

LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA *

MÓNICA PINTO **

La existencia de un conflicto armado es la circunstancia objetiva que permite la aplicación concreta del derecho internacional humanitario. Esto es que dada la existencia de un conflicto armado existe un deber internacional de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, a título de normas convencionales o consuetudinarias.

El carácter peculiar del conjunto normativo caracterizado como Derecho de Ginebra —su expreso y deliberado objetivo de proteger a las víctimas del conflicto— ha sido el disparador de una doctrina, pacífica y bien consolidada, respecto del carácter objetivo que supone la existencia del conflicto armado y de su independencia respecto de la doctrina del uso de fuerza instituida a la luz de las competencias con que la comunidad internacional ha dotado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En este hacer subyacía la idea de un derecho internacional humanitario concebido bajo criterios cualitativamente distintos a los imperantes en la normativa anterior a la Segunda Guerra Mundial aunque dirigido a la protección de, aproximadamente, el mismo objetivo. En efecto, el derecho internacional humanitario consagrado en 1949 resume los criterios de objetividad que requiere la protección del ser humano y soslaya las distinciones que bajo el conjunto normativo anterior autorizaban a distinguir entre aquellos del buen o del mal costado de la historia.

Sólo un concepto objetivamente constatable en la realidad y alejado de la manipulación política que supone el deslinde de competencias en el contexto del uso de fuerza podía autorizar la cristalización de un derecho internacional humanitario aplicable casi automáticamente.

* Quiero agradecer a Valeria Drocco Rabaglia y Emiliano J. Buis por su activa colaboración en la investigación para este trabajo y por sus comentarios. También a Silvia A. Fernández por su lectura.

** Profesora titular regular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías. Vicedecana, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Si los Convenios de 1949¹ lograron este objetivo y lo ampliaron consagrando —aunque con un grado de dificultad mayor en su aplicación práctica— la noción de conflicto armado interno o no internacional y con ello permitieron la consolidación de un conjunto normativo aplicable en los momentos en que el derecho parece ceder la totalidad de su espacio a la fuerza y los Protocolos Adicionales de 1977² intentaron completar el esquema de posguerra, la jurisprudencia del primer tribunal internacional para considerar las violaciones al derecho internacional humanitario parece haber tenido la virtud de extender a todos los conflictos armados normas sólo concebidas para los de carácter internacional.

Nuestro propósito en las páginas que siguen es el de efectuar una breve reseña de la extensión operada por la jurisprudencia del ICTY³, partiendo de los estándares tradicionales consagrados por los convenios y los protocolos.

I. LOS CONVENIOS DE 1949, EL PROTOCOLO I Y EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

El art. 2, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 prevé que: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en

¹ Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña del 12 de agosto de 1949 (Convenio I), 75 UNTS 31; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar del 12 de agosto de 1949 (Convenio II), 75 UNTS 85; Convenio de Ginebra sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra del 12 de agosto de 1949 (Convenio III), 75 UNTS 135; Convenio de Ginebra sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra del 12 de agosto de 1949 (Convenio IV), 75 UNTS 287.

² 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), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3; 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), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 609.

³ La bibliografía al respecto es abundante. Sólo a modo de ejemplo, véase: MERON, T., “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, 88 *Am.J.Int'l L.*, 1994, p. 78; “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 *Am.J.Int'l L.*, 1995, p. 554; “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, 92 *Am.J.Int'l L.*, 1998, p. 236; SWAAK-GOLDMAN, Olivia, “Prosecutor v. Erdemovic, Judgment case IT-96-22-A. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals of Chamber, october 7, 1997”, 92 *Am.J.Int'l L.*, 1998, p. 282; MURPHY, Sean D., “Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 93 *Am.J.Int'l L.*, 1999, p. 57; TRIFFERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, ps. 262-286; VENTURINI, Gabriella, “War Crimes in International Armed Crimes”, en POLITI, Mauro - NESI, Giuseppe (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Ashgate, Dartmouth, 2001, 95/117; DURHAM, Helen, “International Criminal Law and *ad hoc* tribunals”, en DURHAM, H. - MCCORMACK, T. L. H. (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer, The Hague, 1999, ps. 193/203; DAVID, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 1999, ps. 92/170; DELGADO CÁNOVAS, Juan B., *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia*, Granada, 2000, ps. 25/63.

tiempo de paz, el presente convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”, y que “se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”.

