marcha. Eslovenia había conseguido “escapar” de los Balcanes y no tenía ningún interés en volver a ellos. El objetivo era ingresar en la Comunidad Europea y no en una especie de “Comunidad Yugoslava”⁶². Por su parte, los ejecutivos de Croacia y Serbia tampoco estaban interesados en aceptar el plan. La delegación serbia lo rechazó alegando que no era justo que se trabajara bajo la suposición de que Yugoslavia debía ser borrada del mapa para solucionar un conflicto que solo englobaba a Serbia y Croacia.

El plan Carrington no tenía más recorrido, al tiempo que el conflicto armado era cada vez más cruel y despiadado. El 15 de diciembre, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la resolución 724 a través de la cual se desplegaban cascos azules en la zona, aunque los combates seguían produciéndose. Ya a partir de febrero la situación se estabilizó. La ONU envió un contingente con 12.000 cascos azules a Croacia y también a Macedonia (para controlar la situación con Serbia).

Cuando se constató el fracaso de la Conferencia de Paz para la antigua Yugoslavia y la ONU se vio obligada a enviar cascos azules a Croacia, Macedonia y posteriormente a Bosnia y Herzegovina, se abrió la cuestión sobre el reconocimiento a Croacia y Eslovenia, muy complicada desde el punto de vista político.

En la Conferencia se había establecido una Comisión de arbitraje (la Comisión Badinter), encargada de analizar la situación de Yugoslavia, que calificó de “proceso en disolución”. La Comisión también recomendaba a las diferentes unidades republicanas a realizar una consulta sobre su reconocimiento internacional siguiendo las líneas generales marcadas

⁶² FERREIRA NAVARRO, MARCOS: *Op. cit.*, p.21.

desde la CE que eran, a grandes rasgos: respeto a los derechos humanos, respeto a las minorías, respeto a la democracia parlamentaria y respeto al Estado de Derecho.

Tras analizar diferentes solicitudes (de Eslovenia, Croacia, Bosnia y Macedonia), en enero de 1992 la Comisión hizo públicas sus recomendaciones. Solo Eslovenia y Macedonia contaron con el visto bueno para el posterior reconocimiento internacional, aunque los estados miembros de la CE decidieron dar el reconocimiento a Eslovenia y Croacia. Esta decisión estuvo marcada sin duda por motivos políticos dejando de lado las consideraciones de la comisión. Estos dos países no cumplían el requisito de respeto a las minorías y, por ende, no cumplían el respeto a los derechos humanos, aunque es cierto que Eslovenia incumplió el requisito una vez que su independencia había sido confirmada. El caso croata de persecución, marginación, expulsión y ejecución contra los serbios de Krajina y Eslavonia oriental es bastante conocido. Tras finalizar la guerra en 1995 unos 300.000 serbios habían sido expulsados de Croacia, lo que sumando a los fallecidos en combate, dejaba a Croacia como un Estado prácticamente puro desde el punto de vista étnico. El caso de Eslovenia es más sutil pero no por ello menos grave⁶³

Paralelamente, Bosnia se declaró independiente, mientras que Serbia y Montenegro proclamaban la República de Yugoslavia, con la inclusión de los territorios de Kosovo, en que predominaba la población albanesa, y de Voivodina, con una importante minoría húngara. También Macedonia declaró la independencia, aunque no fue reconocida por la comunidad internacional con el fin de evitar un conflicto con Grecia a causa del nombre de la nueva república, ya que coincidía con una región de población macedonia dentro de las fronteras griegas.

La independencia de la República de Bosnia, reconocida en abril de 1992 por la Comunidad Europea a pesar que aproximadamente un tercio de su población era contraria a la independencia, fue el inicio de un nuevo enfrentamiento, aún más complejo y cruel. La existencia de grandes contingentes de población croata y serbia y el hecho de que una parte importante de la población bosnia fuera de religión musulmana provocó una guerra con graves pugnas por motivos étnicos y religiosos. Con el apoyo del ejército desplegado por el presidente yugoslavo Slobodan Milosevic, los serbios de Bosnia iniciaron una lucha encaminada a destruir el estado bosnio y a aniquilar la población musulmana. Con este objetivo se procedió al bombardeo sistemático de poblaciones desarmadas y a una política

⁶³ FERREIRA NAVARRO, MARCOS: *Op. cit.*, p.23-25.

de 'limpieza étnica', que supuso masacres de población y la aparición de campos de concentración y exterminio⁶⁴.

La diplomacia europea, que contempló estas masacres, promovió el Plan Cutileiro, que reorganizaba territorialmente Bosnia con la idea de consolidar el poder en tres unidades étnicas que administraran su zona, existiendo un gobierno central con funciones reducidas. Fracasado el plan, la última iniciativa diplomática que partió de la Comunidad Europea fue la Conferencia de Londres, celebrada a mediados del año 1992 y patrocinada por la CE, ONU, por la CSCE y la Organización Islámica⁶⁵. Pero el Plan para detener la lucha armada en la zona también fracasó por ser rechazado por la mayoría de los actores implicados.

Finalmente, en 1995 la intervención de tropas controladas por Naciones Unidas consiguieron el cese del fuego y el inicio de las conversaciones de paz de Dayton (EEUU). Como resultado, Bosnia quedó dividida en dos entidades políticas autónomas: la federación croato-musulmana (51% del territorio) y una república serbia de Bosnia.

A mitad de la década de los noventa parecía que el conflicto yugoslavo se apaciguaba, pero en 1998 resurgió el conflicto nuevamente, esta vez en Kosovo. La creciente actividad de la guerrilla UÇK fue seguida por una fuerte represión de la policía serbia, y Milosevic llevó a este territorio su política de homogeneización y limpieza étnica. La OTAN intervino para frenar al dictador serbio, aunque sin contar con el apoyo de la ONU y asimismo la UE impuso un embargo y una serie de restricciones económicas⁶⁶. Finalmente, la derrota de Milosevic en las elecciones del año 2000 comportaron su detención y la posterior entrega al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya para ser juzgado por los delitos internacionales de genocidio y crímenes contra la humanidad⁶⁷.

⁶⁴ ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J; GARCÍA SEBASTIÁN, M; GATELL ARIMONT, C; PALAFOX GAMIR, J; RISQUES CORBELL, M: *Perspectiva. Historia del mundo contemporáneo*, 1ª ed., Barcelona: editorial Vicenç Vives, 2006, p. 292.

⁶⁵ FERREIRA NAVARRO, MARCOS: *Op. cit.*, p.30-31.

⁶⁶ CHECA HIDALGO, DIEGO: *La acción exterior de la Unión Europea hacia los países de la antigua Yugoslavia*, Universidad Complutense de Madrid. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1129416.pdf> [consulta 09 septiembre 2013]

⁶⁷ ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J; GARCÍA SEBASTIÁN, M; GATELL ARIMONT, C; PALAFOX GAMIR, J; RISQUES CORBELL, M: *Op. cit.*, p. 292.

III. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA GUERRA DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

3.1. Las operaciones ejecutadas por Naciones Unidas

Tras los requerimientos de varias naciones, entre las que pueden citarse Austria, Canadá o Hungría, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide actuar en el marco de su competencia en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Esta actuación se traduce en una larga serie de resoluciones, que se inicia el 25 de septiembre de 1991 con la Resolución 713 hasta completar un total de 34 con la Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, que abre la puerta a la creación de un Tribunal Penal Internacional⁶⁸.

3.1.1 Las operaciones destinadas a la instauración de la paz

Como ya introduje en el primer capítulo, los efectivos de la ONU conocidos como *cascos azules* han visto incrementadas sus funciones a lo largo de su historia. Han pasado de la mera observación de hechos a la desmovilización de fuerzas irregulares, a la asistencia electoral, al suministro de ayuda humanitaria y a la reconstrucción política y económica de los Estados. Concretamente, en el conflicto yugoslavo se han desarrollado una serie de operaciones de mantenimiento de paz en las que se muestran, en toda su extensión, las transformaciones sufridas por estas medidas propias de la Organización.

El Gobierno de Yugoslavia solicitó el establecimiento de una operación de mantenimiento de la paz mediante carta de 26 de noviembre de 1991, estando conformes las demás partes implicadas según se desprende del acuerdo alcanzado en Ginebra el 23 de noviembre en el marco de la Conferencia de Paz sobre Yugoslavia. El Consejo de Seguridad en su Resolución 721, de 27 de noviembre de 1991, tuvo en cuenta esta petición, pero consideró que era necesario para su aprobación el cumplimiento de los acuerdos de alto al fuego.

La primera cuestión suscitada fue relativa al consentimiento de los Estados. Las misiones de observación aprobadas desde los primeros años de vida de la Organización se han fundamentado expresa o implícitamente en el Capítulo VI de la Carta, como un medio de

⁶⁸ LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia*, 2009. <<http://eprints.ucm.es/6995/>> [consulta: 15 de octubre 2013]

solución pacífica de controversias y, por lo tanto, operando el principio de libre elección de medios por los Estados y actuando el Consejo mediante recomendaciones, es lógico y obligado que requiera consentimiento de los Estados implicados. No obstante, hay que precisar que si es imprescindible cuando la misión consiste en realizar una labor de mediación, no es así cuando se trata de realizar una investigación de hechos, puesto que según se desprende del artículo 34 el Consejo puede adoptar decisiones, obligatorias, al efecto⁶⁹. Pero en este caso el Consejo no solo solicitó el consentimiento del Gobierno sino además el de las demás partes implicadas, sin dar ninguna pista sobre la naturaleza jurídica de la medida, puesto que evitó invocar siquiera el capítulo de la Carta en que se fundamentó, salvo la función genérica que señaló de *propiciar que todas las partes resuelvan sus diferencias de manera pacífica*. Esta función parece desprenderse del Capítulo VI, en cuyo caso sería pertinente recabar el consentimiento de las partes.

Posteriormente, por la Resolución 727, de 8 de enero de 1992, se decidió enviar cincuenta oficiales de enlace militar *para promover el mantenimiento de la cesación al fuego*. Constatado el cumplimiento por lo general del acuerdo de alto al fuego y el consentimiento del Gobierno de Croacia, mediante la Resolución 749 de 7 de febrero de 1992 se inician los preparativos para el establecimiento de una operación de mantenimiento de la paz y aumentar hasta setenta y cinco los oficiales de enlace. Hay que señalar que se advierte en ésta que todavía no ha sido aceptado total e incondicionalmente por todas las partes yugoslavas y de cuya cooperación depende su éxito, lo que indica que se separa la legalidad de la eficacia, de tal forma que se requiere la cooperación para garantizar la eficacia pero que no es obligatorio legalmente que presenten consentimiento. De ser así, nos estaríamos alejando del Capítulo VI y entrando en el Capítulo VII⁷⁰.

La Resolución 743 de 21 de febrero de 1992 aprobó el establecimiento de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas, la UNPROFOR (*United Nations Protection Force*), por un período de doce meses. Inicialmente, se estableció en Croacia como un arreglo provisional para crear las condiciones de paz y seguridad necesarias para negociar un arreglo general de la crisis yugoslava. El mandato de la UNPROFOR consistía en garantizar que las "zonas protegidas por las Naciones Unidas" (ZPNU) en Croacia se desmilitarizaran y que todas las personas que residían en ellas estuvieran protegidas por

⁶⁹ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas...* Op. cit., p.185-187.

⁷⁰ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas...* Op. Cit., p.189.

miedo a un ataque armado⁷¹. Ésta ha sido considerada una medida provisional e imparcial del Capítulo VII. En las resoluciones posteriores sobre la UNPROFOR ya se citará expresamente que las medidas de mantenimiento de la paz son del Capítulo VII, adoptadas mediante decisiones obligatorias para las partes y siendo jurídicamente irrelevante el consentimiento de las partes.

Posteriormente UNPROFOR, desde octubre de 1993, fue dividida en tres comandos: Croacia, Bosnia y Macedonia⁷² y más adelante es sustituida en Macedonia en marzo de 1995 por la UNPREDEP (*United Nations Preventive Deployment Force*), en Croacia en junio del mismo año por la UNCRO (*United Nations Confidence Restoration Organization*) y en Bosnia-Herzegovina en diciembre por la UNMIBH (*United Nations Mission in Bosnia and Herzegovina*) y la IPTF (*Internacional Police Task Force*), coincidiendo con la transferencia de la UNPROFOR a la IFOR (*Implementation Force*), la fuerza multinacional prevista en los acuerdos de Dayton y París, que sería a su vez sustituida en diciembre de 1996 por la SFOR (*Stabilization Force*). Más adelante, la UNCRO será sustituida en marzo de 1996 por la UNTAES (*United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium*), que finalizará su mandato en enero de 1998, siendo sustituida a su vez por un grupo de 180 monitores civiles para asistencia a la policía croata en el Danubio, y por la UNMOP (*United Nations Mission Observer in Prevlaka*). El contingente de UNPROFOR y de las demás operaciones de Naciones Unidas se amplió sucesivamente hasta alcanzar en 1994 un contingente de 10.050 soldados, 150 observadores militares y 275 supervisores de policía civil y sumar posteriormente, a mediados de 1995, 22.500 efectivos, descendiendo en 1996 a 8.084. El mandato temporal de las distintas misiones se fue prorrogando en varias ocasiones⁷³.

El profesor Perea Unceta apunta que la mayor parte de las funciones realizadas por los cuerpos de la ONU en la antigua Yugoslavia fueron tradicionales en las operaciones de mantenimiento de la paz, y otras en cambio fueron más novedosas. Entre las funciones propias de las operaciones denominadas de primera generación destacan la interposición entre los beligerantes, la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos de alto al fuego, la verificación de la retirada de fuerzas regulares, el control de la desmovilización de fuerzas

⁷¹ DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA, NACIONES UNIDAS: *Ex Yugoslavia-UNPROFOR, Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, 1996 (en línea). <www.un.org> [consulta: 2 de octubre 2013]

⁷² Resolución 871, de 4 de octubre de 1993.

⁷³ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p.190-192.

irregulares, el control y custodia del desarme de las partes, la vigilancia de las zonas desmilitarizadas, la vigilancia preventiva de fronteras y el fomento de medidas de confianza entre las partes mediante una labor de buenos oficios. Sin embargo, entre las más novedosas, de segunda generación, destacan la protección del suministro de ayuda humanitaria, la apertura de aeropuertos, la protección de los convoyes de detenidos puestos en libertad, la vigilancia del cumplimiento de la interdicción aérea, la vigilancia del cumplimiento de los embargos en las fronteras, la protección de las zonas seguras, la asistencia humanitaria en las zonas protegidas por Naciones Unidas y la remoción de minas, entre otros.

3.1.2 El uso de la fuerza por los cascos azules

Ante los continuos ataques a las fuerzas de la UNPROFOR, las resoluciones del Consejo 807 y 836 de febrero y junio de 1993 respectivamente, autorizaban a que, actuando en legítima defensa, adoptase todas las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, en respuesta a los bombardeos contra las zonas seguras o en caso de que se produjese una obstrucción deliberada de la libertad de circulación de la UNPROFOR o de los convoyes humanitarios, excepcionando así el principio de prohibición del uso de la fuerza que establece la Carta. Ante esta autorización y las que siguieron, organizaciones humanitarias como el CICR alertaron de que se perdía la necesaria imparcialidad de las organizaciones internacionales en el suministro de ayuda humanitaria, y advirtiendo del riesgo a convertirse en una parte beligerante más en aquel conflicto.

Desde una vertiente jurídica, el uso de la fuerza, solo autorizado por el artículo 42 de la Carta, ha suscitado una serie de problemas, entre los que destaca que el precepto dispone que la operación de los cascos azules tiene que ser previamente una medida del artículo 41 y que solo ante su fracaso se podrá recurrir a la fuerza. No obstante, esta gradación entre las medidas de los arts. 41 y 42 ni ha sido respetada en la práctica de la Organización ni cuenta con el respaldo de la mayoría de la doctrina.

A modo de conclusión, cabe esclarecer que esta práctica iniciada en Somalia y Yugoslavia, en la que como vemos se amplía el uso de la fuerza en legítima defensa a la realización de su mandato, ya sea de protección de convoyes humanitarios, zonas desmilitarizadas, o vías e infraestructuras de comunicación, ya sea el desarme o la detención de beligerantes o de criminales de guerra, ha sido aceptada por los distintos

Estados como algo no sólo necesario sino imprescindible para su aportación de contingentes⁷⁴.

3.1.3 Sanciones políticas y económicas

Son sanciones internacionales “todo procedimiento compulsorio utilizado por la Comunidad Internacional para asegurar la aplicación de una regla jurídica, reaccionando contra su transgresión”⁷⁵. Según López Martín, la posibilidad de adoptar sanciones se sitúa exclusivamente bajo la determinación y el control de la Comunidad Internacional organizada, esto es, de las Naciones Unidas, sobre todo en los supuestos de violaciones esenciales para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En cuanto a las sanciones económicas, éstas producen un doble efecto: intentar interrumpir total o parcialmente determinadas actividades o toda actividad económica del país sancionado y perjudicar indirectamente la posición de aquellos Estados miembros que o bien son importadores de productos originarios del país sancionado, especialmente cuando tienen importancia estratégica desde el punto de vista económico, o bien resultan exportadores de ciertos productos, bienes o servicios con destino a dicho país⁷⁶.

En el seno de Naciones Unidas habían sido escasas las situaciones en que se aplicaron las medidas del artículo 41 de la Carta como son la interrupción de las relaciones económicas o diplomáticas o la interrupción de las comunicaciones, aunque a partir de la década de 1990 se multiplicaron: se adoptaron en Irak (1990), Yugoslavia (1991), Somalia (1992), Libia (1992), Liberia (1992), Haití (1992), Angola (1993), Ruanda (1994) y Sudán (1996), y se ha autorizado el uso de la fuerza en Irak (1990), Yugoslavia (1992), Somalia (1992), Haití (1993), Ruanda (1994) y Albania (1997).

En 1991 el Consejo decreta el embargo general y completo de armas y material militar a Yugoslavia mediante la Resolución 713, una medida que sitúa en el ámbito del artículo 41, en el marco del capítulo VII de la Carta. En 1992 establece mediante la Resolución 757, de 30 de mayo, la interrupción de las relaciones, pero solo con la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) hasta que cumpla las decisiones del Consejo, relativas a Bosnia-Herzegovina, en concreto, al cese de las hostilidades, la no intervención del

⁷⁴ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. Cit.*, p.217.

⁷⁵ LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Op. cit.*

⁷⁶ LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Op. cit.*

Ejército Federal, la desmovilización de las fuerzas irregulares y el cese de las expulsiones forzadas con la finalidad de alterar la composición étnica de las zonas controladas por la parte serbia⁷⁷. Posteriormente la Resolución 762 reafirma las sanciones, que se refieren a la prohibición de importación de productos originarios de Yugoslavia; embargo comercial completo que abarca incluso el petróleo; congelación de fondos y recursos financieros y económicos; reducción del personal diplomático y consular; prohibición de intercambios deportivos, de cooperación científica, técnica y cultural, y de visitas oficiales. Todas estas medidas se refuerzan con la imposición de un estricto boicot aéreo que abarca la prohibición de permiso de despegue, aterrizaje o sobrevuelo a cualquier aeronave que tenga por destino Yugoslavia o que proceda de Serbia y Montenegro, y la prohibición de cooperación técnica y de servicios aeronáuticos a aeronaves registradas o explotadas por entidades de Yugoslavia⁷⁸.

Ahora bien, se excepcionó la imposición de estas medidas en lo relativo a fines humanitarios. En esta línea, la Resolución 769, de 18 de junio de 1992, excluye las sanciones económicas de prohibición, de embargo y de transacciones financieras cuando éstas tengan por objeto bienes o productos destinados a cubrir necesidades humanitarias esenciales.