En este contexto, los Comentarios a los Convenios de 1949 pusieron énfasis en señalar que la mera ocurrencia material de hostilidades daba lugar a la existencia del conflicto. La idea básica consistía en alejar, en la medida de lo posible, la conjunción material de acciones que sumadas importan un conflicto armado de la calificación jurídica que el uso de fuerza en tal conflicto merecía y, en esa medida, del pronunciamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la entidad y naturaleza de dicho uso.

Así, cualquier diferencia entre dos Estados que conduzca a la intervención de sus fuerzas armadas en un conflicto armado en el sentido del art. 2, común aun cuando una de ellas pueda negar la existencia del estado de guerra, es causa de aplicación de los Convenios. No se trata de considerar la intensidad del conflicto ni la medida del empleo de armamento de guerra.

Esta ponderación de circunstancias objetivas soslaya la cláusula “*si omnes*” que en el Derecho de La Haya, aun modificado por los textos de Ginebra, acotaba la aplicación a estrictos términos sinalagmáticos, lo que —sumado a la descalificación de combatientes irregulares, espías y otros para gozar del estatus de protección— permitía una lectura de las normas que no superaba la de la necesaria protección y reciclamiento de los escasos y finitos recursos humanos con que cada Estado contaba para el ordinario desenvolvimiento de la solución de sus controversias⁴.

En el mismo orden de ideas debe leerse lo relativo a la ocupación de territorio que, acorde lo establecido en los Comentarios, permite la protección de bienes, establecimientos y personas otras que los heridos, enfermos y náufragos⁵.

La necesidad de adaptar el derecho fraguado en 1949 a los conflictos armados que tuvieron lugar desde la entrada en vigor de la Carta de las Naciones

⁴ Esta lectura, poco simpática, del Derecho de Ginebra puede indudablemente no haber sido la de sus autores intelectuales, los miembros originales del Comité de los Cinco. Empero, pocas dudas caben respecto de que ella es la que mantuvieron los Estados que se sintieron motivados a combinar la protección de los combatientes con la restricción en el empleo de ciertas armas e, incluso, a proponer la alternativa de modos pacíficos de solución de controversias. Véase al respecto la nota circular rusa en la que se propone la Primera Conferencia de la Paz, firmada por el Conde Mouravieff, ministro de Relaciones Exteriores de Rusia, San Petersburgo, 12 de agosto de 1898, en BROWN SCOTT, James (comp.), *Dotación Carnegie para la paz internacional. Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Oxford University Press, Nueva York, 1916, p. xvi.

⁵ *Commentaries on Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick of Armed Forces in the Field*, Geneva, 12 de agosto de 1949, art. 2, ps. 28/29, www.icrc.org/ihl.

Unidas —y, consecuentemente, de sus normas sobre uso de fuerza— dio lugar a la adopción del Protocolo Adicional I.

En punto a los conflictos armados internacionales, el art. 1 del Protocolo aclara que su propósito es sustancialmente el de completar las disposiciones de la inmediata posguerra ⁶ y luego agrega: “Las situaciones [previstas en el art. 2, común a dichos Convenios] a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

La norma de 1977 incorporó las guerras de liberación nacional a los conflictos armados internacionales —generando no pocas susceptibilidades y flexibilizando la malla normativa que estaba llamado a completar— y, por esta vía, sustrajo a la discrecionalidad de Estados soberanos (y metrópolis) la posibilidad de considerar tales luchas como un asunto interno y con ello degradar el nivel de protección debido a los partisanos. Más allá de ello, el Protocolo solucionó de un plumazo diplomático el estatuto de la OLP en el conflicto de Medio-Oriente.

En este escenario, los Convenios y el Protocolo I prevén su aplicación automáticamente, sin reciprocidad alguna, y en ellos rigen los criterios de personas protegidas, de bienes e instalaciones protegidos, de prohibiciones absolutas, de infracciones graves que los Estados deben tipificar y a tenor de las cuales deben deslindarse responsabilidades personales.