Ante las constantes violaciones del embargo establecido, el Consejo se ve forzado a incrementar el mecanismo sancionador con la adopción de medidas más drásticas en varias resoluciones, hasta que adopta la Resolución 820 el 18 de abril de 1993 que, con la clara intención de fortalecer la aplicación de las medidas impuestas en las resoluciones anteriores, el Consejo decide el establecimiento de un bloqueo total de la República Federativa de Yugoslavia que, como explica la profesora López Martín, abarca los siguientes aspectos:

- Necesidad de autorización del Gobierno de la República de Croacia o de la República de Bosnia-Herzegovina para efectuar actividades de importación, exportación y trasbordo a través de zonas protegidas
- Prohibición de tráfico fluvial de mercancías por el Danubio, salvo expresa autorización del Comité de sanciones. Restricción del tráfico de cabotaje que afecta a todo el buque de nacionalidad yugoslava.

⁷⁷ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas...* Op. Cit., p. 235.

⁷⁸ LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Op. cit.*

- Congelación de los haberes financieros, propiedades y cuentas bancarias o bienes industriales de autoridades y empresas serbias y montenegrinas en el interior y exterior.
- Prohibición del transporte de mercancías por las fronteras terrestres y puertos de Yugoslavia, excluyéndose los cargamentos humanitarios. Las excepciones deberán ser aprobadas, en cada caso, por Naciones Unidas, que establecerá rutas de control.
- Obligación a los Estados limítrofes de impedir el tráfico rodado de vehículos de carga y material con destino a Yugoslavia.
- Se prohíbe a todos los países ofrecer cualquier tipo de servicios a los habitantes de Serbia y Montenegro, a excepción de los humanitarios, las telecomunicaciones y el servicio postal.
- Se establece un bloqueo naval que impide el tráfico marítimo comercial a menos de 12 millas de la costa adriática que bordea Yugoslavia, incluido el puerto de Bar, en Montenegro.

Como señala Perea Unceta cuando cita a la misma profesora López Martín, “supone un bloqueo total de la República Federativa de Yugoslavia, no solo porque son pocos los aspectos económicos que se escapan de esta resolución sino porque complementa la interrupción total de las comunicaciones aéreas, terrestres, fluviales y marítimas”⁷⁹.

Más adelante, para vigilar el cumplimiento del embargo, además de la labor realizada por la UNPROFOR, se pide en la Resolución 838 de junio de 1993 el despliegue de observadores internacionales en las fronteras, especialmente entre la República de Bosnia-Herzegovina y la República Federativa de Yugoslavia. El Consejo comienza a levantar estas sanciones a partir del momento en que la República Federativa de Yugoslavia comienza a cumplir las resoluciones relativas al plan de paz en Bosnia-Herzegovina⁸⁰.

Así, los objetivos perseguidos por las medidas sancionadoras son diversos. Con el embargo de armas se pretende inicialmente evitar que se agrave el conflicto armado, aunque fue un aspecto controvertido dado que incluso el gobierno Bosnio alegó que se estaba impidiendo el derecho a la legítima defensa de su Estado ante una agresión extranjera. En cuanto a las medidas económicas y políticas adoptadas contra el régimen de Belgrado, sin duda perseguían el objetivo de forzar a la República Federativa de Yugoslavia a cumplir las resoluciones del Consejo relativas, entre otras cuestiones, al cese

⁷⁹ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 239.

⁸⁰ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 243.

de las hostilidades y de la intervención directa o el apoyo a las facciones serbias en Croacia y Bosnia. Asimismo las sanciones dirigidas contra el Gobierno de Belgrado pretendieron colapsar económicamente la república para provocar la movilización ciudadana contra el Partido Socialista de Milosevic, cuestión que surtió efecto. La prueba fueron las masivas manifestaciones en las que se exigía el fin de la guerra y del aislamiento internacional.

Es importante destacar que el objetivo no fue la imposición de un castigo al Estado infractor puesto que solo se pretendía el restablecimiento del orden internacional y muy concretamente la supresión de la situación de amenaza o quebrantamiento de la paz. Esta es la función del Consejo establecida en el art. 39 de la Carta⁸¹.

3.1.4 Sanciones militares: la autorización a los Estados al uso de la fuerza

Durante su actuación en el conflicto yugoslavo el Consejo ha aprobado distintas medidas que implican el uso de la fuerza por parte de los Estados, individualmente o por medio de las organizaciones internacionales de las que son miembros.

La primera medida fue la prohibición de las comunicaciones aéreas militares sobre el territorio de Bosnia-Herzegovina, establecida en la Resolución 781, de octubre de 1992, y reafirmada en su siguiente resolución, la 786, de noviembre. De ésta se desprende que se autoriza a los Estados para que directamente o mediante organizaciones regionales utilicen la fuerza contra los infractores, lo que en la práctica supone un bloqueo aéreo, que es una de las medidas propias del artículo 42. Este bloqueo es ampliado, como consecuencia de las violaciones reiteradas, por la Resolución 816, de marzo de 1993. Asimismo en noviembre de 1992 se autorizó la fuerza para el bloqueo marítimo y fluvial, para hacer efectivo el embargo de armas para todo el territorio yugoslavo, vigente desde septiembre de 1991, y el embargo comercial decretado contra la República Federativa de Yugoslavia en mayo de 1992. Finalmente, en marzo de 1993 se decide autorizar a los Estados a que utilicen la fuerza para dar protección a las unidades de la UNPROFOR y a las unidades aéreas declaradas como zonas seguras, igualmente bajo la autoridad del Consejo y en coordinación con el Secretario General y el mando de la UNPROFOR.

El fundamento jurídico de estas actuaciones se encuentra en los capítulos VII y VIII de la Carta. La autorización se dirige a los Estados, individualmente o por medio de las organizaciones regionales –por ello se cita al Capítulo VIII- pero el fundamento concreto

⁸¹ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas...* p. 243-253.

solo puede ser el artículo 42, puesto que es el único del VII –junto al 51, referido a la legítima defensa- que permite al adopción de acciones de fuerza.

Ha habido fuertes controversias y críticas por parte de la doctrina respecto a esas autorizaciones a la fuerza. Como explica el profesor Perea Unceta,

la postura doctrinal más compatible con el sistema de Naciones Unidas es aquella que, especialmente referida a las operaciones de mantenimiento de paz, considera que el artículo 43 debe interpretarse en el sentido de que el Consejo de Seguridad no puede aplicar el artículo 42 si no dispone de fuerzas puestas a su disposición por los Estados, dirigidas operacionalmente por Naciones Unidas y bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, puesto que de otra forma se vulneraría el carácter institucional del uso de la fuerza. Esta interpretación tiene dos consecuencias relevantes: que el Consejo no puede imponer la obligación a los Estados de poner fuerzas armadas a su disposición y que, siendo esencial para esta consideración del sistema tanto el consentimiento de los Estados como la ejecución directa por las Naciones Unidas, es suficiente con la existencia de acuerdos para proveer a la Organización de fuerzas militares en actuaciones determinadas y durante mandatos temporales, habida cuenta que el artículo 43 no prescribe expresamente su carácter permanente sino sólo su puesta a disposición del Consejo cuando éste lo solicite. En este sentido, esta postura permitiría respetar el espíritu de la Carta y el carácter esencial del mecanismo de seguridad colectiva, al asegurar la disposición de fuerzas a las Naciones Unidas y el control del Consejo de Seguridad, y por tanto, la debida institucionalización del uso colectivo de la fuerza⁸².

Asimismo se ha aclarado que no tuvo sentido alguno involucrar a la UNPROFOR en la coordinación del bloqueo aéreo, puesto que supone mezclar una operación de mantenimiento de paz (ubicable en el Cap. VI) con una acción de fuerza, del art. 42. Y aunque posible desde el punto de vista jurídico, es incomprensible desde la práctica de la Organización, puesto que la primera es una medida esencialmente pacífica, imparcial, basada en el consentimiento de las partes, y la segunda es bélica, parcial e impuesta por la Organización. No se puede sostener que el mediador en un conflicto sea el ejecutor de las medidas de fuerza.

Finalmente también se autorizó a la fuerza a las operaciones multinacionales emprendidas a raíz de los acuerdos de Dayton y París de 1995. Así, las resoluciones al respecto apuntaban que la IFOR y más tarde la SFOR debían tomar las medidas necesarias para protegerse y asimismo para hacer cumplir los anexos del Acuerdo de Paz. Hay que destacar que el mandato de la IFOR se extiende desde sus inicios y con carácter general a

⁸² PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 264.

la efectividad del cese de las hostilidades y al establecimiento de las medidas de control de armas, previstas en el Anexo 1-B, así como otras disposiciones del primer anexo establecen la retirada de tropas extranjeras, la retirada de la UNPROFOR, la reubicación de las fuerzas militar y algunas misiones de la IFOR, entre las que destacan la de prevenir interferencias en los movimientos de la población civil y responder apropiadamente a la violencia deliberada contra su vida o sus bienes. La autorización otorgada no es, por tanto, genérica, sino limitada a una serie de funciones⁸³.

3.2 Las operaciones realizadas por la Comunidad Europea y por la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa

A pesar que la organización que coordinó en mayor medida las misiones que se desarrollaron en la antigua Yugoslavia fue la ONU, no se ha de olvidar la actuación de la Comunidad Europea (CE) y de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE, actual OSCE)⁸⁴, que también emitieron declaraciones y adoptaron importantes decisiones, tanto el Consejo de Ministros de la CE⁸⁵ como la CSCE⁸⁶.

La primera respuesta por parte de la Comunidad Internacional ante el conflicto de la antigua Yugoslavia provino de la CE que, por mandato de la CSCE, tenía que resolver la primera guerra yugoslava. Así, el 28 de junio de 1991 la CE logró que Eslovenia y las autoridades federales firmaran unos acuerdos que fueron ratificados el 7 de julio en la isla

⁸³ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 267-269.

⁸⁴ La Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea (CSCE) decidió en diciembre de 1994 dotarse de una estructura orgánica permanente y en consecuencia cambiar su nombre, de tal modo que a partir del 1 de enero de 1995 pasó a denominarse Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE).

⁸⁵ Tales como: Dresden de 3 de julio de 1991; Bruselas, 2 de julio y 27 de agosto; Noordwijk, 16 de diciembre; Lisboa, 17 de febrero de 1992; o Bruselas, 10 de julio. Asimismo se creó la Conferencia sobre Yugoslavia (27 de agosto al 3 de septiembre 1991), y una Comisión de Arbitraje.

⁸⁶ Llevó a cabo varias declaraciones: en Berlín, 4 de julio, y Praga, 22 de octubre, 31 de enero, de 1992, 23 de marzo, 15 de abril, 12 de mayo y 29 de junio.

de Brioni⁸⁷, aunque el pacto no resolvía los verdaderos problemas que seguirían desatando el conflicto.

La medida que adoptó la Comunidad Europea para afrontar la cuestión fue un embargo de armas para evitar que el conflicto siguiese alimentándose tras el estallido de violencia en Eslovenia, y dado que los Estados miembros siempre defendieron que la finalización definitiva y duradera del conflicto solamente se lograría mediante la reducción de armamentos al mínimo indispensable. Dicho embargo se controló desde el interior de la CE, por las aduanas exteriores de los Estados miembros, y en el territorio de la antigua Yugoslavia, mediante la Misión de Verificación de los acuerdos de alto al fuego. Éste fue un mecanismo muy similar a las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, que se desplegó en julio de 1991 y estaba integrado por 173 observadores de dieciséis países, incluidos algunos no comunitarios como Canadá, República Checa, Eslovaquia y Polonia⁸⁸.

Más tarde la CE adoptó también otras presiones económicas, como fue la denuncia del acuerdo comercial CEE-Yugoslavia, renovándolo solo con las nuevas Repúblicas que hubiesen respectado o estuviesen dispuestas a aceptar los planes de paz⁸⁹. El ámbito de aplicación espacial se limitó a dos Repúblicas: Serbia y Montenegro. Así, a Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia no se les aplicó el embargo económico, sino solamente un control del comercio mediante autorizaciones previas de exportación. Inicialmente se estableció en todos los productos originarios de o con destino a Serbia o Montenegro, aunque dicha regulación fue objeto de varias modificaciones para adaptarse a las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.

Tras el cambio de actitud demostrado por Milosevic durante el verano de 1994 se suavizó el embargo económico y solamente se mantuvo en su grado más intenso con los serbios de Bosnia. Asimismo el embargo a Serbia y Montenegro se fue liberalizando progresivamente, hasta su suspensión definitiva por el Reglamento (CE) 2815/95 de 4 de diciembre de 1995⁹⁰.

⁸⁷ LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Op. cit.*

⁸⁸ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO: *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 218-219

⁸⁹ CHECA HIDALGO, DIEGO: *Op. cit.*

⁹⁰ CHECA HIDALGO, DIEGO: *Op. cit.*

Por otra parte, es indispensable hacer una referencia a las actuaciones en el conflicto kosovar. El problema en Kosovo se fue agravando durante la década de los 90, hasta que culminó en 1998 y 1999. La proclamación unilateral de la República de Kosovo por los insurgentes en 1991 y la creciente actividad de la guerrilla UCK en 1996 fue seguida de una fuerte represión de la policía serbia durante 1998, lo que hizo que la opinión pública occidental se decantara, fallidos los intentos de negociación, a una posible intervención militar en Yugoslavia. Ante la situación y esta vez sin el respaldo de la ONU, la UE impuso un embargo y una serie de restricciones económicas que comenzaron el 23 de abril de 1999 con la Posición Común definida por el Consejo sobre la base del artículo J.2 del TUE por la que se prohibía el suministro y la venta de petróleo y productos del petróleo a la República Federativa de Yugoslavia.

El Consejo de la UE consideró que las políticas extremas y criminalmente irresponsables y las repetidas violaciones de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas habían provocado el uso de medidas más severas, de forma necesaria y justificada. Algunas de ellas, como la congelación de fondos, la prohibición de visados o la prohibición de venta de petróleo se mantendrían una vez finalizada la campaña militar en Kosovo y hasta la salida de Milosevic del poder en el año 2000.

Finalmente, la Posición Común del Consejo de 9 de octubre de 2000 suspendió las medidas restrictivas sobre Yugoslavia, aunque mantuvo las específicas respecto a Milosevic y a personas vinculadas a su entorno.

Por su parte, la CSCE, siendo una organización pequeña en personal y recursos, tuvo que contactar con otras instituciones de objetivos similares. En esta línea, colaboró con Naciones Unidas en la interposición, reconstrucción y procesos electorales en Bosnia-Herzegovina y Kosovo; desarrolló misiones conjuntas con la Unión Europea los años 1996 y 1997, con la OTAN (que se explicarán más adelante) y con el Consejo de Europa, por ejemplo.

Destacaron asimismo las misiones de larga duración en la República Federativa de Yugoslavia, Kosovo, Voivodina y en Macedonia, cuya función era la de observar e investigar los hechos que pudiesen generar un conflicto en la zona y también supervisar y asistir a los Estados en la aplicación de medidas sancionadoras. Así, por ejemplo, en septiembre de 1992 se aprobó el despliegue de la misión de observadores a Macedonia (*CSCE Spillover Mission to Skopje*), con un contingente reducido de tan solo ocho

oficiales⁹¹. Cabe señalar que los sucesivos conflictos de la antigua Yugoslavia han sido el principal objeto de acción de la OSCE y son también el mayor motivo de su evolución institucional, provocada por las nuevas necesidades del contexto internacional.

3.3 Actuación de la OTAN

Ante las olas de violencia por parte de los serbios que se produjeron en Kosovo y alarmados por la inminencia de una catástrofe humanitaria, el Consejo de Seguridad aprobó el 23 de septiembre de 1998 la Resolución 1199, en la cual afirmaba que el deterioro de la situación en Kosovo constituía una amenaza a la paz y seguridad de la región. Mediante esta resolución, aprobada en el marco del capítulo VII, el Consejo exigía la reanudación de las negociaciones y el retorno de los refugiados, así como el retiro de las unidades de la República Federal de Yugoslavia.

Pero la negativa de Yugoslavia de aplicar las disposiciones y la incapacidad del Consejo de Seguridad de tomar medidas coercitivas condujeron a la OTAN a lanzar, el 13 de octubre de 1998, un ultimátum a Yugoslavia para que se obedecieran las exigencias del Consejo. La cercanía de los ataques de la OTAN hizo ceder a Yugoslavia, que aceptó firmar dos acuerdos: el primero, el 16 de octubre de 1998, con la OSCE, mediante el cual se creaba una Misión de Verificación encargada de asegurar la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad; el segundo, concertado un día antes con la OTAN, que la autorizaba a conformar una misión aérea de verificación del retiro de Kosovo de las unidades de seguridad yugoslavas. El Consejo de Seguridad aprobó y respaldó dichos acuerdos⁹².

Las vacilaciones de Yugoslavia y las nuevas masacres de civiles perpetradas por los serbios el 15 de enero de 1999, condujeron a la OTAN, el 30 de enero, a reiterar su amenaza de emplear la fuerza. El fracaso de las negociaciones y la reanudación de la campaña militar en Kosovo por parte de las fuerzas serbias hicieron que, finalmente, el 24

⁹¹ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 218-219

⁹² MOMTAZ, DJAMCHID: *La intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo y la prohibición de recurrir a la fuerza*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2000 (en línea). <www.icrc.org> [consulta: 18 de septiembre 2013].

de marzo de 1999 la OTAN recurriera a la fuerza contra Yugoslavia, sin haber obtenido previamente la autorización del Consejo de Seguridad.

Es preciso destacar que el bombardeo contra Serbia coincidió con la aprobación en Washington del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN. El documento redefinía los objetivos, métodos y ámbito de actuación de la organización, que pasaba de unos fines meramente defensivos a asumir como misión esencial el “defender la seguridad y los valores democráticos dentro y fuera de sus fronteras”, incluyendo entre sus cometidos el genocidio, el terrorismo y las armas de destrucción masiva. En la nueva estrategia también se reservaba el derecho de actuar sin el permiso expreso del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, entendiéndose que bastaba con no contradecir la Carta o las resoluciones del Consejo⁹³.

Por otro lado, cabe preguntar si la intervención efectuada por razones humanitarias es contraria a la Carta de Naciones Unidas. En este sentido, el bombardeo fue ilícito en la medida que recurrió sin autorización al uso de la fuerza, y vulneró los compromisos adquiridos del artículo 2.4 de la Carta. Al respecto, la Asamblea General se ha pronunciado en varias ocasiones, como en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de Naciones Unidas*, en que expuso que

ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquier otro forma de injerencia (...) son violaciones del derecho internacional⁹⁴.

Asimismo, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo objeto son, precisamente, las situaciones como las que prevalecieron en Kosovo, insiste en el principio de la no intervención. En efecto, se dice en su artículo 3 que “no podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado”.

⁹³ MURGA MENDOZA, NICOLÁS; RUIZ NOGAL, LUIS: *Nuevo concepto estratégico*, El País, artículo de 4 de mayo de 1999 (en línea). < <http://elpais.com>> [consulta: 22 de octubre 2013].

⁹⁴ Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970.

Así pues, ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Derecho Internacional Humanitario positivo prevén específicamente el derecho de intervención por razones humanitarias como excepción a la norma de no recurrir a la fuerza. La mayoría de la doctrina se ha pronunciado en este sentido⁹⁵.