En el marco de los conflictos armados internacionales, se consideran “infracciones graves” a las conductas que implican cualquiera de los actos siguientes, si son cometidas contra personas o bienes protegidos en los Convenios: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria ⁷. En relación con los prisioneros de guerra se agrega el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del Convenio III. Respecto de la población civil, son también infracciones graves las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la po-

⁶ Art. 1.3.

⁷ Arts. 50, 51, 130, 147.

tencia enemiga, privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del Convenio IV, la toma de rehenes.

El Protocolo I agrega como infracciones graves, cuando ocasionan la muerte o perjudican gravemente a la integridad física o a la salud, los siguientes actos intencionales: ataques contra la población civil, contra las personas civiles, contra los bienes civiles, ataques indiscriminados o contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que causarán pérdidas en vidas humanas, heridos entre las personas civiles o daños a bienes civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, ataques contra las localidades no defendidas y las zonas desmilitarizadas, ataques contra las personas reconocidas fuera de combate y el uso pérfido del signo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos, cualquier traslado por la potencia ocupante de parte de la propia población civil al territorio que ocupa, la deportación o el traslado de la totalidad de una parte de la población de ese territorio, toda injustificada demora en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, la práctica del *apartheid* y de más prácticas análogas, los ataques dirigidos contra los bienes culturales claramente reconocidos ⁸.

Todas estas infracciones graves son, en virtud del Protocolo I, crímenes de guerra.

II. LOS CONVENIOS DE 1949, EL PROTOCOLO II Y EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Se ha repetido hasta el cansancio que uno de los mayores logros de la codificación y desarrollo progresivos consagrados en 1949 fue la inclusión del art. 3, común, el denominado “miniconvenio” aplicable a los conflictos armados no internacionales. En efecto, la cláusula en cuestión propone que: “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 [...]”.

El acotamiento de las hostilidades a un ámbito territorial nacional, la decisión de no otorgar mayor relevancia, al menos desde el punto de vista formal, a la calidad de las partes ni a su estatuto jurídico, permitía intentar un compromiso de los Estados con un conjunto mínimo de obligaciones a asumir, al tiempo que los correspondientes derechos se generaban para los beneficiarios. Además, quedaba abierta la posibilidad de poner en vigencia un nivel de protección más amplio si ello era posible o factible.

⁸ Art. 85, Protocolo I.

Algo de las situaciones de emergencia del derecho nacional, que los tratados de derechos humanos incorporarían expresamente ⁹, ingresaba al derecho internacional humanitario en 1949, adelantando el criterio de ciertos derechos no suspendibles.

Análogamente a la relación art. 2, común y Protocolo I, en el campo de los conflictos no internacionales, un Protocolo Adicional II intentó completar el art. 3, común. En rigor, el texto del art. 1, Protocolo II dispone que:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el art. 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el art. 1, 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) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

”2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

Sin perjuicio de cierta dificultad que se experimenta en considerar que el estricto marco del ámbito de validez material diseñado por el Protocolo II pueda desarrollar y completar los amplios y generosamente comprensivos límites del art. 3 ¹⁰, lo cierto es que la norma de 1977 tuvo la cualidad de elevar el nivel de protección en esta clase de conflictos ¹¹.

En todo caso, a los fines que aquí interesan, resulta importante señalar que las normas de derecho internacional humanitario también se aplican automáticamente en caso de conflicto armado no internacional y que en ellas tampoco rige el principio de reciprocidad. Sin perjuicio de los supuestos a los que hipo-

⁹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221, art. 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, A/RES/2200 A (XXI), art. 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, art. 27; Carta Árabe de Derechos Humanos, Liga de Estados Árabes, 15 de septiembre de 1994, 18 Hum. Rts. L. J. (1997), art. 4(b) y (c).

¹⁰ Todo permite inferir que la formulación del conflicto armado no internacional, del Protocolo II, se acerca a los criterios de la guerra civil en tanto que el esquema previsto en el art. 3, común es, por su amplitud, comprensivo de múltiples situaciones en las cuales los requisitos del Protocolo II no se dan aunque efectivamente haya conflicto armado.