Como expone Perea Unceta, la principal causa del fracaso en el entendimiento entre ONU y OTAN fue la diferencia de objetivos de ambas organizaciones. La OTAN, fuertemente condicionada por su carácter ofensivo y por los intereses políticos norteamericanos, pretendía realmente castigar a los serbios por su perseverancia en no aceptar el plan propuesto principalmente por los aliados y probablemente por el hecho de estar bajo un régimen comunista y ser aliados de Rusia. En esta línea, desde un principio propusieron una estrategia de represalia contra los serbios, para de esta forma obligarles a aceptar los sucesivos planes de paz⁹⁶.

⁹⁵ MOMTAZ, DJAMCHID: *Op. cit.*

⁹⁶ PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO: *La actuación de las Naciones Unidas... Op. cit.*, p. 272.

IV. RESPUESTA A LAS VIOLACIONES DE DIH: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (TPIY)

En la historia de las Naciones Unidas solo se han constituido dos tribunales ad hoc. Estos son el Tribunal para la Ex Yugoslavia (1993) y el Tribunal para Ruanda (1994), aunque existieron precedentes en los Tribunales Militares de Núremberg y de Tokio, creados por los países vencedores de la II Guerra Mundial para juzgar a los vencidos. Sin embargo, los de la Ex Yugoslavia y Ruanda fueron establecidos por el Consejo de Seguridad, interpretando que la comisión de masacres y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario en esos países, incluyendo asesinatos masivos y prácticas de limpieza étnica, constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, lo cual, en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, faculta al Consejo a intervenir en los asuntos internos de un Estado⁹⁷.

Con sede en La Haya, el *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las Violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991* o Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) fue creado en 1993 y establecido por las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar a los presuntos responsables de crímenes cometidos en el territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determine una vez restaurada la paz. Se concibió como un órgano subsidiario, en este caso un órgano de carácter judicial independiente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 29 de la Carta⁹⁸, no sujeto a la autoridad o control del Consejo.

Para la creación del Tribunal Internacional el Consejo recurrió a los arts. 39⁹⁹ y 41 de la Carta, relativos a las medidas que puede adoptar este órgano ante una situación que amenace la paz¹⁰⁰.

⁹⁷ ABRISKETA, JOANA: *Tribunales Penales Internacionales ad hoc (para ex Yugoslavia y Ruanda)* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco. <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 11 septiembre 2013]

⁹⁸ Art. 29 de la Carta de Naciones Unidas: “*El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones*”.

⁹⁹ Art. 39 de la Carta: “*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*

Ha habido controversias respecto a la creación del TPIY por el Consejo de Seguridad. Cabe destacar que tanto China como Rusia plantearon sus reservas sobre el medio elegido para crear el tribunal, y Brasil señaló que podrían haberse excedido en las atribuciones del Consejo de Seguridad. Por lo contrario, el Secretario General de Naciones Unidas sostuvo que en circunstancias normales un tribunal como este habría sido creado mediante un tratado internacional en el seno, o en la Asamblea General, o en una conferencia internacional. Pero la lentitud de estos procedimientos atentaba contra la necesidad de aprobarlo mediante la decisión urgente que la situación en la ex Yugoslavia requería.¹⁰¹

En esta línea el Secretario General propuso que la única manera rápida y efectiva de crear el Tribunal era por medio de una Resolución del Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta, con el objetivo de poner fin a los crímenes perpetrados y tomar las medidas eficaces para juzgar a los responsables de las violaciones de derecho humanitario. La fórmula propuesta fue aprobada unánimemente por los miembros del Consejo de Seguridad. El método, además de rápido y eficaz, tenía la ventaja de que obligaba a todos los Estados miembros de la ONU a tomar las medidas para hacer efectivas las disposiciones del Consejo¹⁰².

Resulta importante comentar algunos aspectos jurídicos relacionados con la competencia del Consejo de Seguridad para crear el Tribunal. Así, antes de la creación propiamente dicha del Tribunal, el Consejo de Seguridad tuvo que aprobar una serie de resoluciones:

tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

¹⁰⁰ RHENÁN SEGURA, JORGE: *El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia*, <www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/rhenan12.htm> [consulta: 23 septiembre 2013]

¹⁰¹ LLANOS MANSILLA, HUGO: *Algunos aspectos relevantes de las actividades del Tribunal Internacional de la Ex Yugoslavia*, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1988, p.401-404

¹⁰² Recordemos que el art. 48 de la Carta dispone que “*la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos...*” Asimismo según el art. 29 de la Carta el Consejo de Seguridad puede “*establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones*”.

En la resolución 764, de 13 de julio de 1992, se reafirma que todas las partes en el conflicto están obligadas a respetar sus obligaciones de derecho humanitario, en especial las Convenciones de Ginebra de 1949. Asimismo en la resolución 711, de 13 de agosto de 1992, el Consejo se manifiesta gravemente alarmado por las informaciones provenientes del frente de guerra y condena todas las violaciones de derechos humanos, en especial la llamada depuración étnica y exige a todas las partes del conflicto que pongan fin a toda violación de derechos humanos. A finales de 1992, el Consejo aprueba una nueva resolución, la 780, de 6 de octubre de 1992, donde solicita al Secretario General que conforme una Comisión imparcial de expertos encargada de examinar la información pertinente a las graves violaciones del DIH cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. La Comisión informó de las matanzas masivas, de la depuración étnica, de violaciones, torturas, destrucción de bienes civiles y culturales, de arrestos arbitrarios, y de otros delitos graves. En base al informe de esta Comisión de expertos el Consejo de Seguridad decidió establecer un Tribunal Internacional especial¹⁰³.

Otras resoluciones relevantes fueron la 808, la 820 y la 827, que reafirmaron la necesidad de crear un tribunal internacional para combatir las atrocidades cometidas en este territorio, constitutivas de una amenaza a la paz y seguridad internacionales y entendidas como violaciones graves al derecho internacional humanitario y de derechos humanos. Pero la idea de la creación de un tribunal especial no fue propuesta solamente por el Consejo de Seguridad, puesto que ya se habían dado una serie de informes preliminares sobre la situación crítica en el territorio ex-yugoslavo. Destacan en este sentido las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, de la Asamblea General, de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa y de los negociadores de la ONU M. Vance y Lord Owen.

4.1 La competencia del Tribunal

Los magistrados del TPIY tomaron posesión de sus cargos el 17 de noviembre de 1993 para aplicar las normas del Derecho internacional Humanitario. El hecho de que éste constituya además derecho consuetudinario implica que no se plantea problema alguno por el hecho de que algunos Estados no se hayan adherido a los Convenios¹⁰⁴. Así pues,

¹⁰³ RHENÁN SEGURA, JORGE: *Op. cit.*

¹⁰⁴ ABRISKETA, JOANA: *Tribunales Penales Internacionales... Op. cit.*

tienen naturaleza de derecho consuetudinario los Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio IV de la Haya de 1907, la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945.

Por lo tanto el Tribunal puede perseguir las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, la violación de las leyes o usos de la guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional¹⁰⁵. Ahora bien, cuando se instituyó el TPIY el Secretario General de Naciones Unidas afirmó que “la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario”. En consecuencia, se planteó la cuestión de saber si las definiciones aprobadas por el TPIY reflejaban el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁶.

Es preciso destacar que el Tribunal no es competente para juzgar Estados, sino sólo a personas físicas sospechosas de haber cometido crímenes cuyo enjuiciamiento sí compete al tribunal, así como a quienes los hayan ordenado, incitado o contribuido a preparar y ejecutar. En este sentido, los altos funcionarios y autoridades del Estado no gozan de privilegios que les exoneren o atenúen la responsabilidad contraída. Tampoco se acepta la “obediencia debida” de los subordinados como eximente de pena, aunque puede considerarse como atenuante. A su vez los superiores son responsables de los actos cometidos por sus inferiores si los conocían o estaban en situación de conocerlos y no adoptaron las medidas necesarias para impedirlos.¹⁰⁷

Otro punto a destacar es que el artículo 2 del Estatuto del Tribunal otorga competencia para enjuiciar violaciones graves de los Convenios de Ginebra, aunque no especifica la naturaleza del conflicto, hecho que ha supuesto un problema para la interpretación del artículo 2 común a los Convenios, que refiere su aplicación a conflictos internacionales. El de Yugoslavia fue de carácter mixto: primero fue un conflicto interno que coincide con la intervención del ejército federal en Eslovenia y Croacia para aplastar la insurrección

¹⁰⁵ Arts. 1-5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993.

¹⁰⁶ ROBERGE, MARIE-CLAUDE: *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, Artículo de 30-11-1997, Revista Internacional de la Cruz Roja. <www.icrc.org> [consulta: 09 de septiembre 2013]

¹⁰⁷ ABRISKETA, JOANA: *Tribunales Penales Internacionales... Op. cit.*

armada desde enero de 1991, se hace internacional en octubre de 1991 para luego ser un conflicto interno internacionalizado, desde el momento en que las tropas de Serbia y Montenegro se retiran del territorio bosnio, en mayo de 1994. Este carácter mixto requiere que en su fase internacional se apliquen los Convenios de Ginebra en su integridad y, en su fase interna, solo el artículo 3 común¹⁰⁸.

4.1.1. Sobre los crímenes de lesa humanidad

A diferencia de las infracciones graves contra los Convenios de Ginebra, la definición de los crímenes de lesa humanidad no se ha codificado en ningún tratado, y ha evolucionado con el tiempo. Por consiguiente, resulta difícil aducir que la definición adoptada refleja efectivamente el derecho internacional consuetudinario. Antes de la Segunda Guerra Mundial ya se había acuñado la expresión “crímenes contra la humanidad”, cuando se utilizó en la Declaración de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia para denunciar la matanza de armenios perpetrada en Turquía. Sin embargo fue después de la Guerra cuando se dieron los progresos más importantes definiendo el concepto de crímenes de lesa humanidad. Varios gobiernos aliados formularon declaraciones durante la guerra, expresando el deseo de investigar, procesar y castigar no sólo a los criminales de guerra en sentido estricto, sino también a los responsables de atrocidades cometidas en el territorio de los países del Eje contra súbditos de países no aliados. En este sentido, se había creado una necesidad de delimitar el concepto¹⁰⁹.

En 1945 las cuatro potencias aliadas (Francia, Reino Unido, URSS y EEUU) firmaron el Acuerdo de Londres, al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y castigo de los mayores criminales de guerra. En virtud de lo dispuesto en su artículo 6, el Tribunal tenía competencia para enjuiciar crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes de lesa humanidad, entendidos los últimos como

“el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”.

¹⁰⁸ LLANOS MANSILLA, HUGO: *Op. cit.*, p.401-404

¹⁰⁹ ROBERGE, MARIE-CLAUDE: *Op. cit.*

El Tribunal de Núremberg dictó varias condenas sobre la base de acusaciones de crímenes contra la humanidad. Con todo, el concepto siguió siendo vago, confundiendo a menudo con el de crimen de guerra.

En 1947 la Asamblea General de Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la doble tarea de formular los principios de derecho internacional reconocidos en los Estatutos del Tribunal de Núremberg y en sus sentencias, y redactar un proyecto de código relativo a los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Fue en 1996 cuando se aprobó el texto proyecto de artículos del 1 al 20 así como sus comentarios correspondientes. De conformidad con el proyecto, se entiende por crimen contra la humanidad

“la comisión sistemática o en gran escala e instigada y dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: asesinato; exterminio; tortura; sujeción a esclavitud; persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos, o religiosos que suponga una violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población; deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; encarcelamiento arbitrario; desaparición forzada de personas; violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual; otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”.

Esta definición es más completa que sus predecesoras, introduciendo el requisito de una actuación instigada o dirigida por un gobierno, por una organización o por un grupo. Sin embargo, en el Estatuto del TPIY se observan también ciertas diferencias por lo que atañe a la definición del crimen:

“El Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos”.

Es reveladora la interpretación de la sala de apelaciones del Tribunal cuando consideró que al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, en los Estatutos se restringe el alcance del concepto consuetudinario de crimen de lesa humanidad. La sala de apelaciones estableció, pues, que desde la sentencia en Núremberg¹¹⁰ ya no era

¹¹⁰ El Tribunal de Núremberg interpretó que era necesario establecer un nexo (*nexus causae*) entre los actos previstos en el artículo 6c de su Estatuto del Tribunal Militar y la guerra. Así, consideraba como

necesario establecer un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra¹¹¹.

4.1.2 Sobre los crímenes de genocidio

A diferencia de los crímenes contra la humanidad, el concepto de genocidio se ha codificado y su definición no suele prestarse a controversias. En el Estatuto del Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia se reproduce textualmente la definición de genocidio provista en el artículo 2 de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

“Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Serán castigados los actos siguientes: genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio”.

Para su enjuiciamiento resulta imprescindible focalizar la atención a los tres elementos esenciales e la definición de genocidio: la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo (*mens rea*); y la comisión de cualquiera de los actos mencionados contra un grupo susceptible de ser identificado (el acto prohibido, *actus reus*).

El primer requisito implica que los actos de genocidio pueden cometerse contra los grupos mencionados, es decir, grupos que puedan identificarse. La intención de destruir, por ejemplo, a un grupo social o político no entraría en el ámbito de la definición. Estos últimos fueron suprimidos en el proyecto original de la Convención presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, debido a la fuerte oposición a su inclusión.

El segundo elemento constituye un verdadero reto para el fiscal, que está obligado a establecer el requisito del estado mental (*mens rea*) del acusado, es decir, la intención delictiva específica de destruir a uno de los grupos mencionados. Por consiguiente es

elementos esenciales la relación que los actos pudiesen tener con los crímenes contra la paz o con los tradicionales crímenes de guerra.

¹¹¹ ROBERGE, MARIE-CLAUDE: *Op. cit.*

genocidio el acto de matar a una persona con esta intención, pero no la matanza inintencionada de mil personas, que sería solamente homicidio. No obstante, la Asamblea General distinguía los dos tipos de crimen cuando elaboró el proyecto de Convención en 1948: el genocidio es una “negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir”. En otras palabras, hay genocidio cuando la intención es suprimir a personas con el único motivo de que forman parte de un grupo específico. Finalmente, el tercer elemento de la definición requiere que el crimen figure en la lista de actos prohibidos, a pesar que el alcance exacto de algunos es vago¹¹².

4.2. La Organización y funcionamiento del TPIY

El Tribunal se constituye en dos Salas de Primera Instancia de tres jueces cada una y una Sala de Apelaciones integrada por cinco jueces¹¹³, todos ellos ciudadanos de países miembros de las Naciones Unidas, escogidos entre personas caracterizadas por sus altas condiciones morales, profesionales, y de imparcialidad, electos por un período de cuatro años por la Asamblea General¹¹⁴. El Fiscal puede iniciar las investigaciones de oficio o bien sobre la base de información obtenida por cualquier fuente, en particular de gobiernos, ONG y órganos de Naciones Unidas.

4.2.1. *Justificación de la primacía del Tribunal y el ejercicio de la jurisdicción concurrente y preferencial*

El sustento imprescindible del funcionamiento del Tribunal es su naturaleza superior frente a los tribunales nacionales competentes, que solo se entiende en el marco de la evolución de la Comunidad Internacional en referencia a la asunción de nuevos valores comunes,

¹¹² ROBERGE, MARIE-CLAUDE: *Op. cit.*

¹¹³ Los primeros jueces para integrar el Tribunal Internacional fueron Antonio Cassesse (Italia), Michel Abi-Saab (Egipto), Jules Deschenes (Canadá), Haopei Li (China) y Sir Ninian Stephen (Australia) en la Sala de Apelación, y Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos), Rustam S. Sidwa (Pakistán), Lal Chand Vohrad (Malasia), Godwin Karibi-Whyte (Nigeria), Claude Jordan (Francia) y Elizabeth Odio-Benito (Costa Rica) integraron las dos salas de primera instancia. Antonio Cassesse fue elegido Presidente del Tribunal y Elizabeth Odio-Benito como vicepresidenta.

¹¹⁴ RHENÁN SEGURA, JORGE: *Op. cit.*

que necesariamente implican una erosión de alguno de los principios sustentadores de la Sociedad internacional de yuxtaposición, donde la soberanía es el principio y el fin de las relaciones entre sujetos del ordenamiento¹¹⁵.

Así, el interés protegido por el Tribunal desborda, en efecto, el de cada uno de los Estados en atención a la naturaleza de los crímenes cometidos. Las normas contenidas en su Estatuto constituyen un conjunto de reglas admitidas universalmente y que, por la tanto, responden a los intereses del conjunto de los estados. Pero la primacía del tribunal se justifica asimismo en términos de efectividad. Sentada la legalidad del Tribunal en tanto que órgano compatible en sus fines con una limitación de la soberanía estatal, la primacía es un medio de garantizar la aplicación práctica de la responsabilidad individual, sin posibles trabas que podrían provenir de la reacción estatal a ceder ámbitos competenciales consustanciales a los principios de plenitud y exclusividad en el ejercicio de los poderes soberanos.

En referencia al ejercicio de la jurisdicción concurrente y preferencial, la obligación de respetar el derecho humanitario implica el deber de adecuar los derechos internos a todos los niveles, con lo exigido por la norma internacional. De esta manera, todos los mecanismos altamente sofisticados, complejos y eficientes de los que disponen los derechos internos con el fin de asegurar e imponer su propio respeto serán puestos automáticamente al servicio del DIH. En atención al interés protegido por las normas internas, cabe destacar el derecho y el deber de enjuiciar los crímenes que sin duda deben generar una responsabilidad penal individual, para garantizar que, con independencia de la nacionalidad del acusado y del lugar de la comisión del delito, los tribunales nacionales puedan y deban actuar. No obstante, los criterios previstos en la legislación procesal interna sobre atribución de la competencia judicial en materia penal deben adecuarse a la obligación de ejercitar la jurisdicción penal según el criterio universal en la línea de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra.

A modo de conclusión, y teniendo en cuenta la necesaria competencia nacional en materia penal y asimismo la primacía del Tribunal Penal Internacional, es comprensible la existencia de exigencias que obliguen al mantenimiento de las competencias del Estado.

¹¹⁵ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, Anuario de derecho internacional, ISSN 0212-0747, núm. 13, 1997, p.493

En este orden será preciso abordar los requisitos de forma y fondo previstos en el Estatuto del Tribunal y en las reglas de procedimiento y prueba¹¹⁶.

Así, la primacía del Tribunal se concreta en una obligación estatal de cesión de jurisdicción con el consiguiente reconocimiento de un derecho a favor del Tribunal a exigir a los órganos judiciales nacionales competentes “que convengan en la competencia del Tribunal internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal internacional¹¹⁷”. El instrumento previsto para tal fin es la demanda de desistimiento, regulada en los artículos 8-13 de la mencionada regla de procedimiento.

Los pasos necesarios para la realización práctica de la cesión son esencialmente tres: información de los estados cuando se conozcan infracciones relevantes de la competencia del Tribunal, requerimiento del fiscal a una Sala de Primera Instancia para que el Tribunal proceda a cursar la demanda ante las autoridades nacionales competentes y, por último, formulación por la Sala de una solicitud de desistimiento incluyendo el requerimiento de cuantos elementos del proceso interno sean relevantes para la instrucción procesal ante el Tribunal Penal Internacional.

Por su parte el fiscal deberá probar la existencia de una causa que justifique la asunción de la competencia a favor del Tribunal. En este sentido, el artículo 9 del reglamento señala que

Si el fiscal considera, a la vista de las investigaciones o procesos penales iniciados ante una jurisdicción interna tal y como se prevé en el artículo 8, que (I) la infracción ha recibido una calificación de derecho común o (II) el procedimiento iniciado no sería ni imparcial ni independiente, trataría de sustraer al acusado su responsabilidad penal internacional, o no hubiera sido ejercido con diligencia; (III) o el objeto del procedimiento se refiere a hechos o puntos de derechos que tienen una incidencia sobre investigaciones o procedimientos en curso ante el Tribunal.