¹¹ Lo cierto es que, a pesar de sus estrecheces, el Protocolo II es la puerta de entrada de una importante cantidad de normas del derecho de los derechos humanos —sustancialmente de varias disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— al ámbito del derecho internacional humanitario.

téticamente se puedan aplicar, los Comentarios son claros al señalar que “en términos generales, debe reconocerse que los conflictos a los que se refiere el art. 3 son conflictos armados, con fuerzas armadas en cada lado comprometidas en hostilidades-conflictos, en resumen que en muchos aspectos son similares a la guerra internacional, pero que se desarrollan en los confines de un solo país”¹².

En todo caso, en una suerte de Cláusula Martens, se asume que en los casos en los que no se aplica el art. 3 ni el Protocolo II, cualquiera sea la naturaleza del conflicto entre las partes, el Estado involucrado no puede tener problemas en aplicar las normas que cotidianamente aplica a los delincuentes comunes, esto es, las normas básicas del derecho de los derechos humanos.

Así planteadas las cosas, resulta que las condiciones del conflicto armado se reúnen cuando materialmente se dan las hostilidades y que el carácter del conflicto se determina sustancialmente por la pertenencia o no del escenario a un territorio estatal.

En relación con los conflictos armados sin carácter internacional —los que surgen en el territorio de un Estado— el art. 3, común a los cuatro Convenios, prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; la toma de rehenes; los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El Protocolo II agrega las siguientes prohibiciones: los castigos colectivos; los actos de terrorismo; la violación; la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; el pillaje y la amenaza de realizar cualquiera de estos actos.

Parece claro que las prohibiciones previstas para el contexto no internacional son más cercanas a las que consagra un tratado de derechos humanos que a las infracciones graves contenidas en los Convenios y el Protocolo I.

III. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y EL CONFLICTO ARMADO

El 22 de febrero de 1993, en el marco de un conflicto armado, considerado como una amenaza a la paz, dando lugar a la aplicación de medidas coercitivas¹³ y a la implementación de una operación para el mantenimiento de la

¹² Comentarios *supra* nota 5, p. 37.

¹³ S/RES/713 (1991) de 25 de septiembre de 1991. En esta ocasión, el Consejo de Seguridad, en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió un embargo general y completo

paz ¹⁴, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió, por res. 808/1993, el establecimiento de un 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 ¹⁵.

En su momento, entendí que se [trataba] “de una decisión importante y novedosa: es la primera ocasión en que las Naciones Unidas deciden la constitución de un tribunal internacional *ad hoc* y la segunda experiencia mundial luego del Juicio de Nuremberg [...]. Parece indudable que la decisión del Consejo de Seguridad tiene también ribetes pedagógicos. Este enjuiciamiento afirma sin ambages que la guerra tiene leyes, afirmación históricamente cuestionada por generalatos propios y ajenos.

”El manejo de los tiempos —está previsto el establecimiento del tribunal aun durante el desarrollo del conflicto— dice mucho de una política contra la impunidad, que como fantasma asoma cuando se aquietan las aguas y todos los ojos miran hacia la reconciliación nacional.

”Si esto es así, y con ello el Consejo de Seguridad inaugura una práctica en la que la violación masiva de los derechos humanos será considerada como una amenaza o un quebrantamiento de la paz y la impunidad en la comisión de estos crímenes no será tolerada, el orden internacional que emerge de la caída del Muro de Berlín encontrará expresión en una revalorización de la persona humana y la legitimidad de los gobiernos comenzará a medirse por su respeto de los derechos humanos. Queda en manos de ese núcleo restringido de países que forman el Consejo de Seguridad mantener la práctica sin selectividades caprichosas ¹⁶”.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY) adoptado por res. 827 de 25 de mayo de 1993, sucesivamente enmendado por res. 1166/1998, 1329 (2000) y 1411 (2002), todas ellas del Consejo de Seguridad, establece la competencia del tribunal por infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2), violaciones a las leyes y costumbres de la guerra (art. 3), genocidio (art. 4), crímenes contra la humanidad (art. 5). En este último caso, el Estatuto dispone expresamente que debe tratarse de crímenes cometidos durante el conflicto armado, internacional o interno, y dirigidos contra una población civil.

sobre todos los envíos de armas y material bélico a Yugoslavia. Estas medidas fueron ampliadas en posteriores resoluciones.

¹⁴ S/RES/743 (1992) de 21 de febrero de 1992 establece la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR).