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

¹¹⁶ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p.494-497.

¹¹⁷ Art. 9-2 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

A modo de ejemplo, el 13 de febrero de 1993 las autoridades de Alemania procedieron a la detención de Dusko Tadic, sospechoso de actos de genocidio y de tortura contra prisioneros musulmanes en la región de Prijedor (Bosnia), siendo nombrado para la causa un juez instructor del Tribunal Federal de Kalsruhe, Alemania. El 12 de octubre de 1994 el fiscal requirió a la Sala de Primera Instancia la formalización de una demanda de desistimiento ante las autoridades judiciales alemanas la cual fue finalmente adoptada el 8 de noviembre. Cabe señalar que no se precisa la existencia de un acta de acusación elaborada en debida forma sino que basta la existencia de indicios fundados de la responsabilidad del sospechoso respecto de conductas comprendidas en la competencia del Tribunal.

En relación al fundamento de la solicitud, el requerimiento del fiscal en el asunto Tadic incluía una doble consideración justificativa del recurso al art.9 (III): por una parte la existencia de pruebas, ignoradas por las autoridades alemanas, evidenciaban un catálogo de crímenes imputables al detenido mucho más amplio que el inicialmente utilizado para justificar competencia de los tribunales nacionales y, por otra, la convicción del Tribunal de que la inculpación tendría incidencia sobre las investigaciones y procesamientos de otros individuos. Tales argumentos fueron finalmente adoptados por la Sala como justificativos de la demanda de desistimiento¹¹⁸.

Por otra parte, conviene apuntar que la demanda se adopta en audiencia pública, pudiendo autorizarse la comparecencia a título de *amicus curiae* tanto del Estado requerido como de los representantes legales del acusado¹¹⁹.

Resulta inevitable reincidir en la necesidad de adaptación de la normativa interna de los Estados , aunque son pocos los que han cumplido con esta necesidad, y los que sí se han dotado de esta norma interna han incluido en ocasiones cláusulas que, intentando preservar aspectos de la legalidad interna del Estado, han limitado indebidamente la capacidad jurisdiccional preferente del tribunal.

¹¹⁸ Asunto IT-94-1-D “*Decision de la Chambre de premiere instance statuant sur la requete du procureur aux fins dessaisissement en faveur du Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie dans l'affaire Dusko Tadic*”, 8 de noviembre de 1994

¹¹⁹ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p.498-500.

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

La única excepción a la competencia judicial preferente del Tribunal Internacional prevista en el artículo 9.2 del Estatuto proviene del artículo 10 de la misma norma, relativo al principio de cosa juzgada, que en su apartado segundo dispone que:

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

- a) El acto por el cual se le sometió a juicio fue considerado delito ordinario o,
- b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria

Procesalmente, la incidencia del principio *non bis in idem* puede apreciarse en un doble momento: en primer lugar, cuando ya exista sentencia firme y definitiva emitida por un tribunal interno competente. En este caso, el principio de cosa juzgada desplegaría todos sus efectos. Las únicas posibilidades de actuación desde el Tribunal vendrían por la constatación de crímenes ignorados por el tribunal nacional, y en tal caso la aportación de nuevas pruebas derivadas de la investigación que llevaría a cabo la fiscalía y daría lugar a la apertura de un nuevo proceso; o de la apreciación de la existencia de una de las circunstancias del artículo 10.2 del Estatuto, anteriormente citadas. En cualquiera de los casos recaería sobre el tribunal la carga de prueba respecto de la existencia de uno de los motivos que desvirtuarían la aplicación del principio de *non bis in idem*. Asimismo cabe apreciarse la aplicación del principio respecto de procesos que permanezcan vivos ante los tribunales internos, es decir, respecto de procesos iniciados sobre los que no exista sentencia inapelable. En esta situación es donde realmente juega la jurisdicción concurrente sin que quepa alegar el principio de cosa juzgada. Por ello, la práctica del Tribunal revela que cuando ha sido impugnada su competencia esgrimiendo la existencia de un juicio previo ante un tribunal nacional, el principal empeño tanto de la defensa como de la fiscalía y de la Sala correspondiente ha sido demostrar el estadio procesal en el que intervino la demanda de desistimiento¹²⁰.

¹²⁰ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p.503-505.

4.2.3 La articulación de la obligación de cooperación estatal para garantizar la presencia de sospechosos y acusados ante el Tribunal

La cooperación estatal con el Tribunal es necesaria y obligatoria a lo largo de todo el procedimiento: la transmisión de información en poder del Estado para la investigación internacional, colaboración para la obtención de pruebas, cooperación para la protección de víctimas y testigos y, especialmente, cumplimiento de las órdenes de detención que permitan la puesta a disposición del Tribunal de sospechosos o acusados.

En el marco general del artículo 56 del Reglamento de Procedimiento se establece la obligación estatal de ejecutar cualquier mandato de detención a partir del “doble sistema de cooperación estatal” en la detención y transferencia de personas: la detención cautelar que expone el artículo 40 del Reglamento y por otra parte, una vez formalizada la acusación, las órdenes de arresto que comprenden los artículos 55 y 61 del mismo.

La detención cautelar es decretada por el fiscal en virtud del artículo 40 del Reglamento sin que en ningún caso medie un acta de acusación. Esta medida puede producirse en un estadio en el que únicamente existe una mera sospecha de la comisión de crímenes, sin que necesariamente se haya cerrado la instrucción inicial que desemboque en un acta de acusación. Su objeto es prevenir la posible evasión del sospechoso en el momento de apreciar los elementos de prueba, como paso previo a la acusación formal y a la orden de transferencia. Además, la medida cautelar se distingue de la orden de arresto en el origen de la misma y en las garantías procesales que rodean la detención. Así, es al propio fiscal a quien compete la solicitud de la medida frente a la necesaria intervención de un juez revestido de la autoridad del Tribunal en el caso de la orden de detención de los artículos 55 y 61 del Reglamento. Conviene apuntar que las medidas cautelares de arresto pueden afectar tanto a personas ya detenidas en un Estado con el fin de que se prolongue la detención como a ciudadanos sobre los que no recaiga iniciativa alguna en el orden judicial interno. En el caso de que el sospechoso ya estuviera detenido, la medida cautelar del Tribunal se superpone a la decisión policial o judicial interna, impidiendo una eventual puesta en libertad del detenido¹²¹.

Por otra parte, en relación a los mandatos internacionales de detención, cuando se confirma el acta de acusación por uno de los jueces de las salas de Primera Instancia y

¹²¹ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p.506-509.

teniendo en cuenta la imposibilidad de juicios en rebeldía¹²², el siguiente paso será la detención previa a la transferencia del acusado al Tribunal para iniciar el proceso en primera instancia. En virtud del artículo 55 del Reglamento de Procedimiento será competencia de uno de los jueces la emisión de un mandato de detención que necesariamente debe ir acompañado de una copia del acta de acusación y de un documento recordatorio de los derechos del acusado. El Secretario del Tribunal transmitirá el mandato a las autoridades nacionales del Estado en cuyo territorio resida el acusado o tenga su última residencia conocida.

Como es sabido, la efectividad del procedimiento en su conjunto dependerá del cumplimiento de esta obligación inicial del Estado, ya que una de las cuestiones que en mayor medida han dificultado la acción efectiva del Tribunal reside en el hecho de que fue creado con el conflicto en curso, donde los criminales, en el ámbito territorial afectado por la guerra, gozaban de poder político o militar o estaban protegidos por él, por lo que el arresto difícilmente se consumaba. A ello se tiene que añadir el rechazo a cooperar por parte de los Estados.

En este sentido es esencial para el funcionamiento efectivo del Tribunal la aplicación del procedimiento especial previsto en el artículo 61 del Reglamento de procedimiento y prueba titulado *procedimiento en caso de inejecución de un mandato de detención*. Una vez confirmada el acta de acusación, emitida la correspondiente orden de detención en virtud del artículo 55 y constatada la falta de ejecución de la misma en el plazo razonable y, por tanto, la ausencia de notificación de la acusación, una Sala de primera instancia puede emitir una orden internacional de detención transmitida a todos los Estados con el fin de posibilitar la captura del acusado en el caso de que abandone el territorio donde se ha refugiado y cuyas autoridades no puedan o no quieran cumplir la orden del Tribunal. De esta suerte, se paliarían los efectos de la negativa a cooperar por parte de algunos Estados directamente requeridos por el Tribunal en la medida en que se convierte al acusado en fugitivo internacional. De esta forma el artículo 61 permite al tribunal no estar absolutamente desarmado frente a la incomparecencia del acusado y relanzar y mantener vivo un proceso que, de lo contrario, estaría condenado al olvido. Procesalmente, no es un juicio en rebeldía ya que, no es consecuencia de un proceso que culmina en sentencia. Si

¹²² Tal y como establece el artículo 21.4b del Estatuto del Tribunal: “El acusado, en la sustanciación de los cargos que se le imputen conforme al presente Estatuto, tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías mínimas (...), a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o se asistido por un defensor de su elección...”

la persona es finalmente detenida, deberá iniciarse un procedimiento ex novo en el que el acusado podrá contestar a las acusaciones formuladas¹²³.

Según explica F. Javier Quel López, la decisión de dictar la orden internacional de detención es competencia de la Sala de Primera Instancia a la que pertenezca el juez que inicialmente haya confirmado el acta de acusación. La Sala, en audiencia pública, deberá valorar tanto la existencia de indicios razonables acerca de la comisión de los crímenes que se imputan al acusado, como la calificación jurídica de los hechos presentada por el fiscal con el fin de determinar su competencia en el contexto del derecho material aplicable por el Tribunal.