¹⁵ S/RES/808 (1993) de 22 de febrero de 1993.

¹⁶ PINTO, Mónica. “Un tribunal internacional para las violaciones a los derechos humanos”, LL, 1993-D-793/799.

Ello así, la existencia de conflicto armado es consustancial al ejercicio de la competencia por parte del ICTY¹⁷. Ello importa además, otorgar una relevancia especial a los criterios empleados por esta jurisdicción para determinar que el mentado conflicto se da en la materialidad de los hechos.

En efecto, trátase de un elemento “jurisdiccional” y no de un “elemento sustantivo del *mens rea* de los crímenes contra la humanidad”¹⁸. En este orden de ideas, el Tribunal elabora sobre la relación entre el conflicto armado y los crímenes que se imputan al procesado, a la luz de la totalidad de las normas aplicables por esa jurisdicción.

Ello así, para la aplicación del art. 3, del Estatuto no sólo se requiere la existencia de conflicto armado sino también que los actos del procesado estén íntimamente relacionados con el conflicto.

Este vínculo no exige una exacta correspondencia geográfica entre el lugar del combate y el del desarrollo por el procesado de la conducta cuestionada. En rigor, es suficiente con que el crimen esté íntimamente vinculado a las hostilidades que tienen lugar en otras partes del territorio¹⁹. De lo que se trata es de considerar que aun cuando el conflicto armado no sea causal de la comisión del crimen, sí haya jugado un papel sustancial en la habilidad de quien lo ha perpetrado, en su decisión de cometerlo, en la manera de cometerlo²⁰.

Lo que debe quedar en claro es que no hay tal exigencia en el derecho internacional consuetudinario que, en relación con los crímenes contra la humanidad, perdió el requisito contextual del conflicto armado cuando se reformuló con características de generalidad el crimen de genocidio inicialmente enunciado en el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg²¹.

La Cámara de Apelaciones expresó al respecto que “La ausencia de vínculo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional es ya una bien establecida norma de derecho internacional consuetudinario. Indudablemente, como lo señala el fiscal, el derecho internacional consuetudinario puede no requerir conexión alguna entre los crímenes contra la humanidad y cualquier tipo de conflicto. Por ello, al exigir que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en un conflicto armado interno o internacional, el Consejo de Seguridad puede haber definido el crimen del art. 5 más

¹⁷ International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia.

¹⁸ “Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber”. Judgment, 15 de julio de 1999, párr. 249. Esta traducción, como las siguientes, me pertenecen.

¹⁹ “Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, Trial Chamber, 22 de febrero de 2001, párr. 57.

²⁰ “Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, Trial Chamber, 22 de febrero de 2001, párr. 58.

²¹ Véase, “The Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis”, 82 UNTS 251, London, 8 de agosto de 1945. En mi trabajo “Un tribunal internacional para las violaciones a los derechos humanos”, cit., se efectúan consideraciones análogas.

estrechamente de lo necesario en el derecho internacional consuetudinario. Es innegable, sin embargo, que la definición de los crímenes contra la humanidad adoptada por el Consejo de Seguridad en el art. 5 se conforma al principio *nullum crimen sine lege*”²².

En razón de la decisión del ICTY de enrolarse en el sistema del *stare decisis*, las decisiones fundamentales adoptadas en el contexto del caso “Tadic” han dado lugar a su invocación en todos los casos que lo siguieron y, en ese hacer, la síntesis que ha hecho de su propia jurisprudencia el Tribunal es encomiable: “La existencia de un conflicto armado en relación con los crímenes contra la humanidad va más allá de las exigencias del derecho internacional consuetudinario. Ha sido interpretada por la Cámara de Apelaciones como un prerrequisito general —propio del Estatuto del Tribunal— que supone la *existencia* de un conflicto armado en el tiempo y el lugar relevantes a los fines de la acusación. El requisito de que exista un conflicto armado no necesita de ninguna relación sustantiva entre los actos del acusado y el conflicto armado por la cual el acusado haya intentado participar en el conflicto armado. La Cámara de Apelaciones ha sostenido que no se exige un nexo entre los actos del acusado y el conflicto armado. El requisito del conflicto armado se satisface con la prueba de que existió un conflicto armado en tiempo y lugar relevantes [a los fines de la Acusación]”²³.

En punto al requisito de ataque a la población civil, el Tribunal prolijamente señala que en el contexto del art. 5 del Estatuto esta noción puede entenderse como sinónimo del conflicto armado. Sin embargo, ambos conceptos poseen una entidad distinta pues si bien los crímenes contra la humanidad sólo exigen del contexto del conflicto armado en los términos del art. 5 del Estatuto y no en el derecho internacional consuetudinario, siempre exigen estar dirigidos contra la población civil²⁴.

IV. EL ICTY Y LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

En el escrito de acusación de la Fiscalía, en el caso “Tadic”, el ámbito de validez material de las conductas del acusado —esto es, la existencia de conflicto armado— se comprueba con las siguientes “afirmaciones generales”: i) en todo el tiempo que interesa a los fines de la acusación, existía un estado de

²² ICTY, “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1 de octubre de 1995, párr. 141.

²³ “Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, Trial Chamber, 22 de febrero de 2001, párr. 413. En este párrafo, el Tribunal de Juicio recrea su propia jurisprudencia: “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94-1-A, Judgment, 15 de julio de 1999, párr. 249-272; “Prosecutor v. Kuprěškic and others”, case IT-95-16-T, Judgment, 14 de enero de 2000, párr. 546; “Prosecutor v. Blāškic”, case IT-95-14-T, Judgment, 3 de marzo de 2000, párr. 71.

²⁴ “Prosecutor v. Tadic”, Appeals Chamber, Judgment, 15 de julio de 1999, párr. 251.

conflicto armado y ocupación parcial en el territorio de Bosnia-Herzegovina; ii) todos los actos y omisiones mencionados en la acusación constituyen infracciones graves reconocidas por el art. 2 del Estatuto del Tribunal que ocurrieron durante el conflicto armado y la ocupación parcial; iii) todos los prisioneros del campo Omarska, y los musulmanes bosnios y croatas del opstina de Prijedor a los que se refiere la acusación eran, en todo tiempo, personas protegidas por las Convenciones de Ginebra de 1949; iv) todos los acusados en esta acusación tenían la obligación de conformarse a las leyes y costumbres de la guerra en la conducción de las hostilidades, incluidas las Convenciones de Ginebra de 1949; v) excepto cuando se indica expresamente, todos los actos y omisiones señalados en esta acusación tuvieron lugar entre el 24 de mayo y el 30 de agosto de 1992 [...]"²⁵.

Al resolver el planteo de apelación de la defensa de Tadic contra la decisión del 10 de agosto de 1995 de la sala II del Tribunal de Juicio, la Cámara de Apelaciones esbozó algunas directivas respecto de la noción de conflicto que no se apartan de las tradicionales. En este sentido, sostuvo que "entendemos que existe conflicto armado cuando se da el recurso a la fuerza entre Estados o prolongada violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en [el territorio de] un Estado..."²⁶.

La Cámara recordó que el Consejo de Seguridad se abstuvo de calificar el conflicto armado en internacional o no internacional, que las partes se habían mostrado de acuerdo en que los conflictos en la antigua Yugoslavia desde 1991 han tenido aspectos internos e internacionales, y así concluyó²⁷.

De esta manera, la no definición sobre la naturaleza del conflicto por parte de la alzada inaugura un nuevo ámbito, el de los conflictos armados *lato sensu*. Si obviar la definición pretende ampliar el campo de la justicia y con ello reafirmar que el conflicto armado cualquiera sea su naturaleza tiene sus propias leyes, ello no puede sino suscitar consenso. Empero, la sola afirmación anterior no alcanza para determinar cuáles son las obligaciones a cargo de las partes en el conflicto y cuya violación da origen al reproche que se efectúa ante esta instancia internacional. Será necesario determinar el derecho sustantivo que las partes violaron.

El Tribunal de Juicio, en su sentencia del 7 de mayo de 1997, debe especificar el derecho aplicable a tenor de los arts. 2, 3 y 5 del Estatuto y para ello debe determinar la existencia de conflicto armado. En este orden de ideas, señala que "Cada uno de los artículos pertinentes del Estatuto, sea por lo dispues-

²⁵ ICTY, "The Prosecutor of the Tribunal Against Dusan Tadic a/k/a 'DULE' Goran Borovnica", Indictment, case IT-94-1-I, párr. 3.1-3.9, 13 de febrero de 1995.