Además, el procedimiento especial del artículo 61 constituye un juicio respecto de la posición de aquel o aquellos Estados que hayan impedido el cumplimiento de la notificación del acta de acusación y la subsiguiente orden inicial y directa de detención. En efecto, si el fiscal establece en la audiencia ante la Sala de primera instancia que la ausencia de notificación del acta de acusación y el incumplimiento de la orden de detención es achacable a la falta de colaboración debida por todo Estado, la Sala, a través de su presidente, puede poner ese hecho en conocimiento del Consejo de Seguridad.

A modo de conclusión, cabe afirmar la utilidad del procedimiento en la represión de delicta iuris gentium desde una triple perspectiva. En primer lugar mantiene vivo el proceso constituyendo un recordatorio judicial permanente acerca de la atrocidad de los crímenes cometidos por individuos directamente responsables con la complicidad del Estado o autoridades de hecho. En segundo término, limita la libre circulación de criminales en el exterior del país de refugio y convierte al acusado en un rehén de los cambios políticos internos que pudieran provocar la desaparición de su impunidad. Por último, la puesta en marcha del procedimiento del artículo 61 obliga al Tribunal a señalar al Estado o autoridad culpables del amparo a los criminales y a informar de la situación al Consejo de Seguridad¹²⁴.

¹²³ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p.510-515.

¹²⁴ QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Op. cit.*, p. 515-517.

Conclusión

Al inicio de este Trabajo de Final de carrera esperaba, desde la más plena ignorancia en el tema, encontrar una regulación jurídica sobre el derecho de los conflictos armados que me permitiese identificar la norma y su directa aplicación en cada acción ejecutada, con mayor o menor fidelidad. No tardé en darme cuenta que en lo que a conflictos armados se refiere la realidad está compuesta por un totum revolutum lleno de decisiones políticas, algunas poco acertadas, actores internacionales para los que cada conflicto es nuevo en todos los sentidos –y que en consecuencia tienen que adaptar la norma a la situación particular-, y un marco legislativo que defiende principios humanitarios que, por su falta de medios para aplicarlos, pueden llegar a quedarse en meras declaraciones de voluntades.

Analizar jurídicamente el conflicto de los Balcanes ha sido una tarea compleja por la dificultad de abarcar en un solo trabajo la participación los actores involucrados en el escenario de una zona de Europa duramente castigada a lo largo de la historia. De éste se desprende que la regulación internacional en favor del arreglo pacífico de controversias no es respetada a la hora de iniciar un conflicto armado y que los métodos propuestos por el Derecho Internacional, como el sistema de las potencias protectoras, apenas son utilizados. En esta línea tampoco se han respetado las normas de Derecho Internacional Humanitario, aun ser consideradas como universales y de carácter consuetudinario, especialmente en los casos de conflictos internos, como el de la Antigua Yugoslavia.

Concretamente, la Comunidad Europea creyó en un primer momento que podría lidiar con el conflicto yugoslavo. Primero había apostado por la unidad del Estado Yugoslavo y menospreció por lo general el potencial de las reivindicaciones nacionalistas. Ya se contradujo cuando, bajo la influencia de Alemania reconoció en julio de 1992 la independencia de Eslovenia. La incapacidad de Europa para hacer frente al conflicto balcánico se evidenció con el aumento de focos de hostilidades durante la guerra de Croacia y con el reconocimiento de este Estado por motivos políticos a pesar de que los informes de la Comisión de Arbitraje indicaban que no tenía solidez suficiente como para ser independiente.

Los intentos de pacificación por vía diplomática fracasaron uno tras otro, dejando la evidencia de que el liderazgo de la Unión Europea no era el inicialmente esperado. Al fracasar los medios pacíficos y ante la crueldad del conflicto visto desde una vertiente humanitaria, el envío de cascos azules en operaciones de imposición de la paz, permitiéndoles el uso de la fuerza, supuso una excepción (necesaria) a la prohibición que caracteriza los ideales de Naciones Unidas. Por lo que a las sanciones se refiere, la

involucración de la UNPROFOR en el bloqueo aéreo fue incomprensible y la autorización a los Estados al uso de la fuerza, duramente criticado.

Otro de los hechos que llevó a criticar el papel ejercido por la comunidad internacional en el conflicto fue a partir de la falta de entendimiento entre la ONU y la OTAN, y en consecuencia esta última, condicionada por su carácter ofensivo y por los intereses políticos norteamericanos, bombardeó Kosovo en 1999 sin previa autorización del Consejo de Seguridad, hecho calificado posteriormente como una grave infracción del derecho internacional, si bien no se le ha aplicado ninguna medida punitiva que pueda prevenir otro escenario de la misma índole en un futuro.

Finalmente, la respuesta a las repetidas violaciones del DIH ha sido la protagonizada por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, un mecanismo eficiente que ha castigado las repetidas violaciones del Derecho Internacional Humanitario durante el conflicto. Hasta julio de 2011 había procesado a 161 personas.

Bibliografía

Legislación

- Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.
- I Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977.

Manuales y libros de texto

- ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J; GARCÍA SEBASTIÁN, M; GATELL ARIMONT, C; PALAFOX GAMIR, J; RISQUES CORBELLA, M, *Perspectiva. Historia del mundo contemporáneo*, 1ª ed., Barcelona: editorial Vicenç Vives, 2006
- DÍEZ DE VELASCO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010
- ESPALIÚ BERDUD, CARLOS: *Derecho Internacional Público*, Ed. Huygens, Barcelona, 2012

Bibliografía

- CHECA HIDALGO, DIEGO: *La acción exterior de la Unión Europea hacia los países de la antigua Yugoslavia*, Universidad Complutense de Madrid (en línea). <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1129416.pdf> [consulta 09 septiembre 2013]
- PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO: *El fundamento y la naturaleza jurídica de las operaciones de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas* (en línea), Armario Jurídico y Económico Escorialense, vol. XXX, 1997 [consulta: 09 de octubre 2013]
- PEREA UNCETA, JOSE ANTONIO, *La actuación de las Naciones Unidas en el conflicto de la Antigua Yugoslavia* (en línea), Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000 [consulta: 23 de octubre 2013]
- SALOMON, ELIZABETH: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (en línea), 2004, <www.corteidh.or.cr> [consulta: 09 de octubre 2013]
- STARK, H., *Les Balkans, le retour de la guerre en Europe*, IFRI, París, 1993

Artículos

- ABRISKETA, JOANA: *Acción humanitaria: fundamentos jurídicos* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco. <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 09 septiembre 2013]
- ABRISKETA, JOANA: *Derecho Internacional Humanitario* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco. <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 09 septiembre 2013]
- ABRISKETA, JOANA: *Intervención humanitaria* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo, Universidad del País Vasco. <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 11 septiembre 2013]
- ABRISKETA, JOANA: *Operaciones de Paz*, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo (en línea) <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 07 de octubre 2013].
- ABRISKETA, JOANA: *Tribunales Penales Internacionales ad hoc (para ex Yugoslavia y Ruanda)* (en línea). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al desarrollo,

Universidad del País Vasco. <<http://dicc.hegoa.efaber.net>> [consulta: 11 septiembre 2013]

- CONSIGLI, JOSÉ ALEJANDRO; VALLADARES, GABRIEL PABLO: *Las operaciones de mantenimiento de la paz y el Derecho Internacional Humanitario*, 1998. <www.icrc.org> [consulta: 15 octubre de 2013]

- CRUZ, YOEL; RODRÍGUEZ, MIRTA; GUAL, JORGE FÉLIX: *El Derecho Internacional Humanitario en el contexto mundial*, La Razón, Suplemento La Gaceta Jurídica, Bolivia, 2012. <http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/> [consulta: 19 de octubre 2013]

- DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA, NACIONES UNIDAS: *Ex Yugoslavia-UNPROFOR, Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, 1996 (en línea). <www.un.org> [consulta: 2 de octubre 2013]

- FERREIRA NAVARRO, MARCOS: *La intervención de Europa en los conflictos de la Antigua Yugoslavia* (en línea). Revista de Classeshistoria. Artículo número 331 de 15 de noviembre de 2012 [consulta: 23 de octubre 2013]

- LLANOS MANSILLA, HUGO: *Algunos aspectos relevantes de las actividades del Tribunal Internacional de la Ex Yugoslavia* (en línea), Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1988 [consulta: 09 de octubre 2013]

- LÓPEZ MARTÍN, ANA GEMMA: *Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia*, 2009. <<http://eprints.ucm.es/6995/>> [consulta: 15 de octubre 2013]

- MOMTAZ, DJAMCHID: *La intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo y la prohibición de recurrir a la fuerza*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 2000. <www.icrc.org> [consulta: 18 de septiembre 2013]

- MURGA MENDOZA, NICOLÁS; RUIZ NOGAL, LUIS: *Nuevo concepto estratégico*, El País, artículo de 4 de mayo de 1999 (en línea). <<http://elpais.com>> [consulta: 22 de octubre 2013]

- PEROVIC, L: *Yugoslavia fue derrotada desde dentro* (en línea), en Debats, núm.48, 1994 [consulta: 09 de septiembre 2013]

- QUEL LÓPEZ, F.JAVIER: *Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*

(en línea), Anuario de derecho internacional, ISSN 0212-0747, núm. 13, 1997 [consulta: 15 de octubre 2013]

- RHENÁN SEGURA, JORGE: *El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia*, <www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/rhenan12.htm> [consulta: 23 septiembre 2013]

- ROBERGE, MARIE-CLAUDE: *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, Artículo de 30 de noviembre 1997, Revista Internacional de la Cruz Roja. <www.icrc.org> [consulta: 09 de septiembre 2013]

Webgrafía

- CICR: Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas (en línea). <www.cicr.org> [consulta: 07 de agosto 2013]

- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario*, marzo 2008. <<http://www.icrc.org>> [consulta: 2 de junio 2013]

- CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Fines y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario* (en línea). <www.cruzroja.es> [consulta: 09 de octubre 2013]

- CRUZ ROJA ESPAÑOLA: *Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario* (en línea). <www.cruzroja.es> [consulta: 09 de octubre 2013]