²⁶ ICTY, "Prosecutor v. Tadic", case IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1 de octubre de 1995, párr. 70.

²⁷ *Idem*, párrs. 72, 77.

to en la propia disposición sea en virtud de la norma consuetudinaria que él recoge, prohíbe ciertos actos cuando son cometidos en el contexto de un ‘conflicto armado’”²⁸. Al respecto, el Tribunal especifica que el art. 3 del Estatuto, que trata de las leyes y costumbres de la guerra “es una disposición general que cubre todas las violaciones del derecho internacional humanitario, bajo reserva de ciertas condiciones, que no dependen del art. 2 o no están cubiertas por los arts. 4 o 5. [Tales violaciones] comprenden las violaciones del art. 3, común a los Convenios de Ginebra (‘art. 3, común’), aplicable a los conflictos armados en general, que son reprochadas al acusado en virtud del art. 3 del Estatuto”²⁹.

Es en este contexto, recordando la descripción del conflicto armado que la Cámara de Apelaciones efectúa en 1995, el Tribunal de Juicio sostiene que “el criterio aplicado por la Cámara de Apelaciones en cuanto a la existencia de un conflicto armado a los fines de la disposición del art. 3, común se concentra en dos aspectos del conflicto: su intensidad y la organización de las partes en conflicto”³⁰.

De allí que sostenga “durante todos los períodos pertinentes, un conflicto armado existía entre las partes en conflicto en la República de Bosnia-Herzegovina, de un ámbito y una intensidad suficientes para la aplicación de las leyes y costumbres de la guerra referidas en el art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aplicable a los conflictos armados en general, incluidos los conflictos armados que no presentan un carácter internacional”³¹.

Es en relación con esto último que el Tribunal de Juicio cree pertinente recrear los criterios de la Corte Internacional de Justicia³² en el caso de las “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” a los fines de la atribución a los Estados Unidos de las conductas de los “contras”. En este hacer, el criterio de la CIJ sería el de la relación que permite la atribución de tales conductas por el carácter de órgano *de facto* que revisten los “contras”³³. “En el caso de especie —ciertamente distinto del fallado por la Corte mundial— el examen debe versar sobre la esencia del criterio de relación entre un órgano o un agente *de facto*, en tanto fuerza rebelde, y la entidad que la controla, en tanto que potencia extranjera, es decir, la cuestión más general de saber si, aun cuando existía un vínculo de gran dependencia de una parte, el vínculo de control de la otra sea tal que en el plano de los hechos los actos de VRS (Ejército de la República Serbia), incluida la ocupación de la opstina de Prijedor, puedan ser imputados al Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)”³⁴.

²⁸ ICTY, “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94-1-T, Trial Chamber, 7 de mayo de 1997, párr. 559.

²⁹ *Idem.* párr. 559.

³⁰ *Idem.* párr. 562.

³¹ *Idem.* párr. 568.

³² En adelante CIJ.

³³ ICTY, “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94-1-T, Trial Chamber, 7 de mayo de 1997, párr. 585.

³⁴ *Idem.* párr. 588.

En el contexto descripto, el Tribunal verifica que el JNA (Ejército del Pueblo Yugoslavo) jugó un papel de una importancia crucial en la creación, equipamiento, provisión de víveres, mantenimiento y dotación en efectivos del Primer Cuerpo de la Krajina, así como fue el caso respecto de otras unidades del VRS pero estima “que eso no es suficiente por sí mismo. Debe demostrarse, como lo requiere la Corte en Nicaragua a los fines de probar el control de los Estados Unidos sobre los contras, que el Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) continúa en el ejercicio de la dirección y la comandancia de las operaciones militares del VRS tanto antes como después del 19 de mayo de 1992”³⁵, fecha en que se transfieren hombres y materiales de conformidad con la res. 752/1992 del Consejo de Seguridad.

En su búsqueda, el Tribunal analiza el vínculo entre el Gral. Mladic, general del estado mayor del VRS, y Belgrado. Concluye que “coordinación no tiene la misma significación que dirección y comandancia”³⁶. Respecto de los vínculos entre el SDS (Partido Democrático Serbio) y el Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) sostiene que “a diferencia de la situación con la que se confrontó la Corte en el caso de Nicaragua, en el que los Estados Unidos habían elegido y nombrado en gran parte a los responsables políticos de los contras, los líderes políticos de la República Serbia han sido elegidos por el sufragio popular de la población serbia de Bosnia de la República de Bosnia y Herzegovina”³⁷.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a formular conclusiones de hecho a partir de la prueba producida por la Fiscalía y en ese hacer entiende que se da un control efectivo por parte de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) sobre las operaciones militares de las fuerzas armadas de la República Serbia y por ello el VRS sería un órgano *de facto* del Gobierno de la República Federal de Yugoslavia³⁸. Sin embargo, el Tribunal entiende que ello no importa sostener que la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) haya utilizado el potencial de control inherente a la dependencia ya que dicha prueba es insuficiente³⁹.

La conclusión del Tribunal es que cada una de las víctimas de los actos imputados al acusado se beneficia de la protección de las prohibiciones que figuran en el art. 3, común, aplicable a todos los conflictos armados, más que de la protección del régimen más específico de las infracciones graves aplicables a las personas de la población civil en poder de una parte en el conflicto de la que no son nacionales, que concierne al art. 2 del Estatuto⁴⁰.

³⁵ *Idem.* párr. 595.

³⁶ *Idem.* párr. 598.

³⁷ *Idem.* párr. 599.

³⁸ *Idem.* párrs. 600-604.

³⁹ *Idem.* párr. 605.

⁴⁰ *Idem.* párr. 607. La juez MacDonald formuló una opinión disidente en este punto.

Llegados a la apelación sobre el fondo, los autos fueron nuevamente conocidos por la Cámara que zanjó la cuestión declarando en los más simples términos que “el requisito del conflicto armado se satisface con la prueba de que hubo un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto requiere, y en ese hacer, requiere más que el derecho internacional consuetudinario”⁴¹.

Dos cuestiones deben rescatarse de este desarrollo, la primera concierne a los criterios para la determinación de la existencia del conflicto y la segunda a la homogeneización de los niveles de protección.

Si el Tribunal avanza el derecho al determinar, con los criterios más objetivos posibles, la existencia del conflicto y con ello supera el test de Nicaragua al que recurrió el Tribunal del Juicio, también lo hace al recuperar de la jurisprudencia de Nicaragua la validez *urbi et orbi* en el contexto de los conflictos armados de las prohibiciones contenidas en el art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con base en “elementales consideraciones de humanidad”⁴².

V. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del ICTY ha tenido la posibilidad de delinear a través de su práctica la noción de conflicto armado. En ese hacer, ha sabido deslindar la existencia del conflicto como elemento jurisdiccional de su existencia como elemento normativo de los tipos penales a aplicar. Superando criterios más o menos complejos, el Tribunal se ha inclinado por una descripción del conflicto armado a partir de elementos objetivos. Con rigor y visión integradora, el Tribunal ha intentado borrar los tenues límites que en la práctica, a veces, separan a los conflictos internacionales de aquellos que no revisten ese carácter. La comunidad de objetivos entre el cuerpo normativo del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos ha permitido encontrar ámbitos comunes, el de los conflictos armados regidos por el art. 3, común a los cuatro Convenios de 1949. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia así lo entendió al fallar el caso de Nicaragua. La jurisprudencia del ICTY recrea esos criterios y los desarrolla.

Esta extensión normativa será legítima en la medida en que sepa reconocer las características de la sociedad en la que está llamada a regir. Ya lo anticipó Louis Cavaré, “Tout corps de règles juridiques doit se modéler sur la société humaine qu’il est appelé à régir: c’est là une condition de sa durée et de son développement”⁴³.

⁴¹ “Prosecutor v. Tadic”. Appeals Chamber, Judgment, 15 de julio de 1999, párr. 251.

⁴² Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (“Nicaragua v. United States of America”), Judgment, 27 de junio de 1986, ICJ Reports 1986, p. 114.

⁴³ CAVARÉ, Louis, *Le droit international public positif*, t. I, 2 vol., Pédone, Paris, 1967-1969, p. 7.